



REDIC

Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo

Año 4 - Número 4 / 2021

■ EDITORIAL

■ ARTÍCULOS

■ ENTREVISTA

■ CONVERSATORIO

■ LA VIDA DE LOS TRATADOS

■ CINE Y DERECHO

■ RELATORÍA

■ IN MEMORIAM

Contacto  derechointernacional@iri.edu.ar 48 N° 582, 5to piso (1900) La Plata - Argentina

Instituto de Relaciones Internacionales / Universidad Nacional de La Plata



Esta obra está bajo una licencia [Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/).

Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo / REDIC
Año 4 | Número 4 | Diciembre 2021

Editora responsable

Julia Espósito  | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | juliespo@hotmail.com

Editoras asociadas

Mayra A. Scaramutti  | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | mayrascaramutti@protonmail.com

Josefina Buscetti  | Universidad Católica de Salta, Argentina | josefinabuscetti@gmail.com

Asistentes de edición

Macarena L. Riva | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | macarena.lriva@gmail.com

Abundio M. Gadea | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | abundiogadea@gmail.com

Comité Científico

Norberto E. Consani  | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | consaninorberto@gmail.com

María Elena Baquedano | Universidad Nacional del Sur, Argentina | elenabaquedano@hotmail.com

Marta Rosa Vigevano | Universidad de Buenos Aires, Argentina | martavigevano@derecho.uba.ar

Javier Leonardo Surasky  | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | jsurasky@jursoc.unlp.edu.ar

Irene Vázquez Serrano  | Universidad de Murcia, España | irene.vazquez@um.es

Traducción y corrección de textos en inglés

Julietta Amorebieta y Vera  | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | jamorebieta@fahce.unlp.edu.ar

Diseño

Juana Álvarez Eiras | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | juana6@yahoo.com

Contacto

Correo electrónico: derechointernacional@iri.edu.ar

Correo postal: 48 n° 582 (5to piso), Instituto de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina

Teléfono: +54 221 4230628

Registro DNDA en trámite

Artículos

- La acumulación de solicitudes de reconocimiento del estatuto de persona refugiada en los sistemas de asilo de América Latina y su impacto* 5
Luciana Wechselblatt
- Climate change in international law* 19
Jesús Francisco Ramírez Bañuelos
- La responsabilidad al proteger: buenas intenciones que acabaron en olvido* 30
Florencia Urbano
- Ecological sustainability in investment-State dispute settlement: risks of legal pluralism in practice* 41
Magdalena Bas Vilizzio

Conversatorio

- Ecocidio y responsabilidad corporativa: el vínculo necesario para alcanzar la justicia ambiental* 49
Por Andrea Scarpello, Alba Iranzo Dosdad, Carmen Márquez Carrasco, María Emilia Gelmi y Paola Doris Cortés Martínez

La vida de los Tratados

- El Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena: razones y necesidades de un acuerdo internacional* 56
Belén Blázquez Vilaplana
- Un recorrido por los 30 años de vigencia del Tratado de Asunción y su reflejo en la construcción del proceso de integración regional del Mercosur* 70
Laura Lucía Bogado Bordazar
- El Tratado Antártico en las bodas de diamante desde su entrada en vigor: origen y evolución* 85
Fernando Villamizar Lamus
- A 70 años del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena: la capacidad de la sociedad civil de impulsar cambios* 99
Victoria Capriles
- La mujer y la paz y la seguridad: algunas cuestiones jurídicas a 21 años de la adopción de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas* 112
Hugo Ignacio Llanos Mardones

Cine y Derecho

- “First they killed my father” Una perspectiva iusinternacionalista* 123
Carlos Gil Gandía
- “Argo” La responsabilidad internacional desde la dimensión del derecho diplomático y consular* 130
María Concepción Juárez Castro
- La estatalidad como un santo grial del uso geopolítico y legitimador del derecho internacional. Consideraciones a partir de un caso real interpretado en el cine* 137
Nicolás Carrillo-Santarelli, Ignacio de Casas

Relatoría

- El rol de los profesionales humanitarios frente al desplazamiento forzado* 147
Raúl Gualtruzzi

<i>Primer lugar para la Universidad Nacional de La Plata: nuestro recorrido en el concurso de la CPI</i>	151
Por Matías Acacio, Marco Bellotti, Victoria Issin y Ana Inés Sangiacomo	
<i>In memoriam Juez James R. Crawford (1948-2021)</i>	154
Javier Surasky	

La acumulación de solicitudes de reconocimiento del estatuto de persona refugiada en los sistemas de asilo de América Latina y su impacto

The backlog of asylum claims in Latin American asylum systems and its impact

Luciana Wechselblatt  Universidad de Buenos Aires, Argentina | lucianawech@gmail.com

Recibido: 26/3/2021

Aceptado: 12/7/2021

Resumen La región latinoamericana ha comenzado a posicionarse como un actor protagónico a la hora de recibir solicitudes de protección internacional por parte de personas desplazadas forzadas. El incremento de demandas de asilo exige de los Estados un aumento en su capacidad de procesarlas y de dar respuesta en un plazo razonable. Asimismo, los Estados tienen el desafío adicional de adecuar su estructura y burocracia a una situación sin precedentes, el COVID-19, que alteró y seguirá afectando el curso de los trámites relativos a la petición de asilo. Identificando crecientes demoras en dar respuesta a las solicitudes de asilo, la propuesta de este artículo ronda en torno a la cuestión del respeto del plazo razonable, apunta a señalar los mayores riesgos que se desprenden de su incumplimiento, así como también rastrear soluciones que ya estén en marcha y esbozar otras propuestas posibles.

Palabras clave Solicitantes de asilo, solicitudes de reconocimiento de la condición de persona refugiada, plazo razonable, garantías del debido proceso, demoras.

Abstract The Latin American region has started positioning itself as a leader in providing international protection to forcibly displaced persons. The increase in asylum claims requires States to strengthen their capacity to process them and respond within a reasonable time. Moreover, States have the additional challenge of adapting their structure and bureaucracy to an unprecedented situation, the COVID-19 pandemic, which has altered and will continue to affect asylum processes. While identifying increasing delays in responding to asylum claims, the proposal of this article revolves around the issue of respecting the reasonable time, aims to point out the major risks arising from its non-compliance and map solutions already in place as well as outline other possible proposals.

Key words Asylum seekers, asylum claims, reasonable time, due process, delays.

Cómo citar este artículo: Wechselblatt, L. (2021). La acumulación de solicitudes de reconocimiento del estatuto de persona refugiada en los sistemas de asilo de América Latina y su impacto. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), <https://doi.org/10.24215/2618303Xe014>

1. Introducción

En los últimos tiempos (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR], 2020a, p. 18), la región latinoamericana ha comenzado a ocupar un lugar más protagónico en proveer protección internacional a quienes lo solicitan y precisan. Se ha transformado en una zona de origen de desplazamientos forzados a la vez que de acogida de personas desplazadas. Así lo reflejan los datos estadísticos del informe Tendencias Globales: Desplazamiento Forzado en 2019 publicado por el ACNUR. Este informe indica que Venezuela se ha tornado en una fuente principal de origen de refugiados (y personas en situación similar a la de los refugiados¹) dentro de América Latina y el Caribe, con un total de 4,5 millones (ACNUR, 2020a, p. 19) de personas venezolanas en el extranjero a diciembre de 2019. Una actualización de los datos se desprende de la Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela² que revela que a inicios de mayo de 2021 este número ha ascendido a 5,6 millones. A su vez, el mencionado informe Tendencias también señala que hay un número creciente de personas centroamericanas que huyen de sus países de origen debido a la inseguridad y la violencia, para buscar asilo en el resto de la región latinoamericana (ACNUR, 2020a, p. 18).

Como contracara, distintos Estados han recibido un gran caudal de individuos en desplazamiento forzoso. Por ejemplo, Colombia ha acogido a casi 1,8 millones de personas venezolanas desplazadas y Perú cuenta con alrededor de un millón de venezolanos (de estos, medio millón son solicitantes de asilo). Asimismo, según el señalado informe “para el final de 2019, los países de América Latina concedieron más de 2,4 millones de permisos de residencia y otras formas de estancia legal a los venezolanos” (ACNUR, 2020a, p. 10), entre ellos Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Uruguay. Estas vías legales alternativas de permanencia en los países contuvieron – en parte – el aumento de solicitudes de determinación de la condición de persona refugiada (en adelante, solicitudes)³, pero de todas maneras, sus sistemas de asilo experimentaron un crecimiento significativo de casos en comparación con sus números históricos (ACNUR, 2020a, p. 18).

En ese sentido, la exacerbación de personas desplazadas forzadas y de solicitudes presentadas, condujo inevitablemente a la acumulación de casos pendientes de manera sostenida en el tiempo⁴ dado que los sistemas de asilo de la región no se encontraban preparados para procesar ese caudal ascendente de peticiones. Como resultado, surgieron y se multiplicaron los casos de demoras en la resolución de solicitudes de reconocimiento de protección internacional.

Coyunturalmente, los tiempos que corren suman la crisis del COVID-19, pandemia mundial que azota a la humanidad de manera más marcada desde marzo de 2020. El coronavirus no sólo tiene efectos devastadores en las economías y los sistemas de salud globales, sino que además sumará desafíos para las capacidades de los Estados en dar respuesta en la recepción de personas en desplazamiento forzado: surge la necesidad de compatibilizar una de las medidas sanitarias que se tomaron de manera generalizada – el cierre de fronteras – con el derecho al asilo; se acentúa la ralentización e incluso la suspensión del procesamiento de solicitudes;

¹ Son personas con necesidad de protección internacional pero que no son refugiadas ni solicitantes. Definición de Tendencias, página 28.

² Sitio de internet de la Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela disponible en: <https://www.r4v.info/es/stock>

³ Se utilizará la expresión solicitantes o solicitudes de asilo para referirse a la petición de protección internacional o también denominada solicitud de reconocimiento de la condición de persona refugiada bajo los instrumentos internacionales, en esencia la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967.

⁴ El término utilizado en inglés es el *backlog*. Se usa para referirse a la acumulación de trabajo atrasado, generado por la brecha existente entre el número creciente de solicitudes en comparación con la capacidad del sistema de asilo de resolverlas, durante un período sostenido de tiempo. Fuente: Barbour, B. (2018). *Refugee Status Determination Backlog Prevention and Reduction*. ACNUR. Disponible en inglés en: <http://www.unhcr.org/en-us/5b19392b7.pdf>

no hay claridad en los países de la región (a marzo de 2021) sobre cuándo, en qué medida y cómo se retomarán las actividades; y, por otra parte, los efectos de la pandemia podrían modificar potencialmente los recorridos migratorios, sumando imprevisibilidad a las respuestas de protección de cara al futuro.

Este panorama exige de los Estados de la región entonces una *doble adecuación*. La primera, respecto a su capacidad de procesar la cantidad creciente de demandas de asilo y otros arreglos migratorios existentes. La segunda, adecuar su estructura y burocracia a una situación sin precedentes, el COVID-19, que llevó a cuarentenas obligatorias y extendidas, a cierres de fronteras, de oficinas físicas y de trámites presenciales por un período de tiempo aún indeterminado en muchos países.

La doble adecuación responde al deber de respuesta de los Estados, que no se basa solamente en razones humanitarias, sino que también se cimenta en sus compromisos asumidos internacionalmente en términos de derechos de personas refugiadas. Particularmente, la región latinoamericana posee un alto nivel de ratificación de tratados de protección de derechos y ha desarrollado estándares propios, en materia de asilo, que conceden protección a personas en determinados contextos que incluso exceden los supuestos estipulados en los documentos internacionales históricos, como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. Un ejemplo de esto es la Declaración de Cartagena que posee una definición ampliada de persona refugiada contemplando situaciones que sobrepasan la definición convencional.

Partiendo de esta base, la propuesta de esta investigación es identificar los mayores riesgos y desafíos de la acumulación sucesiva de solicitudes y de las demoras en la resolución, que son exacerbados en el contexto de pandemia, así como también rastrear soluciones que ya estén en marcha y esbozar otras propuestas existentes. A tales efectos, se pretende traer a colación la normativa aplicable del derecho internacional de los derechos humanos y su versión regional, así como también el derecho internacional de refugiados; también se retoman jurisprudencia y estándares regionales vinculados al plazo razonable y bibliografía que detecta características de los sistemas de asilo de América Latina; y, a modo de aproximaciones finales, se presentarán algunos abordajes para dar respuesta al contexto expuesto y sus principales retos.

2. El derecho de asilo, el debido proceso y las demoras en resolver solicitudes de determinación de la condición de persona refugiada

a. Nociones elementales

El derecho de asilo⁵ se materializa a través de la presentación de una solicitud y el consiguiente procesamiento del caso por parte de las autoridades nacionales competentes (o por el ACNUR, cuando actúa bajo mandato⁶) por medio del cual se determinará si se reconoce o rechaza dicha petición.

En el caso latinoamericano, luego del fin de las últimas dictaduras militares, los Estados han ido adoptando la responsabilidad de establecer sus propios sistemas de asilo y/o procedimientos de determinación de persona refugiada para decidir sobre las solicitudes que se presenten ante éstos. Una vez procesada una petición, se

⁵Se desprende, a nivel regional, del Artículo 22.7. de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica que indica: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.”

⁶Explicación extraída del sitio web oficial del ACNUR: “Los Estados tienen la responsabilidad primaria de la Determinación de la Condición de Refugiado, sin embargo, ACNUR la puede realizar bajo su mandato cuando un Estado no sea parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o no disponga de un procedimiento nacional de asilo justo y eficiente”. Ver: <https://www.acnur.org/determinacion-de-la-condicion-de-refugiado.html>

decide el reconocimiento o la denegación del estatuto, en base a razones ajustadas a las leyes nacionales que, a su vez, se encuentran alineadas con los estándares internacionales y regionales aplicables⁷.

El modo de procesamiento de los casos variará dependiendo de cada país y su normativa interna. A nivel internacional, no se ha estipulado una respuesta unívoca sobre cuánto debe durar razonablemente el análisis de una solicitud hasta su resolución. Lo que sí queda claro es que estos mecanismos de procesamiento deben respetar los estándares internacionales y regionales del plazo razonable, así como también ser justos y eficientes⁸.

Vale la pena recalcar que, si bien el reconocimiento de una solicitud posee carácter declarativo⁹, en la práctica, esta declaración impacta: en caso de reconocimiento, la persona solicitante pasa a tener el pleno acceso a la condición jurídica de “persona refugiada” (Cascone, 2017). En muchos países de la región, eso implica pasar de tener una residencia y documentación transitorias o precarias a adquirir documentación adecuada, lo cual a su vez facilita el acceso a programas estatales (e incluso no estatales), y de tal manera se favorece la integración local y produce en términos generales una ampliación en el acceso a derechos sociales. Lo descripto, aunque no responda necesariamente a lo establecido legalmente (cuando no se indica que tiene que haber una distinción entre refugiados reconocidos y solicitantes), no puede perderse de vista dado que obedece a las prácticas estatales vigentes en numerosos países latinoamericanos.

Por lo tanto, dado que la solicitud es el vehículo para acceder a la protección internacional plena (si se otorga), las demoras excesivas en resolver las solicitudes de asilo son pasibles de vulnerar derechos y esto debe ser puntualizado, así como también se deben rastrear mecanismos para prevenirlo o revertirlo.

b. El debido proceso y el plazo razonable en el sistema interamericano

En línea con el recorrido que se acaba de trazar, y dado que el reconocimiento de la condición de persona refugiada habilita y/o facilita el pleno acceso a derechos, ciertamente el derecho al debido proceso se encuentra dentro de los estándares internacionales que contribuyen a esto.

El debido proceso se encuentra reconocido a nivel internacional y regional. Enfocándose en este segundo plano, en el sistema interamericano este derecho se desprende del Artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

A nivel doctrinario, se ha indicado que el derecho al debido proceso es un “prerrequisito indispensable para la protección de cualquier otro derecho” (Salmón y Blanco, 2012). Con relación a la jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CtIDH) señaló en el caso Vélez Loor v. Panamá que el

⁷Por ejemplo, las ya mencionadas Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, su Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, la Declaración de Cartagena sobre refugiados de 1984, entre otros. Los Estados latinoamericanos mayormente respetan estos marcos normativos.

⁸Esta terminología es utilizada por el ACNUR desde hace décadas. A modo de ejemplo, la Iniciativa Cartagena+30 que tuvo lugar en el 2014 la retoma como una buena práctica para la protección internacional en América Latina y el Caribe. Ver: <https://www.refworld.org/docid/54290dcf6.html>

⁹En línea con el Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado, la persona: “no adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado”. ACNUR. Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Reedición Ginebra, diciembre de 2011. HCR/IP/4/ENG/REV.3. Ver:

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f33c8d92.html> , párr. 28.

artículo 8° "...está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos"¹⁰.

Por su parte, el caso Pacheco Tineo v. Bolivia también es un antecedente de relevancia porque le permitió a la CtIDH determinar el alcance y contenido particularmente del derecho a solicitar asilo y sus garantías procesales en el marco del sistema interamericano (Cascone, 2017). El fallo indica que:

Así, en virtud de la naturaleza de los derechos que podrían verse afectados por una determinación errónea del riesgo o una respuesta desfavorable, las garantías de debido proceso resultan aplicables, en lo que corresponda, a ese tipo de procedimientos, que son normalmente de carácter administrativo.¹¹

De esta manera, la sede administrativa – en donde mayormente suceden los procedimientos de determinación de persona refugiada en América Latina – se encuentra alcanzada por los estándares del debido proceso.

Asimismo, se puede hacer alusión particularmente al inciso primero del artículo 8 de la CADH, por referirse directamente a la cuestión del plazo razonable que se encuentra bajo el paraguas del debido proceso. Dicho inciso indica que: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...". Esto es importante porque a la luz de este concepto se puede alegar la importancia de responder a una solicitud con cierta celeridad¹².

Por su parte, en 2020 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) emitió un informe respecto a la cuestión del debido proceso en el sistema regional titulado el Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria, donde precisó su entendimiento y proveyó estándares de interpretación.

En esta publicación, la CIDH se refiere a que ha observado con "creciente preocupación el aumento progresivo y a veces abrupto en el número de personas en situación de movilidad humana con necesidades especiales de protección"(CIDH, 2020) así como también un gran número de solicitudes pendientes. La CIDH también hace hincapié en la importancia de tener un marco procesal que ofrezca garantías mínimas necesarias que garanticen el debido proceso, para alcanzar "los estándares más altos en materia de derechos humanos y de derecho internacional de los refugiados" (CIDH, 2020, p. 13) y para asegurar el "acceso igualitario y el disfrute de sus derechos humanos"(CIDH, 2020, p. 14) de las personas que requieren protección internacional.

Entre los múltiples aspectos vinculados al debido proceso que impactan en las personas desplazadas forzadas que solicitan protección internacional, la CIDH reconoce que la razonable duración del proceso se trata de una garantía trascendental. Tras recorrer lo indicado por el artículo 8.1. de la CADH, la CIDH retoma los argumentos más relevantes de la CtIDH sobre los elementos para determinar la razonabilidad del plazo, indicando que: "una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales" (CIDH, 2020, p. 98). En consecuencia, la CIDH indica que los Estados deben "evitar retrasos innecesarios en los procesos administrativos y judiciales"¹³.

El corolario del documento emitido por la CIDH es que:

¹⁰Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218. Pár. 142.

¹¹ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Pár. 157.

¹²Sin perjuicio de esto, se deja expresamente aclarado que no se busca inducir a que esta agilidad lleve a un extremo contrario: un proceso extremadamente corto. Tal supuesto también puede ser violatorio de derechos, como es el caso mencionado en la nota al pie anterior en la sentencia de Pacheco Tineo v. Bolivia.

¹³ El mencionado informe retoma una resolución de la misma CIDH: Resolución 04/19, Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas, San Salvador, 7 de diciembre de 2019, Sección XI, Principio 50.

Todo el legado jurisprudencial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto a la razonable duración del proceso es de especial relevancia en el caso de los procedimientos para la concesión de protección internacional, puesto que impactan directamente en el goce efectivo de otros derechos y en la determinación de la situación jurídica de las personas, de modo que una demora injustificada y excesiva corresponde a una denegación del derecho a recibir protección internacional (CIDH, 2020, p. 98).

Así queda de manifiesto el entendimiento sobre el alcance del debido proceso plano regional, la importancia del plazo razonable y su relación con el efectivo goce de derechos.

c. Debido proceso y plazo razonable en derecho de los refugiados

El derecho internacional de refugiados también provee lineamientos respecto al entendimiento del plazo razonable. Tal como se desprende del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado: “la Convención no indica qué tipo de procedimientos han de adoptarse para determinar la condición de refugiado. Por consiguiente, cada Estado contratante puede establecer el procedimiento que estime más apropiado, habida cuenta de su propia estructura...” (ACNUR, 2011). Esta afirmación da un margen de apreciación al Estado para establecer el procedimiento para la determinación de la condición de la refugiada, con arreglo a su normativa y legislación interna.

Sin embargo, no podrá hacerlo de manera totalmente discrecional dado que, según el mismo Manual, “... la persona que solicita que se le reconozca la condición de refugiado suele estar en una situación especialmente vulnerable.” (ACNUR, 2011) que implicaría “ofrecer al solicitante ciertas garantías esenciales”(ACNUR, 2011).

Esto trae como resultado que en el procedimiento se adopten garantías específicas (ACNUR, 2011), tomando en consideración la vulnerabilidad de la población, las cuales son: que la o el funcionario competente (de inmigración o de fronteras) debe tener instrucciones claras para tratar los casos que puedan estar requerir potencialmente protección internacional, particularmente respetando el principio de no devolución; que la persona solicitante de asilo debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse; que debe existir una autoridad claramente identificada encargada de examinar las solicitudes; que la persona solicitante debe contar con los medios necesarios, incluidos los servicios de interpretación, para gestionar mejor su caso ante las autoridades competentes; que debe darse también a la persona solicitante la oportunidad de ponerse en contacto con un/a representante del ACNUR; que en caso de reconocimiento la persona debe ser informada y provista de un documento que certifique tal condición; que si no se reconoce a la persona solicitante la condición de refugiado que ha peticionado, debe concedérsele un plazo razonable para apelar ante autoridad competente; y que debe permitirse a quien es solicitante de asilo la posibilidad de permanecer en el país mientras su petición siga pendiente.

Estos estándares, posteriormente desarrollados y pormenorizados por medio de otros documentos elaborados por el ACNUR, también van dando contornos a lo recomendado por los instrumentos relevantes que componen el derecho internacional de refugiados.

d. Concepto de demora y su impacto

El examen que antecede conduce a estimar que el plazo razonable se encuentra contenido en las normas y lineamientos internacionales y regionales. A su vez, se desprende también que la definición y la existencia de “demoras” (entendida como un exceso en resolver una solicitud más allá de un tiempo razonable) se adecuará en cierta medida al sistema del país bajo análisis y al caso particular. En ese sentido, dado que en América Latina los procedimientos de la determinación de persona refugiada tienen lugar en sede administrativa, la violación a dicho plazo estará ligada con la demora administrativa, por lo que se tendrán en cuenta las normativas nacionales para determinar cómo se configura esta mora.

Al respecto, distintos estudios han ido detectando los tiempos promedio para la resolución de una solicitud que variará según cada país en América Latina. Un informe de mediados del 2018 (Asylum Access, 2018) indicó los siguientes parámetros: en el caso de Argentina, se habla de entre 6 meses y 2 años; en el caso de Panamá las demoras pueden ser incluso de 3 años; en Perú, se estimó que el proceso podía demorar de 8 meses a un año; en Uruguay, se contaba con una demora de varios meses por el desborde del sistema de asilo. El corolario del estudio, cuyo fin era recolectar información relativa al procedimiento de determinación para vincularla con sus efectos en la integración laboral, es que en la región hay largos tiempos de espera (Asylum Access, 2018) y que éstos impactan: las personas solicitantes, mientras tanto, sufren la falta de documentación adecuada, la restricción del derecho al trabajo, así como su posible criminalización y revictimización (Asylum Access, 2018).

Estudios anteriores incluso refieren a que la duración del proceso es incierta (Comité Estadounidense para Refugiados e Inmigrantes, 2013) en la región, puesto que las comisiones nacionales a cargo de determinar las solicitudes usualmente no poseen una frecuencia específica para reunirse. Otro artículo indicó que, en Argentina, “Los funcionarios también plantean los tiempos de resolución de solicitudes como una de las preocupaciones centrales en el sistema de asilo” (Clavijo, 2018) haciendo alusiones a la falta de celeridad. Este ejemplo busca ilustrar lo antedicho, aunque particularmente en Argentina sí esté prevista una frecuencia de reunión, no se previó una cantidad de casos que se deban tratar por reunión o un tiempo específico que no se pueda exceder para resolver el caso individual.

En la misma línea, un informe de mayo de 2016 del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado indicó cuestiones generales del procedimientos de la determinación de persona refugiada a nivel global, haciendo alusión al incremento mundial de solicitudes (Comité Ejecutivo ACNUR, 2016) debido al aumento de manera general de personas refugiadas y solicitantes. Un informe regional sobre las Américas de 2017 confeccionado por el mismo Comité indicó que una mesa redonda con autoridades de los distintos países que forman parte del programa Asilo de Calidad, una de las preocupaciones que surgió fue la acumulación de solicitudes y el manejo de casos (Comité Ejecutivo ACNUR, 2017). Una actualización de dicho informe de inicios del 2020 señaló que el acceso al asilo debe ser una prioridad en la región y mencionó acciones estratégicas del ACNUR en conjunto con los Estados (Comité Ejecutivo ACNUR, 2020).

Este panorama, sumado a la ya mencionada aceleración de los desplazamientos forzados en la región y sus consiguientes solicitudes de asilo, acentúa las circunstancias que ya existían. Otro estudio indica que: “Las demoras que se registran para poder dar inicio a un trámite de solicitud de estatuto de refugiado, para documentar a los solicitantes, para entrevistarlos y para resolver su situación son contrarias a toda responsabilidad de protección.” (Gómez y Malo, 2020). Seguido de esto, el informe indica que la iniciativa de Asilo de Calidad y la cooperación regional “podrían ayudar a mejorar la situación, siempre y cuando los Estados asuman el compromiso” (Gómez y Malo, 2020).

En la misma línea, el portal de noticias de las Naciones Unidas ha emitido una nota en octubre de 2019 titulada: “Los sistemas de asilo en América Latina al máximo de su capacidad” (Noticias ONU, 2019). Entre sus ideas más notorias se indica que “Garantizar que los sistemas de asilo en la región sean justos y eficientes es el principal objetivo para la ONU y los Gobiernos de la región” (Noticias ONU, 2019). También indicó, en línea con la ya mencionada iniciativa de Asilo de Calidad, que es importante tomar “medidas de eficiencia para poder procesar el número creciente de solicitudes de asilo que vemos en el continente” (Noticias ONU, 2019).

A los fines de contar con cierta perspectiva y realizar un ejercicio comparativo, se pueden utilizar los ejemplos de países de otras regiones, como el caso de España, para conocer sus tiempos de procesamiento de casos. El Informe 2020 de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR): Las personas refugiadas en España y Europa indica que:

En el año en que España registró el mayor número de solicitantes también crecieron las dificultades de acceso al procedimiento. A pesar de que la normativa comunitaria, y en concreto

la Directiva de Procedimientos, define un plazo ordinario de solo tres días, que puede ampliarse a seis, para el registro de las solicitudes de protección internacional formuladas, en ciudades como Barcelona este trámite se realizó con un retraso de hasta siete meses y en Madrid el registro de la solicitud no se concretó hasta su formalización (Comisión Española de Ayuda al Refugiado [CEAR], 2020).

El informe continúa indicando que las demoras en el proceso de determinación ocurren en otras etapas también:

El tiempo de espera para hacer la entrevista de formalización de la solicitud: a 31 de diciembre de 2019, mientras en Madrid se daba cita para tres semanas después, en Bilbao se concedía para marzo de 2021 y en Valencia, en algunos casos, para junio de 2021 (CEAR, 2020).

Para tomar otro ejemplo, está el caso estadounidense, que si bien contempla distintos tipos de procesos (como asilo afirmativo y defensivo), los datos recabados por el American Immigration Council indican que: “En líneas generales, el proceso de asilo puede tomar años en concluir” (American Immigration Council, 2020) y “recibir una fecha de entrevista o audiencia años después” (American Immigration Council, 2020). Particularmente, la información del mencionado ente de migración señala que, si bien “el gobierno no estima el tiempo que va a tomar fijar una entrevista inicial para los y las solicitantes de asilo, históricamente esta demora ha podido alcanzar los cuatro años” (American Immigration Council, 2020).

La comparación con los sistemas de asilo mencionados, que responden a marcos normativos más consolidados, resulta útil por varios aspectos. Uno, para mostrar que la duración de años de tramitación es un fenómeno generalizado. A su vez, permite poner en perspectiva la situación regional en comparación con otras. En ese sentido, es de notar que América Latina ha comenzado a emerger como zona de acogida en los últimos años y eso implica que, si al día de hoy está pasando por tiempos extendidos como ya fue identificado, existe la probabilidad de que se sigan profundizando, tal como demuestran los casos de los países que poseen un mayor número, en términos históricos, de refugiados y de solicitantes con peticiones pendientes. Por último, si bien el concepto de demora y plazo razonable resulta cuanto menos difícil definir en abstracto, la comparación con las otras situaciones nacionales permite demostrar que el respeto de este plazo se encuentra constantemente en riesgo, más aún habida cuenta del ascenso sostenido del número global de personas desplazadas forzadas.

3. Situación actual en los sistemas de asilo en los países de América Latina

Es preciso enfatizar en el contexto que experimenta la región en términos de números y porcentajes, y en la potencial exacerbación de los tiempos que tomará resolver las solicitudes de asilo debido a la situación del COVID-19. El ya mencionado informe Tendencias ha sido contundente con los datos recabados y presentados: “En América se cuadruplicó el número de personas desplazadas a través de las fronteras durante el decenio” (ACNUR, 2020a). Siguiendo con el informe, se indicó que esto sucedió principalmente por la situación en Venezuela y por aquella de cientos de miles de personas centroamericanas.

Los datos estadísticos del informe manifiestan que sólo entre inicios y finales de 2019, en las Américas se aumentó en un 31,8% la cantidad de personas en desplazamiento forzado (ACNUR, 2020a). Además, a finales de 2019 había un total de 794.500 solicitantes de asilo venezolanos (ACNUR, 2020a) en la región. Como corolario, “las Américas se convirtieron en el mayor receptor de solicitudes de asilo en todo el mundo en 2019” (ACNUR, 2020a).

Además, para el caso de determinadas nacionalidades, entre ellas la venezolana, la tasa de reconocimiento del estatuto se aproximó al 80% o lo superó, lo cual confirma las elevadas necesidades de protección de esa población (ACNUR, 2020a) circulando en la región.

Adicionando a todo lo anterior, la crisis del COVID-19 viene a alterar el panorama global en múltiples frentes. En relación a la acumulación de solicitudes, la pandemia ha tendido a acentuar la falta de avances en la resolución de peticiones ya presentadas y las subsiguientes demoras, dado que las oficinas de los países de la región han cerrado y reabierto parcialmente, o están trabajando en condiciones atípicas. Sumado a esto, se debe tener en cuenta que aun considerando las medidas restrictivas adoptadas por los Estados, la crisis de desplazamiento forzado en la región ha persistido y las solicitudes se mantuvieron en los niveles más altos a pesar del contexto de cierre de fronteras, pero dado el contexto esto implica un mayor riesgo de que no se respeten las salvaguardas de protección internacional (ACNUR, 2021).

Adicionalmente, la situación de crisis sanitaria está trayendo otros desafíos de enorme calibre que fueron detectados por el ACNUR desde instancias tempranas, entre ellas la imposición de medidas generales de cierre de fronteras, imposibilitando la admisión de personas refugiadas y solicitantes de asilo (ACNUR, 2020b) incluso sin evidencia de riesgos para la salud pública y poniendo así el derecho a solicitar asilo en peligro. Este tipo de medidas, a su vez, corre el riesgo de aplicarse contra la garantía de no devolución, tornándose discriminatorio y en incumplimiento de los estándares internacionales (ACNUR, 2020b). Más aún, el riesgo adicional es que estas medidas transitorias se extiendan indebidamente en el tiempo. Excedería el marco de esta investigación analizar en profundidad la crisis COVID-19, pero resulta imperativo incluir un pantallazo de los mayores desafíos que produjo, al menos escuetamente, dado que seguirá impactando en la posteridad.

Como se puede entrever, las situaciones anteriormente descritas dan cuenta de un contexto extremadamente desafiante. Desde que la búsqueda de asilo aumenta estrepitosamente en distintos países de América Latina, los sistemas enfrentan retos inusitados. Desde que el COVID-19 obliga a los Estados y a sus poblaciones a hacer cambios profundos y a adecuarse a “nuevas normalidades”, este contexto se profundiza y complejiza aún más.

4. Recapitulación y reflexiones respecto al panorama descripto

Los riesgos este escenario son ciertamente multifacéticos y complejos. En el presente estudio se ha hecho un análisis del impacto de las demoras en responder a las solicitudes de asilo desde dos perspectivas: la de los Estados como proveedores de tal asilo y la de las personas en calidad de merecedoras de protección internacional.

Por un lado, este artículo ha mostrado que los Estados ponen en riesgo su propia responsabilidad internacional por la violación a derechos tales como el debido proceso y la protección judicial (y potencialmente otros derivados de ellos) debido a las demoras excesivas a la hora de resolver solicitudes. Como se ha visto, estos derechos se encuentran consagrados en la CADH (artículos 8 y 25) y son justiciables. A su vez, la jurisprudencia de la CtIDH y la CIDH han tomado una postura en relación a la importancia de proteger las garantías mínimas de las personas desplazadas (tanto migrantes como refugiadas), también desde la perspectiva procesal. La CtIDH, en fallos recientes como Pacheco Tineo v. Bolivia, se posicionó en contra de los procedimientos sumarios que no cumplen con las garantías del debido proceso – y que, por consiguiente, se tradujeron en violaciones a estos derechos –. Si bien el pronunciamiento más relevante en la temática se refería a los tiempos sumarísimos que en ese caso eran violatorios de derechos, nada impide que una dilación excesiva (el otro extremo posible) no pueda dar lugar a otras vulneraciones. Y, en ese sentido, aunque el concepto de “demora” no resulta una noción uniforme o pasible de ser definida en abstracto, todo indica que el aumento de casos y la falta de capacidad para procesarlos por largos períodos de tiempo en los países latinoamericanos, puede comprometer su responsabilidad internacional.

Por otro lado, se encuentra la perspectiva del sujeto, que amerita traerse a colación. Los riesgos del panorama actual – de acumulación de casos y potencialmente creciente incapacidad de respuesta – impactan en la situación de vulnerabilidad de los y las solicitantes de asilo. Las demoras desfavorecen enormemente a la

población en busca de protección internacional: se extiende en el tiempo la residencia en trámite o precaria¹⁴ u otros estatus migratorios semejantes, se dificulta el acceso a documentación adecuada y consigo la debida incorporación al sistema del país de recepción en temas de: salud, acceso al trabajo, a subsidios y asignaciones, acreditación de identidad, entre otras. Si bien hay sistemas jurídicos de la región que expresamente hacen algún tipo de distinción normativa según se sea solicitante de asilo o persona refugiada reconocida y otros países que garantizan legislativamente igual acceso a derechos para solicitantes de asilo y personas reconocidas, incluso en este segundo caso se presentan dificultades de acceso en la práctica lo cual implica un mayor riesgo de vulneración. Este escenario, por lo tanto, somete a una población que de base ya ha sufrido violaciones a sus derechos a enfrentarse a un estado de espera o limbo por un tiempo considerable. A su vez, en términos de protección, el principio de no devolución también puede verse vulnerado con menor resistencia: debido a las distinciones normativas ya explicadas que tienen lugar en algunos países, puede resultar menos resistido el inicio de un proceso de expulsión – por la razón que fuere – contra una persona solicitante que contra una que ya es refugiada reconocida.

Como resultado, si bien los Estados latinoamericanos tienen una tradición abierta y generosa en materia de migración y asilo, lo cierto también es que la situación de precariedad sostenida no hace más que demorar la adecuada y acabada protección de grupos vulnerables y la satisfactoria integración local tan necesaria tanto para las personas desplazadas forzadas como para los países de acogida.

5. Aproximaciones finales ante los desafíos identificados

Ante tales desafíos, es menester identificar y acercar propuestas teniendo como objetivo poder mantener sistemas de asilo justos y eficientes a pesar de las circunstancias apremiantes, descomprimir las enormes presiones sobre dichos sistemas y mejorar los procedimientos en general. Para eso, se deben prevenir y suprimir la acumulación de solicitudes, mitigar las demoras, agilizar los procesos y así contribuir al acceso al pleno derecho de gozar del asilo en la práctica.

El informe Tendencias recalca que el ACNUR comenzó a emitir artículos actualizados de las Normas de Procedimiento de la RSD15 en el 2017 y que publicaría instrumentos revisados. Esto ocurrió en 2020 a través de la nueva versión de Normas procedimentales para determinar la condición de refugiado bajo el mandato del ACNUR (ACNUR, 2020c) que se espera que se apliquen gradualmente y que aporten a dar respuesta a estas preocupaciones. Igualmente se deberá estar alerta respecto a estas y más actualizaciones de documentos internacionales que provean herramientas concretas para paliar los panoramas identificados de aumento sostenido de casos y los riesgos que conllevan.

Asimismo, el Pacto Mundial para los Refugiados ha recomendado que los Estados fortalezcan sus sistemas de asilo aumentando la eficiencia, la justicia, la adaptabilidad y la integridad (ACNUR, 2020a). En concreto, esto se encuentra vinculado, por ejemplo, con que los sistemas de asilo den prioridad a las necesidades de

¹⁴El concepto de residencia precaria proviene esencialmente del sistema migratorio y de refugio de Argentina, en otros países de la región existen situaciones con efectos semejantes, y siempre se refiere a una suerte de limbo jurídico, de espera a la tramitación de peticiones de asilo u otros arreglos migratorios.

¹⁵RSD es la sigla en inglés que refiere a “refugee status determination”, en español: determinación de la condición de refugiado/a.

protección internacional usando estrategias diferenciadas, mediante procedimientos simplificados y/o acelerados¹⁶, según corresponda. En este caso, se trata de procedimientos simplificados en beneficio de las personas que buscan protección (al contrario de aquellos sobre los que advirtió la CtIDH en el nombrado caso Pacheco Tineo v. Bolivia).

El ACNUR ha alentado y apoyado a los Estados para que adopten tales estrategias para la tramitación de casos cuando proceda y para que sus procedimientos sean justos y adaptables (ACNUR, 2020a). Por consiguiente, muchos Estados de la región ya están aplicando modalidades diversificadas: por ejemplo, en México se están utilizando procedimientos simplificados para ciertos perfiles de casos con altas tasas de reconocimiento; también está el caso de Brasil (ACNUR, 2020a), que reconoce a miles de venezolanos como refugiados *prima facie* (ACNUR, 2017). Otro ejemplo reciente, es el de Colombia que por medio de un proyecto de decreto presentado por el Poder Ejecutivo¹⁷ propone crear el Estatuto temporal de protección para migrantes venezolanos el cual permitiría a “los migrantes venezolanos que entren al esquema transitorio” de protección, proveyéndole “10 años para normalizar su estatus” (BBC, 2021). Esto apunta a una regularización masiva de personas venezolanas por medio de una certificación de protección temporal.

A su vez, otros tipos de estrategias surgen de estudios desarrollados en el seno del ACNUR. Entre ellas, se encuentra la necesidad de hacer un análisis del atraso y la gestión de datos, de desarrollar la infraestructura y herramientas, de evaluar la dotación de personal para procesar las solicitudes así como rever las funciones y responsabilidades de los equipos de trabajo. También se propone implementar objetivos de rendimiento, productos y puntos de referencia para medir el trabajo y, tal como se venía señalando, se indica la importancia de la selección y priorización de casos (Barbour, 2018). Todo esto, para desembocar en el fortalecimiento institucional que precisan los sistemas de asilo que se encuentran crecientemente bajo presión.

Otro enfoque por destacar es la importancia de la digitalización y el uso de la virtualidad. La situación imponente, conjugada con el COVID-19 que aún permanece, viene a empujar a las administraciones públicas a una aceleración en el uso de herramientas electrónicas. Un caso reciente es el de Argentina, donde ya se puede iniciar una solicitud de asilo virtualmente¹⁸. Si bien el trámite posterior aún sigue siendo presencial, esta iniciativa –siendo tan sólo un ejemplo– demuestra que la adaptabilidad es posible y que los procesos que coyunturalmente pasaron a la virtualidad podrían permanecer así tras la crisis sanitaria. Quedará en cabeza de los Estados evaluar cómo seguir avanzando con la virtualidad en más trámites relativos al procedimiento de la determinación de persona refugiada.

La mención de estas distintas estrategias y casos puntuales, dan cuenta de que existen herramientas y alternativas para paliar la sobrecarga de los sistemas y su potencial colapso. Esto muestra también que hay oportunidades dentro de los sistemas de asilo para aumentar la eficiencia y reducir el tiempo que las personas pasan esperando una decisión sobre su estatuto. Muchas de estas estrategias deberán también ser adaptadas al contexto específico y sus posibilidades.

A medida que se introduzcan nuevos procesos, será importante que los Estados se adhieran a las garantías procesales, que utilicen procedimientos justos y que no se pierda la calidad de sus sistemas de asilo para garantizar la protección continua de las personas que lo necesitan. Asimismo, hará falta que los países ejerciten su flexibilidad y adaptabilidad a los nuevos tiempos que corren y las necesidades que se presentan.

¹⁶Pacto Mundial sobre los Refugiados, 2018, párrafo 62. Disponible en: https://www.acnur.org/5c782d124#_ga=2.93903451.793096748.1613611974-690552806.1598881677

¹⁷Sitio oficial de la cancillería de Colombia, “Presidente Duque anuncia decisión histórica de crear Estatuto de Protección Temporal para migrantes venezolanos en Colombia”, 8 de febrero de 2021. Ver: <https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/presidente-duque-anuncia-decision-historica-crear-estatuto-proteccion-temporal>

¹⁸Formulario online del sitio oficial de la Comisión Nacional para los Refugiados (Co.Na.Re) en Argentina. Ver: <http://www.migraciones.gov.ar/dnm/refugio.php>

6. Referencias bibliográficas

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR, web oficial. <https://www.acnur.org/determinacion-de-la-condicion-de-refugiado.html>
- ACNUR (2011). *Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Reedición Ginebra. HCR/1P/4/ENG/REV.3. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f33c8d92.html>
- ACNUR (2017). *Guidelines on International Protection No. 11: Prima Facie Recognition of Refugee Status*. 24 de junio de 2015, HCR/GIP/15/11. <https://www.refworld.org/docid/555c335a4.html>
- ACNUR (2018). *Pacto Mundial sobre los Refugiados*. https://www.acnur.org/5c782d124#_ga=2.93903451.793096748.1613611974-690552806.1598881677
- ACNUR (2020a). *Tendencias Globales: Desplazamiento Forzado en 2019*. <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>
- ACNUR (2020b). *Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response*. <https://www.refworld.org/docid/5e7132834.html>
- ACNUR (2020c). *Normas procedimentales para determinar la condición de refugiado bajo el mandato del ACNUR*. <https://www.refworld.org.es/docid/6079e6434.html>
- ACNUR (2021). *Americas COVID-19 Response Update #27*. <https://reporting.unhcr.org/sites/default/files/Americas%20covid%20update%20COVID-19%2025%20May%202021.pdf>
- American Immigration Council (2020). *Asylum in the United States*. Disponible en: https://www.americanimmigrationcouncil.org/sites/default/files/research/asylum_in_the_united_states.pdf
- Asylum Access (2018). *El Derecho al Trabajo de las Personas Solicitantes de Asilo y Refugiadas en América Latina y el Caribe*. Grupo Articulador Regional del Plan de Acción Brasil 2017. <https://asylumaccess.org/wp-content/uploads/2019/07/Derechos-Laborales-Refugiadas-en-America-Latina-y-el-Caribe-final-ESP.pdf>
- Barbour, B. (2018). *Refugee Status Determination Backlog Prevention and Reduction*. ACNUR. <http://www.unhcr.org/en-us/5b19392b7.pdf>
- Cancillería de Colombia, web oficial (2021). *Presidente Duque anuncia decisión histórica de crear Estatuto de Protección Temporal para migrantes venezolanos en Colombia*. 8 de febrero de 2021. <https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/presidente-duque-anuncia-decision-historica-crear-estatuto-proteccion-temporal>
- Cascone, A. I. (2017). Debido proceso legal y protección de personas refugiadas y solicitantes de asilo a la luz del caso ‘Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia’ de la Corte interamericana de Derechos Humanos. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 42(95), 205-227. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/pub_rj2017-ii.php
- Clavijo, J. K. (2018). El proceso de elegibilidad en Argentina: rituales y ambivalencias en el reconocimiento de los refugiados. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 26(54), 171-188. https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1980-85852018000300171&script=sci_arttext&tlng=es#fn17

- Comisión Española de Ayuda al Refugiado (2020). *Informe 2020. Las personas refugiadas en España y Europa*. https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/06/Informe-Anual_CEAR_2020_.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 04/19 (2019). *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y víctimas de la trata de personas*. Sección XI, Principio 50.
- CIDH (2020). *Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria*. OEA/Ser.L/V/II. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DebidoProceso-ES.pdf>
- Comisión Nacional para los Refugiados (Co.Na.Re.). Formulario online. <http://www.migraciones.gov.ar/dnm/refug>
- Comité Ejecutivo ACNUR (2016). Executive Committee of the High Commissioner's Programme Standing Committee, reunión 66°, Refugee Status Determination. EC/67/SC/CRP.12. <https://www.refworld.org/pdfid/57c83a724.pdf>
- Comité Ejecutivo ACNUR (2017). Executive Committee of the High Commissioner's Programme, reunión 68°, Overview of UNHCR's operations in the Americas, Regional Update. <https://www.unhcr.org/59c288587.pdf>
- Comité Ejecutivo ACNUR (2020). Executive Committee of the High Commissioner's Programme Standing Committee, reunión 77°, Update on UNHCR's operations in the Americas, Regional Update. <https://www.unhcr.org/5e6a346f7.pdf>
- Comité Estadounidense para Refugiados e Inmigrantes (2013). *La determinación de condición de refugiado en América Latina: Desafíos y oportunidades regionales*. <https://www.refworld.org/es/docid/51704a7e4.html>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH (Pacto de San José) (1969). Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. Organización de los Estados Americanos (OEA). https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218. Pár. 142.
- Corte IDH (2013). *Caso Familia Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional de Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272. Pár. 157.
- Gómez Martín, C. y Malo, G. (2020). Un recorrido por la literatura sobre refugio y desplazamiento forzado en América Latina y el Caribe. Abordajes principales y nuevos ejes críticos de estudio. *PÉRI-PLOS, Revista de Investigación sobre Migraciones*, 3(2), 4-21.
- Noticias ONU (18 de octubre de 2019). *Los sistemas de asilo en América Latina al máximo de su capacidad*. <https://news.un.org/es/story/2019/10/1464141>

Pardo, D. (11 de febrero de 2021). Migrantes venezolanos en Colombia: qué derechos tendrán cuando regularicen su situación. *BBC*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56019820>

Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. <https://www.r4v.info/es/laplataforma>

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967). ACNUR.

Salmón, E. y Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Climate change in international law

El cambio climático frente al derecho internacional

 Jesús Francisco
Ramírez Bañuelos

Universidad Jesuita de Guadalajara, México
ramirezbanuelos@gmail.com

Recibido: 1/2/2021

Aceptado: 16/9/2021

Abstract: Using a critical approach, this essay documents the principles of international law that have an impact on climate change. It then identifies the resources available to States and individuals to demand compliance with climate change obligations and assesses their chances of success. Finally, a new approach is put forward that would help solve conflicts more effectively.

Key words: climate change, international law, climate justice, multi-level conflict

Resumen: Mediante un enfoque crítico, este ensayo documenta los principios del derecho internacional que inciden en el cambio climático. Enseguida se identifican los recursos disponibles para que los Estados e individuos exijan el cumplimiento de las obligaciones en materia del cambio climático y se valoran sus posibilidades de éxito. Finalmente, se adelanta un nuevo enfoque que ayudaría a solucionar los conflictos de manera más efectiva.

Palabras clave: cambio climático, derecho internacional, justicia climática, conflicto multinivel

Cómo citar este artículo: Ramírez Bañuelos, J. F. (2021). Climate change in international law, *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), e017.

1. Introduction

Climate change reflects the complexity of post-modernity. It is a multi-level conflict that is addressed in sub-national, national, regional and international jurisdictional and quasi-jurisdictional forums (Marjanac, 2020). For this reason, a coherent system is needed to demand respect, protection, prevention of a healthy environment and, if necessary, reparation of the damage caused.

Moreover, it is a complex problem that highlights the tension between national interests and the attention to a global problem. It also shows how some corporations have more power than many states (Clapham, 2006).

It likewise exhibits the vulnerability of the most disadvantaged. This is why the human rights dimension is necessary. It is also an intergenerational problem (La Vina & Sy, 2019). This makes the preventive function of the law necessary.

Using a critical approach (Corten, 2009), this essay documents the principles of international law that impact on climate change. It then identifies the resources available to states and individuals to demand compliance with climate change obligations and assesses their chances of success. Finally, a new approach is put forward that would help solve conflicts more effectively.

a. Principles of international law that impact on the fight against climate change

In the fight against climate change, first and foremost, the general principles of international law, as well as those relating in particular to the environment, apply and entail international responsibility for the wrongful actions of states (Elborough, 2017). Also, climate change is subject to specific principles that —although some are controversial— are already being used by complainants and are reflected in court rulings and referred to below.

i. *The principle of no-harm*

This principle is one of the ideas that structure environmental law in general and that has particular importance in the fight against climate change. By its nature, this principle is of a customary order. Moreover, it has been applied by international jurisdictions, particularly by the International Court of Justice, when it issued its advisory opinion on the use of nuclear weapons (ICJ, 1996, para 29; Elborough, 2017, p.97-98).

The basis of this principle is that countries are obliged to respect the rights of other member states of the international community. Therefore, this principle is conceived as the obligation of states to avoid causing harm to other nation states (Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, 1972, principle 21; Rio Declaration on Environment and Development, 1992, principle 2; Elborough, 2017, p.97).

ii. *Due diligence*

Due diligence, derived from the principle of no-harm, has become a customary standard and has been employed by the International Court of Justice (ICJ, 2010, 55, para 101; Mayer; 2019). It consists of expanding the focus not only on establishing the appropriate rules and measures to avoid causing harm, but also on monitoring compliance by all actors, regardless of their public or private nature.

iii. *The principle of equity*

The intergenerational dimension of climate change is reflected in this principle. To protect the rights of people living on the planet and those to come, the fight against climate change is one of the top priorities of humanity.

It consists of giving fair and inclusive treatment to the different actors in society, particularly to groups in a situation of vulnerability, promoting their equitable participation in decision-making (Urgenda Foundation v

Netherlands, 2015; Ashgar Leghari v Pakistan, 2015; Declaration of Ethical Principles in relation to Climate Change, 2017, art 4).

iv. The preventive principle

This is a fundamental principle in the fight against climate change, which consists in the States' obligation to implement all types necessary of measures to prevent damage to the environment and common property. Its application has been given in the resolution of the International Court of Justice in the case of the cellulose factories along the Uruguay River (Elborough, 2017, pp.97-98).

The Law of the Sea Tribunal has considered that this principle must be applied in the context of the conditions prevailing in each case, that is, understanding the characteristics of each particular case (ITLOS, 2011, paras 115-117).

This principle applies to litigation on adaptation, which can discourage litigation on loss and damages, which is more focused on redress than prevention (Colombo & Giadrossi, 2020).

v. The precautionary principle

Though controversial, this principle formulated in the Rio Declaration (1992, principle 15) provides that scientific certainty is not necessary for States to intervene when there are serious threats that irreversible damage to the environment may be caused (Bodansky et al., 2017, pp.43-44).

In fact, this principle is currently gaining status as customary international law. This can be seen in the advisory opinion of the Law of the Sea Tribunal in the *Seabed Mining case* (2011; Elborough, 2017, p.98).

vi. The concept of sustainable development

This principle implies an integral vision, in which the problem of climate change must be considered within the framework of sustainable development. To this end, it is necessary to guarantee the environment for the people who are living today and for those who will come in the future.

In addition, it is necessary to promote a better distribution of natural resources and to make the different actors in society aware of the importance of their conservation. It is equally important for the conditions of development to be guaranteed to the less favored populations (Declaration of Ethical Principles in relation to Climate Change, 2017, art 5).

vii. The polluter pays principle

Although it seems a logical rule that can be understood by anyone, the obligation to make the person responsible for the damage pay was not easy to establish in international law. Indeed, it was in the Rio Declaration on Environment and Development that this principle was established as a central pillar of environmental law.

In essence, this principle means that a polluting State or non-state actor, whether public or private, should be held responsible and be accountable for the reparation of the damage caused (Rio Declaration on Environment and Development, 1992, principle 16).

This principle has been criticized for its purely economic approach and its implications for the certainty of strict liability for the tortfeasor (Crawford, 2012, p.359).

viii. The obligation of Environmental impact assessment

This principle has a technical character. It aims to establish an obligation under international law to assess, to any possible extent, the environmental impact of a given decision. The intention is to avoid damage and, therefore, having to take corrective measures later.

This principle is in the process of achieving status as a rule of customary international law (Mayer, 2019).

ix. The principle of presumption

This principle implies that the interpretation of national laws must be made in accordance with international obligations in order to indirectly apply international law (Rio Declaration on Environment and Development, 1992, principle 10; *Urgenda v Netherlands*, 2015).

x. The principle of Climate Justice

This principle involves moving away from environmental justice in general and towards a specific climate justice that is urgent and a priority. This principle was developed in the *Leghari v Pakistan case* (2015) and continued in the *Urgenda v Netherlands case* (2015) (Paris Agreement, 2015, preamble; Pernot, 2019).

2. Legal resources that impact on the fight against climate change

a. The international level

Under the United Nations Framework Convention on Climate Change (1992, art 14), national States have the following jurisdictional recourse: the contentious jurisdiction of the International Court of Justice. However, until today only the Republic of Cuba and the Kingdom of the Netherlands have recognized this jurisdiction of the International Court of Justice to submit their conflicts derived from the United Nations Framework Convention on Climate Change. The Solomon Islands, conversely, only recognizes the arbitration jurisdiction of the International Court of Justice to resolve disputes arising from the implementation of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UN Treaty Collection, 2020; Murray, 2016; Elborough, 2017, pp.95-96).

Furthermore, we have the advisory jurisdiction of the International Court of Justice (UN News, 2011) and the mechanisms of the various treaty committees (Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1972, art 4; Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 1997, art 7). So far, the only case brought to an international monitoring mechanism and the international arbitration procedures (Elborough, 2017, p.99; International Bar Association, 2014) is the UN Human Rights Committee, is the *Torrest Strait Islanders in 2019* (UNHRC, 2020).

International courts are open to climate change litigation, but there is a lack of coordination to mitigate the problem (Elborough, 2017, pp.100-101). Although there is potential for interstate complaints, states prefer diplomatic solutions. In addition, the ambiguity of obligations, as well as the difficulty in determining the cause of damage and the multiplicity of actors, make State liability difficult (Elborough, 2017, pp.100-101).

We note two structural problems for international law to combat climate change: the first is the access to justice and the second is the effectiveness of remedies (Margaretha, 2019). In relation to the access to justice, while there have been advances in linking climate change and human rights (Paris Agreement, 2015, preamble), international forums for individuals are virtually limited to regional systems (Badrinarayna, 2018). Moreover, another procedural challenge entails rethinking the concept of victim (Margaretha, 2019).

With respect to remedies, State responsibility presents technical difficulties to determine the harm caused. In the face of this complexity, the concept of probabilistic causation is beginning to emerge. According to this concept, it is sufficient to identify at least 50% of the contribution to the damage risk in order to determine responsibility for the damage caused (Elborough, 2017, p.99).

There has been progress in World Trade Organization disputes, but a climate change approach to trade policy is needed (WTO, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Appellate Body Report and Panel Report pursuant to Article 21.5 of the DSU - Action by the Dispute Settlement Body, WT/DS58/23, 26 November 2001; WTO, Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres - Status Report by Brazil – Addendum, WT/DS332/19/Add.6, 15 September 2009; WTO, Canada - Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector - Communication from Canada WT/DS412/19 WT/DS426/19, 6 June 2014; WTO, China - Measures Concerning Wind Power Equipment - Request to join consultations - Communication from Japan WT/DS419/3, 19 January 2011; WTO, India - Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules - Recourse to article 21.5 of the DSU by India - Request for the establishment of a panel, WT/DS456/20, 29 January 2018). The rules in investment law must be rethought (*Ethyl Corporation v The Government of Canada*, 1997; *Methanex Corporation v United States of America*, 1999). Difficulties in this area arise from the absence of the doctrine of precedent and the lack of consensus on interpretative rules (Elborough, 2017).

b. The regional level

When considering the regional level of attention to climate change, we note that it is the regional human rights systems that have the greatest impact on the issue. We find the way of contentious jurisdiction that the national States have within each of the regional human rights jurisdictional bodies to be remarkable. However, it is important to point out that, according to the characteristics of each of these regional systems, not all national States that are part of the system accept the contentious jurisdiction of regional courts, but rather general or particular acceptance is required for regional courts to hear conflicts that may arise and have an impact on the fight against climate change. This makes it clear that on many occasions nation States do not accept the jurisdiction of regional bodies when they overlap with their national interests. Furthermore, with the exception of the African system, regional systems require that domestic remedies be previously exhausted.

We found that, to date, the American and European systems of human rights protection are the only ones that have received complaints about human rights violations due to climate change (*Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations of the Rights of Arctic Athabaskan Peoples Resulting from Rapid Arctic Warming and Melting Caused by Emissions of Black Carbon by Canada Submitted by the Arctic Athabaskan Council on Behalf of All Arctic Athabaskan Peoples of the Arctic Regions of Canada and the United States*, 2013; Heri, 2020, December 22). We also note that it was within the African system, through the action of its jurisdictional body, that the right to a healthy environment was first pronounced at a regional level (ACHPR, 2001).

Other remedies include the consultative jurisdiction of regional courts as well as treaty monitoring mechanisms (IACHR, 2017).

c. The national level

At the national level, resources vary according to the political system of the country concerned and its involvement in the fight against climate change. We can distinguish between countries in the global north and south, the former being the most litigious. Most litigation occurs in developed countries, such as New Zealand, Australia, United Kingdom, United States, Netherlands and Austria, with the United States representing almost 2/3 of the world's litigation (Okonkwo, 2017).

In general, citizens have access to climate justice in four ways:

- 1) through environmental constitutionalism (*Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, art 24; *Constitution of the Republic of Costa Rica*, 1949, art 50; *Constitution of the Portuguese Republic*, 2005, art 66);

- 2) by means of the recognition of access to justice through the rules of international law (Rio Declaration on Environment and Development, 1992, principle 10; *Urgenda v Netherlands* 2015; *Leghari v Pakistan* 2015; *Juliana v United States*, 2018; *Armando Ferrão Carvalho and Others v. The European Parliament and the Council*, 2018);
- 3) through general rules of access to justice in codes or statutes (Climate Change Act UK, 2008; Climate Change Act NZ, 2002; Climate Change Act KE, 2014, art 23; Colombo, 2017);
- 4) through the compliance with the Nationally Determined Contributions that each State has committed to in the Paris Agreement (Hunter et al., 2019; Ariani, 2019), where we find two approaches:
 - i) litigation to mitigate climate change;
 - ii) litigation to reduce the budget of the fossil fuel industry (Hunter et al., 2019).

For such purpose, we have identified four national litigation groups:

- 1) those seeking a remedy against government inaction to mitigate air pollution;
- 2) those seeking a remedy for government action to contribute to climate change;
- 3) those seeking government approval for developments that contribute to climate change;
- 4) those seeking a remedy for the lack of government action to adapt to the consequences of climate change (Preston, 2018).

At the sub-national level, there are examples of heterodox actions: *City of Los Angeles v. Nhtsa*, 1990; *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 2007; *Greenpeace Australia Ltd v Redbank Power Pty Ltd*, 1994; Ousley, 2019; Peel, Osofsky and Foerster, 2017. The difficulty of success in these actions is the absence of a uniform legal framework to respond to claims against acts causing climate change. Accountability, predictability and legal certainty must be improved in this area (Hester, 2018).

These lawsuits have been structured according to the following doctrines:

- 1) the state-created danger (*Juliana v United States* 2018; Johnson, 2019);
- 2) rights not explicitly listed in the constitution (*Juliana v United States*, 2018; *Washington v Glucksberg*, 1997);
- 3) public trust, used by complainants to demand the common use of the atmosphere (*Kanuk ex rel. Kanuk v State, Dep't of Nat. Res.*, 2014; *Sanders-Reed v Martinez*, 2015; *Juliana v United States*, 2018; *Foster v Wash. Dep't of Ecology*, 2017; *Funk v Wolf*, 2017; *Environment-People-Law v Cabinet of Ministers of Ukraine and National Agency of Environmental Investments*, 2009; *Segovia et., al. vs. the Climate Change Commission*, 2017; *Ali v. Federation of Pakistan*, 2016; *Ridhima Pandey v India*, 2017);
- 4) the rights to life and to a quality environment.

Although domestic litigation is an option to combat climate change, its scope is limited, since it does not take a cross border approach, but rather constrains its effects on the people under its jurisdiction (*Leghari v Paskitan*, 2015; *Urgenda v Netherlands*, 2015; *Margaretha*, 2019).

The success of national litigation depends on structural and procedural aspects. The first group of factors, as Colombo (2017) points out, includes the nature of the legal system, the type of international norms involved, the type of legal provisions and the position of the national courts (Pernot, 2019). The greatest problems arise when national courts are faced with the impact of their rulings on national public policy (Ariani, 2019), as well as with the ambiguity of international norms.

In the second group of factors, the success of the litigation depends on the possibility to identify the cause of the damage and for the complaint to pass the study of the merits, since this usually involves political problems that are difficult to overcome (Upadhyay, 2019; Palmer, 2018; Juliana v United States, 2018; Byers et al., 2017; Blumm & Wood, 2017; Barnes, 2019).

There is a tendency to sue against the Carbon Majors. This strategy has proven to be straightforward and practical. The advantages of these processes are that there is greater predictability in the requirements to prove the cause of damage, as well as uniformity in the rules to determine the liability. Moreover, the possibility usually exists for a class action to be brought as well (La Vina & Sy, 2019). And, finally, it should be noted that the actions against the Carbon Majors are critical given the importance that these actors have and their ability to pay for the damage caused (Barnes, 2019).

3. Conclusions

The fight against climate change could benefit from the emergence of transnational litigation, as well as from the implementation of legislation that expands the rules for access to justice.

Tort claims can be a useful tool in the absence of clear rules in international and domestic law (Byers et al., 2017). Arbitration processes are another possible solution (Elborough, 2017, p.96).

In addition, national courts must apply the climate change principles provided for in the Paris Agreement by implementing the concept of transnational public policy, since these are essential interests for everyone.

Moreover, the role of the International Court of Justice should be complementary to national jurisdictions. Similarly, human rights protection systems should be supplemental to the scheme provided for in the United Nations Framework Convention on Climate Change.

The fight against climate change must be coherent among the different actors and levels of incidence in order to be effective. However, while extremely important, climate justice alone cannot solve the problem of climate change, it must be accompanied by public awareness (Marjanac, 2020).

4. Bibliography

a. Doctrine

Bodansky, D., Brunnée, J. and Rajamani, L. (2017). *International Climate Change Law*. Oxford University Press.

Clapham, A. (2006). *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford University Press.

Corten, O. (2009). *Méthodologie du droit international public*. Éditions de l'Université de Bruxelles.

Crawford, J. (2012). *Brownlie's principles of Public International Law*. 8th edition. Oxford University Press.

b. Papers

Ariani, D. (2019). The Effectiveness of Climate Change Litigation as a Venue to Uphold State Climate Change Obligations in Indonesia, *Indonesian Journal of International Law*, 16(2), 210-234.

Badrinarayana, D. (2018). A Constitutional Right to International Legal Representation: The Case of Climate Change, *Tulane Law Review*, 93(1), 47-104.

- Barnes, K. (2019). Democratizing Climate Change: Litigation for the Era of Extreme Weather, *The University of the Pacific Law Review*, 50(4), 651-684. <https://scholarlycommons.pacific.edu/uoplaw-review/vol50/iss4/8>
- Benoît, M. (2019). Climate Assessment as an Emerging Obligation Under Customary International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, 68(2), 271-308.
- Blumm, M. C. and Wood, M.C. (2017). “No Ordinary Lawsuit”: Climate Change, Due Process, and the Public Trust Doctrine, *The American University Law Review*, 67(1), 1-87.
- Byers, M., Franks, K. and Gage, A. (2017). The Internationalization of Climate Damages Litigation, *Washington Journal of Environmental Law & Policy*, 7(2), 264-319. <https://digitalcommons.law.uw.edu/wjelp/vol7/iss2/3>
- Colombo, E. (2017). Enforcing International Climate Change Law in Domestic Courts: A New Trend of Cases for Boosting Principle 10 of the Rio Declaration, *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, 98-144.
- Colombo, E., & Giadrossi, A. (2020). Comparative International Litigation and Climate Change: A Case Study on Access to Justice in Adaptation Matters, *University of Pittsburgh Law Review*, 81(3), 527-596.
- Elborough, L. (2017). International Climate Change Litigation: Limitations and Possibilities for International Adjudication and Arbitration in Addressing the Challenge of Climate Change, *New Zealand Journal of Environmental Law*, 21, 89-132.
- Heri, C. (22 December 2020). The ECtHR’s Pending Climate Change Case: What’s Ill-Treatment Got To Do With It? *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*. https://www.ejiltalk.org/the-ecthrs-pending-climate-change-case-whats-ill-treatment-got-to-do-with-it/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=ejil-talk-newsletter-post-title_2.
- Hester, T. (2018). Climate Tort Federalism, *FIU Law Review*, 13(1), 79-101. <https://dx.doi.org/10.25148/lawrev.13.1.8>
- Hunter, D. and Ji, W. and Rudock, J. (2019). The Paris Agreement and Global Climate Litigation after the Trump Withdrawal, *Maryland Journal of International Law*, 34(1), 224-248. <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol34/iss1/9>
- International Bar Association (2014). *Achieving Justice and Human Rights in the Era of Climate Disruption. Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report*. <https://www.ibanet.org/PresidentialTaskForceClimateChangeJustice2014Report.aspx>
- Johnson, A. (2019). Life, Liberty, and a Stable Climate: The Potential of the State-Created Danger Doctrine in Climate Change Litigation, *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 27(4), 585-611. <https://core.ac.uk/download/pdf/288206246.pdf>
- La Vina, A. y Sy, J. (2019). Achieving Climate Justice through Tort Law: Issues and Challenges, *Ateneo Law Journal*, 63(4), 1042-1082.
- Marjanac, S. (2020). The Role of Climate Change Litigation: Interview with Sophie Marjanac, Interviewed by Andy Symington, *Human Rights Defender*, 29(3), 26-28.
- Murray, C. (2016). The geopolitics of climate justice: collective interest or raison de système?, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 34(1), 109-125. <https://doi.org/10.1080/02646811.2016.1120581>

- Okonkwo, T. (2017). Protecting the Environment and People from Climate Change through Climate Change Litigation, *Journal of Politics and Law*, 10(5), 66-77. <https://doi.org/10.5539/jpl.v10n5p66>
- Ousley, M. H. (2019). Precedent, Politics, Or Priorities: Are Courts Stepping out of Their Traditional Judicial Bounds When Addressing Climate Change, *Hastings Environmental Law Journal*, 25(2), 349-374. https://repository.uchastings.edu/hastings_environmental_law_journal/vol25/iss2/7/
- Palmer, G. (2018). Can Judges Make a Difference: The Scope for Judicial Decisions on Climate Change in New Zealand Domestic Law, *Victoria University of Wellington Law Review*, 49, 191-210. <http://www.nzlii.org/nz/journals/VUWLawRw/2018/8.pdf>
- Peel, J. and Osofsky, H. and Foerster, A. (2017). Shaping the Next Generation of Climate Change Litigation in Australia, *Melbourne University Law Review*, 41(2), 793-844. https://law.unimelb.edu.au/__data/assets/pdf_file/0005/2771447/10-Peel,-Osofsky-and-Foerster.pdf
- Pernot, E. (2019). The Right to an Environment and Its Effects for Climate Change Litigation in Ireland, *Trinity College Law Review*, 22, 151-172. <https://ie.vlex.com/vid/the-right-to-an-852253463>
- Preston, B. J. (2018). The Evolving Role of Environmental Rights in Climate Change Litigation, *Chinese Journal of Environmental Law*, 2(2), 131-164. <https://doi.org/10.1163/24686042-12340030>
- UNHRC (2019). *Communication No 3585/2019, Australia (pending)*. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/TableRegisteredCases.aspx>
- United Nations (September 22, 2011). *Palau Seeks UN World Court Opinion on Damage Caused by Greenhouse Gases*. <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=39710>
- Upadhyay, P. (2019). Climate Claimants: The Prospects of suing the New Zealand Government for Climate Change Inaction, *New Zealand Journal of Environmental Law*, 23, 187-213.
- Wewerinke-Singh, M. (2019). Remedies for Human Rights Violations Caused by Climate Change, *Climate Law*, 9(3), 224-243. <https://doi.org/10.1163/18786561-00903005>

c. Legislation and Cases

- African Commission on Human and Peoples' Rights (2001). *Communication 155/96. The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v Nigeria*. https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr30_155_96_eng.pdf
- Armando Ferrão Carvalho and Others v. The European Parliament and the Council (8 May 2018). ECLI:EU: T:2019:324 (People's Climate Case).
- Ashgar Leghari v Federation of Pakistan. September 14, 2015.W.P. No. 25501/2015.
- Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) (Judgment). 2010. ICJ Rep 14, 55.
- City of Los Angeles v. Nhtsa, 912 F.2d 478 (D.C. Cir. 1990).
- Climate Change Act 2002 (New Zealand).
- Climate Change Act 2008 (United Kingdom).
- Climate Change Act 2014 (Kenya).
- Constitution of the Portuguese Republic. 2005.

- Constitution of the Republic of Costa Rica. 1949.
- Constitution of the Republic of South Africa. 1996.
- Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972).
- Declaration of Ethical Principles in relation to Climate Change (2017).
- Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (1972).
- Dep't of Nat. Res., 335 P.3d 1088, 1092. *Kanuk ex rel. Kanuk v State*. (Alaska 2014).
- Foster v Wash. Dep't of Ecology*, No. 75374-6-I (Wash. Ct. App. Sep. 5, 2017).
- Funk v Wolf*, 158 A.3d 642 (Pa. 2017).
- Greenpeace Australia Ltd v Redbank Power Pty Ltd* (1994) 86 LGERA 143.
- I/A Court H.R., Advisory Opinion OC-23/17 of November 15, 2017, requested by the Inter-American Court of Human Rights. Republic of Colombia on the environment and human rights, OC-23/17. November 15, 2017. <https://www.refworld.org/es/docid/5ade36fe4.html>
- Juliana v United States*, 339 F. Supp. 3d 1062, 1105 (D. Or. 2018).
- Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change (1997)
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion) (1996) ICJ Rep 226. 242 (para 29).
- Lviv Circuit Admin. Court. *Environment-People-Law v Cabinet of Ministers of Ukraine and National Agency of Environmental Investments* (2009).
- Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497, 127 S. Ct. 1438, 167 L. Ed. 2d 248 (2007).
- Paris Agreement (2015).
- Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations of the Rights of Arctic Athabaskan Peoples Resulting from Rapid Arctic Warming and Melting Caused by Emissions of Black Carbon by Canada Submitted by the Arctic Athabaskan Council on Behalf of All Arctic Athabaskan Peoples of the Arctic Regions of Canada and the United States (2013) (pending). http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2013/20130423_5082_petition.pdf
- Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Person and Entities with Respect to Activities in the Area (Advisory Opinion, Order of 1 February 2011) ITLOS Reports 2011, 10 (Responsibilities in the Area).
- Rio Declaration on Environment and Development (1992).
- Sanders-Reed v Martinez*, 350 P.3d 1221, 2015 NMCA 63 (N.M. Ct. App. 2015).
- Segovia et., al. vs. the Climate Change Commission, et., al.*, G.R. No. 211010, 7 March 2017.
- Supreme Court of Pakistan. *Ali v. Federation of Pakistan* (2016); *Ridhima Pandey v India*. March 2017.
- The United Nations Commission on International Trade Law. *Ethyl Corporation v The Government of Canada*, (1997).
- The United Nations Commission on International Trade Law. *Methanex Corporation v United States of America*, (1999).

United Nations Framework Convention on Climate Change (1992).

United Nations Treaty Collection, 7. United Nations Framework Convention on Climate Change, Status as at December 29, 2020 11:15:24 EDT. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-7&chapter=27&Temp=mtdsg3&clang=_en#EndDec

Urgenda Foundation v The Kingdom of the Netherlands (2015) HAZA C/09/00456689 (June 24, 2015).

Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 117 S. Ct. 2258 (1997).

WTO, Brazil, Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres. Status Report by Brazil. Addendum, WT/DS332/19/Add.6. 15 September 2009.

WTO, Canada, Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector. Communication from Canada WT/DS412/19 WT/DS426/19. 6 June 2014.

WTO, China. Measures Concerning Wind Power Equipment. Request to join consultations. Communication from Japan WT/DS419/3. 19 January 2011.

WTO, India. Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules. Recourse to article 21.5 of the DSU by India - Request for the establishment of a panel, WT/DS456/20. 29 January 2018.

WTO, United States. Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products. Appellate Body Report and Panel Report pursuant to Article 21.5 of the DSU. Action by the Dispute Settlement Body, WT/DS58/23. 26 November 2001.

La responsabilidad al proteger: buenas intenciones que acabaron en olvido

Responsibility while Protecting:
good intentions that faded into oblivion

 Florencia Urbano [Universidad Nacional de Rosario, Argentina
florur_06@hotmail.com](mailto:florur_06@hotmail.com)

Recibido: 12/7/2021

Aceptado: 30/9/2021

Resumen El objetivo del presente artículo es poder dar cuenta acerca del planteamiento de Brasil del concepto de responsabilidad al proteger; doctrina que vendría a re-interpretar la responsabilidad de proteger, nacida a inicios de los 2000. Esta propuesta buscaba posicionar al gigante sudamericano como un actor responsable y comprometido con la comunidad internacional, actitud que validaba su búsqueda de convertirse en un jugador global. Es así que, este estudio buscará abordar la propuesta realizada por Brasil y, asimismo, conocer qué sucedió con dicha iniciativa.

Palabras clave Brasil, Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, responsabilidad de proteger, responsabilidad al proteger

Abstract The aim of this paper is to account for Brazil's attempt to present the concept of Responsibility while Protecting, the doctrine that appears to reinterpret Responsibility to Protect, which came into existence in the early 2000s. This proposal sought to position South America's giant as a responsible and committed actor within the international arena, an attitude that consolidated its intention to become a global player. Moreover, this paper seeks to explain whether the domestic situation of the country had an impact or not on the evolution of Responsibility while Protecting and what happened with it.

Key words Brazil, United Nations, Security Council, responsibility to protect, responsibility while protecting

Cómo citar este artículo: Urbano, F. (2021). La responsabilidad al proteger: buenas intenciones que acabaron en olvido. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), e019. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe019>

1. Introducción

El siguiente artículo tiene como objetivo presentar los lineamientos del planteamiento de la responsabilidad al proteger (RAP), realizada por Brasil en el año 2011. Esta iniciativa se presentaría como un intento de re-interpretar lo que ya se conocía como la doctrina de responsabilidad de proteger (R2P), nacida a inicios de 2000 y posteriormente incluida en un documento formal de Naciones Unidas (ONU) en el año 2005. La presentación de dicha propuesta del gigante sudamericano no solo buscaba re-pensar la doctrina de R2P, sino que estaba ligada de manera estrecha a su búsqueda de consolidarse como un jugador global a la altura de los debates en el escenario internacional. En este sentido, es interesante remarcar que en los inicios del siglo XXI, Brasil experimentó y disfrutó de grandes bondades políticas y económicas que le valieron una gran presencia tanto a nivel regional como internacional. Tal como sostiene Giaccaglia (2018), durante los mandatos de Luis Inácio Lula Da Silva (2003-2010), Brasil logró disponer de múltiples “escaleras”¹ vinculadas al crecimiento económico, al desarrollo y expansión de la clase media, el gran activismo diplomático internacional y la diversificación de vínculos. Sin embargo, a partir de la segunda década, comenzó a experimentar una serie de dificultades domésticas que cambiaron sustancialmente el panorama. Aun así, este actor logró plantear una buena iniciativa en el plano internacional, cuyo desenlace es interesante de analizar. A lo largo de este trabajo se buscará dar cuenta de dicha iniciativa y de describir lo que sucedió con el planteamiento de RAP ante la ONU. Con este propósito el texto se estructura en cuatro apartados. El primero, recorre los aspectos más sobresalientes de la proyección internacional de Brasil durante las gestiones de Lula Da Silva y Dilma Rousseff (2011-2016). El segundo, aborda los antecedentes centrales de la R2P para comprender, a partir de allí, la propuesta brasileña en la materia. En el tercer apartado, se describe la postura inicial tomada por Brasil con respecto a su defensa sobre el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados y su cambio hacia el principio de no indiferencia, mientras que el cuarto apartado se focaliza en su propuesta de la RAP. Por último, se pondrán de relieve las conclusiones pertinentes, retomando algunos de los aspectos centrales del trabajo.

2. Luces y sombras en la proyección internacional de Brasil

Durante los gobiernos de Lula Da Silva, Brasil buscó ejercer un rol de liderazgo y proyección a nivel internacional. En palabras de Orea (2016, p.12), el ex mandatario apeló a construir un “liderazgo normativo, es decir, participar en la regulación del orden mundial con idea de modificarlo para hacerlo más justo e inclusivo”. Asimismo, la autora sostiene que, durante este período, se procuró tener más presencia en los organismos internacionales y elevar el liderazgo a la categoría de *global player* (Orea, 2016). En este sentido, la llegada de Luis Inácio Lula da Silva al poder en 2003 materializó, en palabras de Gavião & Gomes Saraiva (2019, p.68), una “postura revisionista del orden mundial y de configuración y funcionamiento de los organismos internacionales”. Desde el partido a cargo del poder se puso en valor la importancia de que el país tuviera una actuación en las relaciones internacionales para promover un mundo más solidario (Gavião & Gomes Saraiva, 2019).

Así, durante la gestión del político brasileño, el gobierno comenzó a desempeñar un rol activo y decisivo en las relaciones internacionales, construyendo al mismo tiempo un espacio de liderazgo sudamericano. La búsqueda de proyectarse tanto regional como globalmente, fueron definidas por el gobierno como instancias que iban de la mano. Es importante destacar que durante este período, el gobierno y estas iniciativas se habían visto favorecidas por el contexto de valorización de los commodities en el mercado mundial y la estabilidad

¹ La autora utiliza la metáfora del juego *Moksha Patam* –asociado a la filosofía Hindú–, comercializado en Inglaterra como “Escaleras y serpientes”, para explicar el comportamiento de Brasil en el escenario internacional durante la primera década del siglo XXI.

monetaria heredada de la gestión anterior (Gavião, Gomes Saraiva, 2019). Se puede decir entonces –y utilizando los términos de Giaccaglia (2018)– que durante la primera mitad del siglo XXI primaron las “escaleras”. En otras palabras, el viento estaba a su favor.

Sin embargo, a estas luces le llegaron sus sombras y el alto perfil de Lula a nivel global como regional cambió con la llegada de su sucesora en 2011: Dilma Rousseff. Su administración implicó una retracción en el accionar del gigante sudamericano tanto a nivel regional como en el plano internacional. En este sentido, se observó un liderazgo de bajo perfil en materia internacional, en sintonía con la personalidad y el estilo de la mandataria (Orea, 2016).

Por su parte, Gomes Saraiva & Bom Gomes (2016) sostienen que el gobierno de Dilma Rousseff heredó una guía específica de política exterior, la cual estaba basada en la revisión de las instituciones internacionales; actuación activa en los foros multilaterales, ubicándose como liderazgo del sur y, asimismo, una orientación proactiva en la dimensión sudamericana. No obstante, más allá de estas continuidades, también se observaron cambios en el activismo producto de la influencia de la coyuntura internacional y nacional, del perfil de Dilma, del proceso de toma de decisiones y de la “politización” de la política exterior.

En comparación, esta segunda década estuvo marcada y constreñida por variables sistémicas, como la crisis financiera global de 2008 y por variables domésticas como el *impeachment* a la entonces presidenta. Asimismo, se puede destacar la desaceleración de la economía, la reprimarización de esta última y la crisis política producto de causas de corrupción. Los vientos habían cambiado.

Aun así, en un primer momento y en el campo global, la administración de Dilma intentó dar un paso en lo relativo a la defensa del derecho internacional humanitario, repensando y retomando el debate vinculado a la R2P.

3. Antecedentes de la R2P

A lo largo de los años noventa y ya entrando en el nuevo siglo, el mundo fue testigo de una serie de desastres humanitarios que pusieron sobre el tapete la necesidad de reflexionar y repensar acerca del rol de la comunidad internacional ante este tipo de eventos. Sólo por citar algunos casos, el genocidio en Ruanda (1994), la limpieza étnica de Srebrenica (1995) y los bombardeos a Kosovo por parte de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) (1999), constituyen ejemplos significativos de emergencias humanitarias donde además de primar las violaciones sistemáticas a los derechos humanos, fueron eventos frente a los cuales la respuesta de los Estados vía ONU no estuvo a la altura del problema. La puesta en práctica de las llamadas intervenciones humanitarias (Somalia, Bosnia y Kosovo, etc.), al igual que el accionar ‘a destiempo’ de los acontecimientos (Ruanda), suscitaron grandes polémicas. El hecho más álgido fue la intervención de la OTAN en Kosovo, cuando comenzaron a salir a la luz voces que sostenían que se estaba generando un derramamiento de sangre mayor al que se buscaba evitar (Carbajales, 1999; Remiro Brotóns, 2001). Asimismo, se criticaba la forma en que los aliados llevaron adelante la operación (ICISS, 2001). Frente a esto, la figura de intervención humanitaria, definida por Bermejo García y López-Jacoiste Díaz (2013) como la decisión de un Estado de recurrir a la fuerza sobre el territorio de otro Estado, sin el consentimiento de este último, con el objetivo de poder proteger a las personas de tratos inhumanos a los que estén siendo sometidos, comenzó a ponerse bajo la lupa. Desde la academia y organismos gubernamentales y no gubernamentales surgieron fuertes cuestionamientos por la forma en la cual se han implementado dichas intervenciones y la existencia de un cierto ‘desequilibrio’ en términos de resultados *versus* el objetivo a cumplir, a saber, poner fin al avasallamiento de los derechos humanos de sus pobladores. La gravedad de los eventos anteriormente mencionados generó que el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, hiciera un llamado a repensar el rol de los Estados en la obligación colectiva de procurar ayuda y reparación ante situaciones de emergencia

humanitaria y encontrar una salida a estas crisis (Muñoz, 2010; Menéndez del Valle, 2016).² El debate se centró en dos ejes que estaban (y están) en tensión: por un lado, el respeto por el principio de soberanía y la no intervención en asuntos internos y, por el otro, la urgencia para proteger a las poblaciones que sufren violaciones sistemáticas de los derechos humanos (Arredondo, 2012).

A raíz del planteo del ex Secretario General, el gobierno de Canadá tomó la iniciativa y creó en 2001 la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (ICISS, por sus siglas en inglés), presidida por Gareth Evans y Mohamed Sahnoun y compuesta por 12 expertos en la materia. Durante un año se celebraron mesas redondas y de consultas cuyo foco de atención no estuvo puesto directamente en la de intervención humanitaria, sino que el trabajo de ICISS se orientó a establecer las bases y condiciones para los ulteriores avances en el desarrollo de la R2P (Arredondo, 2012). En otras palabras, había una clara necesidad y urgencia de poner en la mesa de discusión al derecho internacional humanitario, el cual comprende la obligación de los Estados a promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos, y la obligación de abstenerse de emprender aquellas acciones que vayan en detrimento de los mismos³.

Al analizar el informe de la ICISS, Arredondo (2012) sostiene que la intervención humanitaria ya no resultaba apropiada por diversos motivos. En primer lugar, la idea de intervención parece centrarse más en las prerrogativas del Estado dispuesto a llevar adelante una intervención armada que en la situación de las poblaciones cuyos derechos humanos están siendo violados. En segundo lugar, confiere mayor jerarquía al principio de la intervención por sobre el de la soberanía de los Estados y su defensa al el principio de no intervención. En tercer lugar, la noción de intervención como derecho privilegia el simple acto de intervención armada sin tener en cuenta la prevención y reconstrucción, anterior y posterior al acto de la intervención armada. Todo esto impulsó un cambio en los términos del debate ya que “la intervención con fines de protección humana no debe centrarse en el derecho a intervenir sino en la responsabilidad de proteger” (ICISS, 2001). Esta última, correspondiente de manera primaria y fundamental al Estado, va a poner la lupa en las necesidades de las víctimas de las violaciones a los derechos humanos y esa responsabilidad se va a manifestar de una doble manera: de manera externa, frente a los demás Estados o la comunidad internacional y de manera interna, frente a sus propios ciudadanos (Arredondo, 2012). En este sentido, Hui-Chol Pak, Hye-Ryon Son y Son-KyongJong (2020) la perciben como un accionar en cadena, ya que si un Estado no puede proteger a sus ciudadanos de crímenes de derechos humanos a gran escala, esta responsabilidad se le transfiere a la comunidad internacional con necesaria autorización del Consejo de Seguridad. Por su parte, Añaños Meza (2009) señala que la idea de que existe una “responsabilidad de proteger” que recae sobre el Estado y en la comunidad internacional es clara. Ahora bien, cabe mencionar que no existe una definición uniforme de R2P. El trabajo de la ICISS fue precursor en los aportes sobre la R2P pero no estableció cuáles son sus contenidos y alcances, como tampoco indicó qué se entiende por los términos ‘responsabilidad’ y ‘proteger’, lo que genera problemas a la hora de la interpretación por parte de los Estados y, por ende, para consensuar líneas de implementación. Concluido el accionar de la ICISS en 2005, la Asamblea General, en el marco de la Cumbre Mundial, incluyó la idea R2P en el Documento Final⁴ en el cual vincula la aplicación de la R2P con la prevención del genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la depuración étnica⁵. Los párrafos dedicados son los siguientes:

² En el año 2000, Kofi Annan expresó su preocupación por el uso de la fuerza de manera unilateral y planteó la siguiente inquietud: “(...) si la intervención humanitaria es, en realidad, un ataque inaceptable a la soberanía, ¿cómo deberíamos responder a situaciones como las de Ruanda o Srebrenica y a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que transgreden todos los principios de nuestra humanidad común?” (Annan, 2000).

³ ONU. Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>.

⁴ ONU. Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/summit2005/documents.htm>.

⁵ ICISS sentó las bases, pero en ningún momento es mencionado ni reconocido su aporte en los párrafos del Documento Final.

138. Cada Estado tiene la responsabilidad de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esta responsabilidad entraña la prevención de tales delitos, incluida su incitación, por los medios adecuados y necesarios. Aceptamos esa responsabilidad y actuaremos de acuerdo con ella. La comunidad internacional debería, según proceda, alentar y ayudar a los Estados a ejercer esta responsabilidad y apoyar a las Naciones Unidas en el establecimiento de una capacidad de alerta temprana.

139. La comunidad internacional, a través de las Naciones Unidas, también tiene la responsabilidad de utilizar medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y crímenes contra la humanidad. En este contexto, estamos dispuestos a emprender acciones colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido el Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos son inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales manifiestamente no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Destacamos la necesidad de que la Asamblea General siga examinando la responsabilidad de proteger a las poblaciones del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad, así como sus consecuencias, teniendo en cuenta los principios de la Carta y el derecho internacional. También tenemos la intención de comprometernos, cuando sea necesario y apropiado, a ayudar a los Estados a crear capacidad para proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad y a prestar asistencia a los que se encuentren en situaciones de tensión antes de que estallen las crisis y los conflictos.

De esta manera, los tres pilares constitutivos de la R2P son, siguiendo al Centro Global para la responsabilidad de proteger⁶:

1. Cada Estado tiene la responsabilidad de proteger a su población de cuatro crímenes atroces en masa: genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y limpieza étnica.
2. La comunidad internacional en general tiene la responsabilidad de alentar y ayudar a los Estados a cumplir con dicha responsabilidad.
3. Si un Estado manifiestamente no protege a sus poblaciones, la comunidad debe estar preparada para tomar acciones colectivas apropiadas, de manera oportuna y decisiva y de acuerdo a la Carta de Naciones Unidas.

Todo este proceso fue seguido con detenimiento por parte de los Estados latinoamericanos, teniendo en cuenta su amplia tradición en la defensa de los derechos humanos. La región no sólo estuvo presente en las discusiones que precedieron al informe de ICISS, sino también en los diferentes debates en la ONU (Arredondo, 2011). En cuanto a la Cumbre Mundial de 2005, se destaca el impulso por parte de Argentina, Chile, Guatemala y México –acompañados por Ruanda y Sudáfrica– el cual fue fundamental en la aprobación del concepto (Lucci, 2011). Sin embargo, la región no ha estado al margen de la tensión que menciona Arredondo (2012) –expuesta anteriormente– debido a su fuerte defensa y sostenimiento del principio de no intervención en los asuntos internos, principio que ha sostenido y promulgado desde las sucesivas Conferencias Interamericanas.

Sin desconocer que la región se encolumna en la lucha contra todo acto que atente contra los derechos humanos, la R2P originó distintas posiciones, distinguiéndose básicamente tres (Arredondo, 2014): la bolivariana (Cuba, Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia), la interamericana (la mayor parte de los países) y los llamados ‘eclécticos’ (Argentina y Brasil). La primera, marcada por un fuerte sesgo ideológico, busca reforzar el principio de no intervención, partiendo de una concepción “anti-imperialista” y tomando a la R2P como

⁶ Disponible en: <https://www.globalr2p.org/what-is-r2p/>

un instrumento encubierto de una potencia hegemónica que pretende intervenir en la región para proteger o imponer sus propios intereses. La segunda, considera a la R2P como algo positivo para la protección de los derechos humanos en casos de crisis humanitarias. Finalmente, el grupo ecléctico mantiene una posición firme frente a la protección y promoción de los derechos humanos, aunque esto no se traduce en la aceptación de la R2P. Para estos últimos, el principio necesita una mayor elaboración, fundamentalmente en lo relacionado a la responsabilidad de reaccionar y a la utilización de la fuerza (Arredondo, 2014). Merece destacarse que en 2011 Brasil, en el contexto de una intervención internacional fallida en Libia, sugirió la idea de responsabilidad al proteger (RAP). Esta última no proponía sustituir la R2P, sino más bien reformularla y complementarla con reglas más claras: máximo de prevención antes de intervenir; máximo de cautela y *accountability* ante el Consejo de Seguridad al intervenir (Rodrigues, 2012).

Ahora bien, ¿Qué se buscó al plantear la responsabilidad al proteger? ¿Marcaba un nuevo concepto o un aporte sustancial a lo ya desarrollado? ¿Qué sucedió con el devenir del gobierno de Dilma Rousseff? Estas cuestiones serán objeto de análisis del siguiente apartado.

4. Brasil y el principio de no indiferencia

Kotyashko, Ferreira-Pereira & Vysotskaya (2018) sostienen que, como consecuencia de la experiencia histórica marcada por la intervención de las potencias europeas y norteamericana, Brasil ha mantenido y defendido el principio constitucional de no intervención, considerando que su importancia radica en servir de salvaguarda para la autonomía soberana. Así, a pesar de ser un Estado comprometido en el mantenimiento de la paz, en el marco de la ONU, su participación en intervenciones humanitarias ha sido limitada a aquellas habilitadas por el capítulo VI de la Carta de dicha organización.

Sin embargo, con la intención de ganar notoriedad en el escenario internacional, Brasil decidió re-direccionar su posicionamiento. Fue entonces cuando, en 2004, apeló a detentar un rol de liderazgo en la Misión de Estabilización en Haití (MINUSTAH) con el fin de demostrar su capacidad de cumplir con más responsabilidades para mantener la paz y la seguridad internacionales; y lograr de esta forma un asiento permanente en el Consejo de Seguridad. Así, su postura de no intervención viró hacia el principio de no indiferencia (Kotyashko, Ferreira-Pereira & Vysotskaya, 2018).

5. De la no indiferencia a la RAP

Como afirma Rodrigues (2012), la R2P se constituyó en un principio de alcance político, jurídico y moral de la más alta importancia. Logró convertirse en una de las pocas normas emergentes que obtuvo el reconocimiento de todos los Estados miembros de la comunidad internacional mediante la firma de la Declaración Final de la Cumbre de Naciones Unidas de 2005. No obstante, muchos Estados lo han percibido como un posible mecanismo para nuevas formas de intervención. Este temor fue, posteriormente, reavivado a partir de lo ocurrido con el accionar en Libia. Si bien es un tema sumamente complejo que no hace al punto central de este trabajo, es necesario conocer lo fundamental para entender la posterior presentación de Brasil con el concepto de RAP.

Durante 2011, el Consejo de Seguridad aprobó mediante la Resolución 1973/2011, la aplicación de la RAP al caso libio con el fin de proteger a la población civil de las violaciones masivas de derechos humanos, en el contexto de la primavera árabe. No obstante, el mandato de la OTAN y Francia no se limitó al accionar que se esperaba y el Consejo de Seguridad terminó perdiendo el control sobre la misión. De esta manera, la intervención implicó el cambio de régimen en Libia, algo que no está estipulado en lo que concierne a la R2P. A partir de este desenlace, el debate se suscitó tanto entre quienes eran escépticos de la R2P, como entre aquellos que la habían apoyado en un primer momento.

Brasil, para entonces, formaba parte del Consejo de Seguridad como miembro no permanente y tomó la iniciativa de llevar el debate sobre cómo implementar dicha R2P. “Se ha hablado mucho de la responsabilidad de proteger, pero es poco lo que se ha dicho de la responsabilidad mientras se está dando protección” (Rousseff, 2011, párrafo 54). Así se pronunciaba Dilma Rousseff ante la ONU, cuestionando la doctrina, con posterioridad a la intervención fallida en Libia. Pezzano (2016) señala que la ex presidenta brasileña, Dilma Rousseff, presentó el concepto de RAP en la apertura del debate general del 66° período de sesiones de la Asamblea General, pero concretó su presentación en el debate del Consejo de Seguridad sobre la protección de civiles. Durante las palabras pronunciadas por la entonces mandataria se puede inferir la postura de dicho país frente a la doctrina de la R2P. Una postura un tanto cautelosa y prudente y con cierta crítica hacia la potencialidad de agravar conflictos en vez de mitigarlos o resolverlos (Rodrigues, 2012).

De manera posterior, la misión de Brasil, encabezada por la Representante Permanente del país ante la ONU –Embajadora María Luiza Ribeiro Viotti– hizo distribución de una nota titulada “Responsabilidad al proteger: elementos para el desarrollo y la promoción de un concepto”. En la misma se retomó el origen de la R2P en el Documento Final de 2005 y lo que se estructuró como pilares, a los que la nota menciona como “componentes” (Pezzano, 2016). Al tomar contacto con dicho documento se puede observar una serie de diferencias de interpretación entre lo planteado por Brasil y las consideraciones del Secretario General. En este sentido, Pezzano (2016) señala el párrafo de la nota donde se hace referencia a que la aplicación del tercer pilar de la doctrina sería aplicada cuando “fallan de manera manifiesta las medidas previstas en los componentes primero y segundo” (p.161). De este modo, se distancia de lo propuesto por el Secretario General, quien en su informe sostenía que la respuesta oportuna y decisiva mediante medidas colectivas tendrían lugar cuando el Estado diera clara muestra de no estar protegiendo a su población. Así, se entendía que sería cuando fallara el primer pilar, pero nada se decía del segundo.

Luego, el documento señala que los tres pilares debían sucederse de manera cronológica, siguiendo un orden estricto de secuencia temporal. Asimismo, diferencia la responsabilidad colectiva de la seguridad colectiva, estableciendo que la primera podía ejercerse de manera plena a través de medidas no coercitivas y que debía ejercerse antes de la segunda (Rodrigues, 2012).

Por su parte, Sainz-Borgo (2012) considera que esta caracterización de cómo debe implementarse la R2P, tomando los principios de manera estructurada, subordinada y en secuencia cronológica, aporta ciertos elementos a la discusión para la puesta en práctica de la doctrina. Sin embargo, también señala que implica la introducción de elementos que aún no han sido delimitados y que, hasta el momento, están supeditados al juicio que los miembros del Consejo de Seguridad hagan de cada situación. La nota también insiste sobre el carácter de último recurso que tiene el uso de la fuerza y la necesidad de agotar los medios pacíficos. Asimismo, retoma el debate por los posibles abusos de la R2P y de la persecución de fines diferentes a la protección, como los cambios de régimen (Pezzano, 2016).

Por otro lado, se le reconoce que el aporte más amplio que realiza el documento es una serie de “fundamentos, parámetros y procedimientos” que la comunidad internacional debería tomar en cuenta a la hora de activar la RAP. La consecución de dichos principios implicaría una evolución positiva de la R2P al concepto de la RAP. El listado incluye los siguientes puntos:

- I- La diplomacia preventiva reduce los riesgos del conflicto armado.
- II- La comunidad internacional debe ser rigurosa en sus esfuerzos de agotar todos los medios pacíficos disponibles para la protección de civiles bajo amenaza de violencia, en aplicación de los principios y propósitos de la Carta de la ONU y consagrados en el documento final de la Cumbre del año 2005.
- III- El uso de la fuerza sólo debe ser autorizado por el Consejo de Seguridad de la ONU.
- IV- La autorización para el uso de la fuerza debe estar limitada en sus elementos legales, operacionales y temporales. El alcance de las acciones militares debe acatar el espíritu y el

contenido del mandato conferido por el CS-ONU o a la AG-ONU y debe ser realizado estrictamente de conformidad con el Derecho Internacional, en particular con el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Conflictos Armados.

V- El uso de la fuerza debe producir tan poca violencia e inestabilidad como sea posible. Bajo ninguna circunstancia puede generar más daño del que fue autorizado para prevenir.

VI- En el caso del uso de la fuerza, su uso debe ser “juicioso” de acuerdo al mandato del CS-ONU.

VII- Estos lineamientos deben ser observados a lo largo de toda la extensión de la autorización, desde la adopción de la resolución hasta la suspensión de la autorización por una nueva resolución.

VIII- Es necesario reforzar los procedimientos del CS-ONU para hacer seguimiento y evaluar la manera como las resoluciones son interpretadas y aplicadas para asegurar la responsabilidad de proteger.

IX- El CS-ONU debe garantizar la rendición de cuentas a quienes se les otorgó autoridad para recurrir a la fuerza (Sainz-Bordo, 2012, p.199).

Teniendo en cuenta todos estos elementos, Pezzano (2016) realiza un análisis en cuanto a las consecuencias que dicho concepto plantea en el debate propio de la R2P. De esta forma, destaca algunos puntos importantes para tener en cuenta: en primer lugar, señala que la RAP puede entenderse no como un concepto nuevo y diferente, sino que debe considerarse como una idea dentro del marco del debate que se centra en el cómo de la implementación de la doctrina. En este mismo sentido lo plantea Rodrigues (2012) al sostener que la idea no es sustituir la R2P, sino más bien complementarla con ciertas reglas que otorguen mayores niveles de claridad en los temas más polémicos. En segundo lugar, encontramos la idea del enfoque secuenciado que difiere de la interpretación del Secretario General, que sostenía que todos los pilares eran iguales entre sí y que esto permitía una respuesta flexible y ágil, ajustada a cada caso en particular. Esto se convirtió, entonces, en el punto más criticado. Finalmente, hallamos la cuestión, quizás, más innovadora y es la idea de rendición de cuentas por parte de aquellos que intervienen en el ejercicio de la R2P ante el Consejo de Seguridad. Asimismo, el establecimiento de un mecanismo para monitorear y seguir de cerca la intervención. Si bien esta propuesta se presenta como una buena idea, no es casualidad que haya encontrado resistencia por parte de aquellos actores más propensos a ser partícipes en las intervenciones (Pezzano, 2016).

Ahora bien, ¿qué sucedió entonces con la propuesta brasileña? ¿Qué destino tuvo? La recepción de la RAP fue muy variada. En lo que concierne a los Estados occidentales fueron más bien críticos. Estados Unidos, Alemania y el Reino Unido, por ejemplo, lo vieron solo como un “impedimento procesal”. Además, la OTAN cuestionó severamente el carácter secuencial de los pilares que proponía la RAP. Por su parte, Rusia y China se mostraron cautelosos ante la propuesta, en tanto seguía considerando la posibilidad de una acción militar (Kotyashko, Ferreira-Pereira&Vysotskaya, 2018).

En lo que a su continuidad se refiere y, quizás siendo lo más interesante por su aporte al debate que suponía dentro de la doctrina de la R2P, la propuesta fue desvaneciéndose. Así, para finales del 2016 la RAP ya no aparecía como parte del glosario diplomático de Brasil en los debates de la ONU (Kotyashko, Ferreira-Pereira&Vysotskaya, 2018).

6. Consideraciones finales

Con la llegada de la segunda década del presente siglo, una serie de dificultades de carácter doméstico comenzó a hacerle sombra al esplendor del accionar brasileño, tanto a nivel nacional como internacional. Estas dificultades representaron, continuando con lo planteado por Giaccaglia (2018), múltiples “serpientes” que se contraponían a las “escaleras” alcanzadas por la gestión de Luis Inácio Lula da Silva. Como se mencionó

en páginas anteriores, las dificultades que implicaban la recesión, corrupción, crisis institucional y reprimarización de la economía, significaron una disminución en el activísimo internacional y una mayor concentración en todos estos asuntos internos.

En un primer momento la administración Rouseff logró mantenerse al margen de ciertos condicionantes y en ese marco se insertó la presentación de la nota ante la ONU que introducía la RAP. Este concepto surgía así en medio de un período de reflexión de la R2P, a raíz de lo sucedido con la intervención militar en Libia (Pezzano, 2016). El nacimiento de esta idea renovaba las esperanzas de aquellos que adherían a la R2P en pos de velar por el derecho internacional humanitario. Desafortunadamente, luego de un primer momento de tratamiento, la iniciativa comenzó a quedar en el olvido.

Entonces, ¿cuáles fueron las intenciones de Brasil con la RAP? ¿Quién es responsable por el ostracismo en el que cayó el concepto? Con respecto al primer interrogante, muchos señalan la intención de Brasil de usar la RAP tan solo para buscar su configuración como *global player*. Asimismo, para poder reforzar su búsqueda de una reforma en cuanto a los miembros del Consejo de Seguridad que le permita ingresar al mismo. De esta manera, se entendía que no existía un interés genuino en avanzar en el debate de la R2P. Sin embargo, más allá de la existencia de esta hipótesis, la formulación de la RAP se constituía como una muy buena propuesta para seguir repensando uno de los puntos críticos de la R2P, vinculado a los criterios para la utilización de la fuerza y en tanto planteaba la posibilidad de rendición de cuentas por parte de los involucrados en la intervención.

Pasando al segundo interrogante, es real que la coyuntura interna y la posterior salida de Dilma Rouseff influyeron en el devenir de la RAP: el Estado que la había puesto sobre el tapete ya no estaba en condiciones de continuar su tratamiento. A esto también se le suma la crítica que suscitó entre las principales potencias, quienes no estaban dispuestas a debatir la rendición de cuentas ante la ONU. Por su parte, Pezzano (2016b) también señala un hecho innegable e importante que influyó en el devenir de la propuesta brasileña: la falta de debate, en el marco de la ONU del tercer pilar de la R2P. Básicamente, la RAP se trataba de ese punto – la posibilidad de una acción coercitiva –, por lo que si no se debatía, la RAP tampoco encontraría lugar en la discusión. Tomando todo esto en consideración es justo decir que no fue solamente el devenir de la situación doméstica propia de Brasil lo que llevó la RAP al olvido, sino más bien fue uno de los múltiples factores que, en conjunto, condujeron a esta situación. La reticencia que generó en las potencias, la falta de debate en torno a la figura de intervención militar y la crisis interna de Brasil crearon la tormenta perfecta para esta iniciativa quedara solo en intenciones. En la actualidad y, aun encontrando situaciones que lo ameriten, es un tanto complejo vislumbrar un posible progreso sobre el abordaje de la temática ya que la pandemia ha eclipsado gran parte de la agenda internacional en general y de los Estados en particular.

7. Referencias bibliográficas

- Añaños Meza, M.C. (2009). La “Responsabilidad de Proteger” en Naciones Unidas y la Doctrina de la “Responsabilidad de Proteger”. *UNISCI Discussion Papers*, n° 21, 164-192.
<https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-72507/UNISCI%20DP%2021%20-%20MEZA.pdf>
- Arredondo, R. (2011). La responsabilidad de proteger en América Latina: su aplicabilidad y desafíos. Responsabilidad de proteger y prevención en América Latina y el Caribe: El rol de la sociedad civil. *Documentos CRIES*, 7-22. <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2011/02/D16.pdf>
- Arredondo, R. (2012). Intervención humanitaria y la Responsabilidad de Proteger. ¿Hacia un nuevo paradigma de protección de los derechos humanos? Catálogos.
- Arredondo, R. (2014). La responsabilidad de proteger: la perspectiva latinoamericana. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Vol. 16, N° 32, 269-290.

- Asamblea General (2005). Resolución 60/1: Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. Naciones Unidas.
- Bermejo García, R. y López-Jacoiste Díaz, M. E. (2013). De la intervención por causas humanitarias a la responsabilidad de proteger. Fundamentos, similitudes y diferencias. *Cuadernos de Estrategia*, N° 160, 18-76.
- Carbajales, J.J. (1999). La ONU y la OTAN después de Kosovo. Ponencia presentada en las XIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, pp. 131-168.
- Gavião, L. y Gomes Saraiva, M. (2019). América del Sur en la Política Exterior Brasileña de Lula Da Silva. *América Latina hoy: Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 82, 63-83. <https://doi.org/10.14201/alh2019826585>
- Giaccaglia, C. (2018). Brazil: ladders and snakes. *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 9, N° 1, 159-176. <https://doi.org/10.26619/1647-7251.9.1.10>
- Gomes Saraiva, M. y Bom Gomes, Z. (2016). Os limites da Política Externa de Dilma Rousseff para a América do Sul. *Relaciones Internacionales*, n°50, 81-97.
- Hui- Chol Pak, Hye- Ryon Son & Son-Kyong Jong (2020). Analysis on the Legal Nature of Responsibility to Protect. *International Studies*, 1-7. <https://doi.org/10.1177/0020881720926767>
- ICISS (2001). La Responsabilidad de Proteger. Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados.
- Kotyashko, A., Ferreira-Pereira, L.C. & Vysotskaya Guedes Vieira, A. (2018). Normative resistance to responsibility to protect in times of emerging multipolarity: the cases of Brazil and Russia. *Revista Brasileira de Política Internacional*, 61(1), e001. [10.1590/0034-7329201800101](https://doi.org/10.1590/0034-7329201800101)
- Lucci, J. J. (2011). Presentación. Responsabilidad de proteger y prevención en América Latina y el Caribe: El rol de la sociedad civil. *Documentos CRIES*, 5-6. <http://www.cries.org/wp-content/uploads/2011/02/D16.pdf>
- Menéndez del Valle, E. (2016). *Responsabilidad de proteger: la ONU en acción*. Real Instituto Elcano.
- Muñoz, H. (2010). La responsabilidad de proteger: tres pilares y cuatro crímenes. *Foreign Affairs Latinoamérica*, 10(1), 101-109.
- Orea, I.L., (2016). La proyección internacional de Brasil. Documento de opinión, 113/2016. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 541-557. https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2016/DIEEEO113-2016_Brasil_InesLuciaOrea.pdf
- Pezzano, L. (2016). La Responsabilidad de Proteger en las Naciones Unidas. Un análisis constructivista de las posiciones de los actores internacionales. Centro de Estudios Avanzados. Universidad Nacional de Córdoba.
- Pezzano, L. (2016b). La Responsabilidad de Proteger cumple 15 años: ¿Celebración o despedida? VII Congreso de Relaciones Internacionales. Instituto de Relaciones Internacionales.
- Remiro Brotóns, A. (2000). Un nuevo orden contra el Derecho Internacional. El caso de Kosovo. *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, n° 1. <http://www.reei.org/index.php/revista/num1/articulos/nuevo-orden-contra-derecho-internacional-caso-kosovo>
- Rodriguez, G. M. A. (2012). La responsabilidad al proteger: Motivaciones, contenidos y cambios. *Pensamiento propio*, n° 35, 169-191.

- Rousseff, D. (21 de septiembre de 2011). Declaración de H. E. Dilma Rousseff, presidenta de la República Federativa de Brasil, en la apertura del Debate General del 66 ° período de sesiones de las Naciones Unidas Asamblea General. https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastate-ments/66/BR_en_0.pdf4
- Sainz-Borgo, J. C. (2012). La Responsabilidad de Proteger: La perspectiva de Brasil. *Pensamiento Propio*, 35, 193-206.

Ecological sustainability in investment-State dispute settlement: risks of legal pluralism in practice

Sostenibilidad ecológica en la solución de controversias
inversor-Estado: riesgos del pluralismo jurídico en la práctica

 Magdalena Bas
Vilizzio

Universidad de Monterrey | México | magdalenabas@gmail.com

Recibido: 26/7/2021

Aceptado: 16/10/2021

Abstract Due to the fragmentation of International Law, Investor-State dispute settlement is usually an area in which tension are felt between investment protection and public policy space, especially in matters concerning the environment, public health or human rights. This tension is even more dangerous in health emergencies, such as the covid-19 syndemic, and has a deeper impact on low and middle-income countries. In light of the above, this article aims to identify and analyse three investor-State disputes involving low and middle-income countries, in which the collision between investment protection and ecological sustainability sets of norms evidences the risks of legal pluralism in International Law.

Key words ecological sustainability, investment-State dispute settlement, International Law fragmentation, legal pluralism, low and middle-income countries

Resumen Producto de la fragmentación del derecho internacional, la solución de controversias inversor-Estado habitualmente constituye un espacio de tensión entre la protección de las inversiones y el espacio de política pública, especialmente en temas vinculados con el medio ambiente, la salud pública o los derechos humanos. Esta tensión es aún más peligrosa en momentos de emergencia sanitaria, como la sindemia por covid-19, y tiene un impacto más profundo en países de ingresos bajos y medianos. A la luz de lo anterior, este artículo tiene como objetivo identificar y analizar tres disputas inversor-Estado que involucran en Estados de ingresos bajos y medios, en las que la colisión entre la protección de inversiones y la sostenibilidad ecológica evidencia los riesgos del pluralismo jurídico en el derecho internacional.

Palabras clave sostenibilidad ecológica, solución de controversias inversor-Estado, fragmentación del derecho internacional, pluralismo jurídico, Estados de ingresos medios y bajos

Cómo citar este artículo: Bas Vilizzio, M. (2021). Ecological sustainability in investment-State dispute settlement: risks of legal pluralism in practice. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), e020. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe020>

1. International Law fragmentation

In the last few years the international community has witnessed the fragmentation of International Law into different self-contained regimes, as a result of the diversification and expansion of issues subject to international regulation and the prerogative of the States to be part of international agreements (Nasser, 2015). Self-contained regimes are spheres of regulation that have their own rules, values, principles and even sources (Lima, 2014, p. 220), which are not necessarily shared by General International Law or other self-contained regimes.

The United Nations International Law Commission, which deeply analysed the topic, arrived at the conclusion that:

[t]he fragmentation of the international social world has attained legal significance especially as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice. What once appeared to be governed by “general international law” has become the field of operation for such specialist systems as “trade law”, “human rights law”, “environmental law”, “law of the sea”, “European law” and even such exotic and highly specialized knowledges as “investment law” or “international refugee law” etc. - each possessing their own principles and institutions (United Nations, 2006, p.11).

The existence and the characteristics of these regimes follow the thesis of legal pluralism, rooted in three postulates: 1) the inevitable conflicts resulting from diverse basic norms and legal preconceptions in terms of Kelsen’s theory; 2) the need for specialised structures and institutions regarding legal actors’ interests, priorities and values; 3) the fact that the particular rationality of each self-contained regime is a consequence of social sub-systems (e.g. capital protection – human rights protection) and it can lead to tensions between different sets of norms (Petersmann, 2016). Nevertheless, Drnas de Clément (2012) argues that taking legal pluralism to the extreme constitutes the antithesis of Law, as it is based on plural interpretations rather than legal hierarchies. Legal pluralism ends with an integral understanding of Law and the principle of justice, especially when self-contained regimes do not coexist harmonically.

The International Law Commission’s report presents criteria and interpretation guidelines for the relation between General International Law and self-contained regimes, rather than solving the clash between different self-contained regimes. Investor-State disputes that are directly related to human rights or sustainable ecology are an example of the risks of fragmentation that International Law may undergo. Moreover, low and middle-income countries (LMICs) have fewer resources to deal with investment disputes, thus the most common consequence in these areas is regulatory chill, which impacts public policy space, which in turn is the foundation of regulatory sovereignty (Bas Vilizzio, 2020, pp. 284-288). Although the effect of investor-State dispute settlements (ISDS) over public policy space was first pointed out by the UNCTAD in 2003, the institution did not manage to explain its deeper impact on LMICs¹.

In regard to the latter, the aim of this piece is to identify and analyse investor-State disputes involving LMICs, in which the collision between investment protection and ecological sustainability sets of norms evidence the risks of legal pluralism in International Law. Three cases will be analysed in the following pages: 1) *Aguas del Tunari v. Bolivia* (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) case No.

¹ The report argues that “although host countries already limit their regulatory autonomy as a result of liberalization policies—and have their autonomy limited as part of the wider process of economic globalization—IAs create distinctive issues in this connection. Such international agreements, like other legal texts, are specifications of legal obligations that limit the sovereign autonomy of the parties.”(UNCTAD, 2003, p. 145)

ARB/02/3)²; 2) *Pac Rim v. El Salvador* (ICSID case No. ARB/09/12)³; and 3) *Cortec v. Kenya* (ICSID case No. ARB/15/29)⁴.

2. Aguas del Tunari v. Bolivia

Bolivia is a paradigmatic State regarding investor-State dispute settlement, and the Aguas del Tunari case paved the way for this⁵. The dispute's most remote origin is the privatisation of water and sewage services in Cochabamba under the responsibility of Aguas del Tunari (3 September 1999). A few months after the privatisation process, on 1 December 1999, the company increased the water rates over 50%, causing significant popular protests which were organised in connection with the Coordination of the Defence of Water and Life. As a result, on 10 April 2000, the government of Bolivia terminated Aguas del Tunari's agreement (Shultz, 2008).

The termination of the contract led the company to file a request for arbitration with the ICSID (November 12, 2001), on the basis of the Bolivia-Netherlands BIT. In the brief, a compensation of approximately 50 million dollars is claimed, in spite of having invested less than 1 million. On 21 October 2005, the ICSID established its jurisdiction, which Bolivia challenged, alleging that Aguas del Tunari was neither under direct nor under indirect control of Netherlands' nationals.

Due to international public pressure, on 19 January 2006, the company decided to withdraw the case, after agreeing the transfer of their shares to the Bolivian State for the symbolic amount of 2 Bolivianos (approximately USD 0.25) (Bolivia's Ministry of Foreign Relations and Worship, 2008, p. 101). Consequently, the respondent requested that the procedure was terminated (March 28, 2006).

The Aguas del Tunari case represents the first investor-State dispute against Bolivia and the prelude to becoming the first State in the world to withdraw from the ICSID in 2007. The reasons given for leaving the organization are the incompatibility with the Calvo Doctrine incorporated in 1967's Constitution, which was in force at that time; procedural issues (conflicts of interest between the claimants and arbitrators, double jeopardy, free case law, forum shopping, treaty shopping, and cherry picking); the high proceedings costs and the insignificant number of arbitration awards in favour of the States; and the conflicts of interest at the World Bank, in its capacity as a promoter of structural adjustment policies, which led to the privatisation of companies that then claimed substantial compensations due to being nationalised (Foreign Relations and Worship Minister of Bolivia, 2008, pp. 108-124).

In addition, there were significant changes in the country's domestic law, such as section 320 subsection II of the State's Political Constitution (2009), which establishes an absolute isolation clause, given that it does not admit exceptions to the prohibition of submitting disputes against the State to a jurisdiction that is not domestic (Cervantes, 2017, p. 23). The regulation is supplemented by the ninth transitional provision, which gives a four-year term since the election of the new Administration to renegotiate or withdraw from those treaties that were incompatible.

The constitutional mandate resulted in the termination of the BITs with Netherlands, Italy, United States, Spain, France, Germany, Austria, Sweden, Belgium and Luxemburg, and Argentina and Denmark, in chronological order between 1 November 2009 and 13 May 2014⁶. The Ecuador-Bolivia BIT was unilaterally

² Related to United Nations' sustainable development goal 6: clean water and sanitation.

³ Related to United Nations' sustainable development goal 15: life on land, and goal 13: climate action.

⁴ Related to United Nations' sustainable development goal 15: life on land, and goal 13: climate action.

⁵ For an analysis of South American States position regarding investment protection regimen see: Bas Vilizzio (2017).

⁶ UNCTAD Investment Policy Hub Data.

withdrawn by Ecuador, and the BIT binding Bolivia with Cuba, Chile, China, Republic of Korea, Paraguay, Peru, Rumania, Switzerland and the United Kingdom have remained in force, notwithstanding the sunset clauses in the terminated BITs.

3. Pac Rim v. El Salvador

The origin of the dispute between Pac Rim Cayman LLC and El Salvador arose from the mining exploitation of silver and gold permits of the Project El Dorado in the department of Cabañas. The Salvadoran companies Pres and Dorex were the holders of exploitation rights of said deposits when the Canadian company, Pac Rim, acquired them in 2002⁷. While the mining permits were still valid (they ended on 1 January 2015), shortly after the acquisition, proceedings towards obtaining a new license started. With the request still in process, on 10 March 2008, President Antonio Saca announced that permits for metallic mining projects with no environmental impact diagnostic assessment would not be granted until a new mining law passed. Thus, Pac Rim and other companies' requests remained pending and metallic mining was virtually stopped.

This matter led Pac Rim to file for arbitration at the ICSID (15 June 2009), claiming that they were holders of the mining rights, that they had conducted prospecting, technical and economic feasibility studies, and that they had requested the environmental and gold mining exploitation permits (arbitral award, October 14, 2016, paragraph 3.9). The company stated that the *de facto* prohibition was a mechanism through which the legal regime in which they trusted and invested was modified. Given that the investment made had lost its value (paragraph 3.6), they requested a 314 million dollar compensation (paragraph 3.31).

The State's answer was blunt: Pac Rim never had the legal rights over the silver and gold deposits at El Dorado, given that the companies that held the rights were acquired shortly before the permits for the new licenses were requested. Even if they had had the legal rights, an investment should always be made in the host State: a principle that the investor disregarded when claiming that the State was obliged to grant the permit. Therefore, Pac Rim could not have requested compensation for damages for the value lost for rights they never had (paragraph 3.22-323).

The other side of the story involves local communities' position in ISDS, especially in the extractive sector. Although local communities may resist investment projects, they are usually "invisible" during arbitration as they have few legal options to be heard (Perrone, 2019). As International Law does not fix this problem, "demands of recognition are articulated in a language that arbitrators distrust: a language of politics, values and aspirations that relate not to the global economy but to the local community" (Perrone, 2021, p. 198).

The Pac Rim case is a clear example of social opposition to a foreign investment project. The point of greatest tension took place when three local environmental advocates were murdered: Marcelo Rivera, Felicita Escheverría and Dora Alicia Resinos Sorto (8 months' pregnant at the time). Although the perpetrators of the crimes were not found, the State's Attorney General understood that there were factors that led to consider that "the homicides and other events may be related and have a common origin" (CIEL, 2014, p. 11).

The Pac Rim's arbitration process was conducted over a period of seven years. The stage related to the merits highlighted two issues: the State's right to regulate the environment and to ensure a healthy environment as a human right, as opposed to the protection of a foreign investment in such a risk sector as mining. The involvement of issues beyond investment protection makes the voice of a civil organised society necessary,

⁷ For arbitration purposes, Pac Rim acts under the subsidiary Pac Rim Cayman LLC, incorporated in Nevada, United States.

a matter that has led authors such as Sornarajah (2015, p. 8) to consider nongovernmental organizations as a countervailing force to corporate power in International Political Economy.

It is useful to observe the brief *amicus curiae* submitted by the Centre for International Environmental Law (CIEL) on behalf of six organizations members of the National Coalition against Metallic Mining in El Salvador⁸, a coalition of nongovernmental organizations and investigation centres that seek to establish dialogues regarding metal mining issues in El Salvador. The brief emphasises that the actions taken by El Salvador pertain to an international legal framework of environmental and human rights protection that bind the State given that it is a member: the Stockholm Declaration on the Human Environment, principle 1 of the Rio Declaration (1992), article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and article 11 of the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights.

The court did not consider the brief content in the final award, given that there was consensus between the parties in the dispute for the organizations to access part of the evidence submitted, including the hearing that was not public. Additionally, the court considered that, given the circumstances, CIEL's claims were not to be taken into account. Notwithstanding the foregoing, the claims in the CIEL *amicus curiae* brief were publicly acknowledged in the system-world and can be considered a demonstration of the risks of International Law fragmentation, especially when human rights are at stake.

In the merit award (October 14, 2016), the court dismisses Pac Rim's claims, due to the fact that, to the date of President Saca's announcement regarding mining activities, the company did not hold any exploitation rights, therefore the claim for damages was not covered by Salvadoran or International Law (paragraphs 10.4-10.5). As a result, the investor was sentenced to pay USD 8 million plus interests to El Salvador, as a portion of the almost USD 12 million the State had to pay in legal costs (paragraph 12.1 (4))⁹.

Once the award was issued, on 29 March, El Salvador's Parliament passed a public order law, which received 69 out of 84 votes, prohibiting soil and subsoil metallic mining. The regulation also established that the proceedings towards mining exploitation were without effect and that existing metallic mines would be closed and environmental remediation for the damage caused would be made. This way, El Salvador became the first State in the world to prohibit metallic mining, a fact that attests to the existence of a regulatory chill during the period of time the arbitration lasted.

4. Cortec v. Kenya

The third and last case identified also involves an investment in the mining sector, specifically niobium and rare earth prospecting and exploitation in one of the biggest deposits of the world. The company, British owned Cortec Mining Kenya Limited, had been investing in the Mrima Hill project in Kenya since 2007. For this purpose, they had obtained Special Prospecting License 256 (4 April 2008, renewed twice until its termination on 1 December 2014), which authorised the fulfilment of prospecting activities in the area, and Special Mining License 351 (March 3, 2013) which exclusively authorised the company to exploit the area for 21 years.

⁸ Asociación de Comunidades para el Desarrollo de Chalatenango (CCR); Asociación de Desarrollo Económico y Social (ADES); CORDES; Asociación para el Desarrollo de El Salvador (CRIPDES); Fundación para el Estudio de la Aplicación de la Ley (FESPAD); Unidad Ecológica Salvadoreña (UNES).

⁹ Payments were made on July 2, 2017; two months after the El Salvador's Supreme Court of Justice ordered a preventive seizure for seven bank accounts of the company. The company had to pay 8.097.072 dollars, in accordance with the interest rate established in the ICSID notice dated March 28, 2017.

Notwithstanding, in August, 2013, the recently assumed government of President Uhuru Kenyatta investigated the mining licensing process during the so-called “transition period” (January 15 to May 15, 2013) for alleged authority abuse during the previous Mining Commissioner’s activities, Moses Masibo. License number 351 granted to Cortec was among the reviewed licenses. The investigation determined that the aforementioned license had been issued fourth months before the approval of the environmental impact evaluation, which in accordance with Kenya’s Domestic Law (Mining and environmental impact regulation) is a prerequisite for obtaining any exploitation license. Consequently, the license was “revoked”, in the company’s words, or “suspended”, in the State’s words (award dated 22 October 2018, paragraph 3). The announcement was made via national television and on a post in the social network Twitter, without any previous or further formal notice to the company (award, paragraph 2).

In view of the above, on July 7, 2015, Cortec requested the ICSID Secretariat that a registration of a request for arbitration be made against Kenya, on the grounds that the State expropriated their investment without fair compensation (USD 2000 million) in accordance with article 5 of the United Kingdom-Kenya BIT¹⁰. Similar to the Pac Rim case, the State responded decisively: the mining company did not hold exploitation rights in compliance with a legally obtained license; thus an investment expropriation did not exist. In the same way, foreign investors are obliged to comply with the host country’s domestic law and the investor had acted in bad faith.

In the award dated 22 October 2018, the *ad hoc* court considered that the investor had acted in bad faith and that there was no sufficient evidence to accept the corruption accusation of the former Mining Commissioner. Notwithstanding the foregoing, the court took a stance in favour of Kenya’s position regarding the obligation to comply with domestic law, especially taking into consideration that the investment analysed was a legal construct pursuant to Kenyan law (award, paragraph 222). Hence, if the mining license was void *ab initio*, it could not constitute an investment protected by the United Kingdom-Kenya BIT (award, paragraph 333). Overall, the court rejected Cortec’s complaint and ordered the payment of their portion of the arbitration costs and half of the costs claimed by the State¹¹.

Whereas Kenya did not recover the entirety of the money spent during the procedure, the case remains relevant for two reasons. Firstly, because the Court acknowledges the enforceability of compliance with domestic regulations even if the BIT does not so regulate it specifically, though there are no explicit references to the right to regulate or the authority of State police to create regulations¹² in areas of public interests and in valid exercise of its sovereignty. Secondly, this case and the aforementioned cases are solid examples of the collision between the protection of investments regime and other international regimes related to ecological sustainability, such as international human rights protection or environment protection frameworks.

5. Final remarks

The three aforementioned disputes resemble other investor-State disputes in which foreign investors questioned public policies made in order to protect human rights, public health or ecological sustainability. For instance, Philip Morris v. Uruguay (tobacco control measures, ICSID case No. ARB/10/7); Eco Oro v. Colombia (environmental measures in Paramo of Santurban, ICSID case No. ARB/16/41); Vattenfall v. Germany (nuclear power phase-out, ICSID case No. ARB/12/12); Piero Foresti v. South Africa (equality right in post-apartheid Constitution, ICSID case No. ARB(AF)/07/01).

¹⁰It was the first and only suit known against Kenya.

¹¹ At this time, the case is in the process of partial annulment of the arbitral award requested by the investor.

¹² This idea is more recently developed in the arbitral award of July 8th, 2016, in the Philip Morris versus Uruguay case (ICSID case No. ARB/10/7). For a further analysis see: Bas Vilizzio and Michelini (2019).

Secondly, in the three cases the awards were in favour of the States' interests. Nevertheless, the arbitration did not go unnoticed to them, as they did not recover all of the legal or arbitration costs. These budgetary resources could have been used for different goals, such as education, public health, or environmental measures, usually more urgent priorities for LMICs. Additionally, the lack of experience in the system, as well as the time and human resources that should be dedicated to the disputes, are factors that may have regulatory chill effects on other situations and other States.

The risks of legal pluralism are evidenced. However, the fact that international *ad hoc* courts act as external bodies of legal control of the State's activity or inactivity (Hernández, 2017, p. 23) deepens the consequences. They are competent to determine the existence or non-existence of State's responsibility and possible compensation, even in the case of measures regarding public policy space, the basis of regulatory sovereignty. This tension is even more dangerous in health emergencies, such as the covid-19 syndemic¹³ (Bas Vilizzio, 2020b).

All in all, the fact remains that the claims were not refused by the arbitration institutions because of the direct connection with ecological sustainability and human rights, the monetary resources involved for LMICs, the exclusion of the right to regulate as well as the regulatory chill in the awards. This reveals that the main problem lies not in the cases but in the system itself.

6. References

- Bas Vilizzio, M. (2020). Estado-empresas transnacionales: cambios en el régimen de solución de controversias inversor-Estado y redefinición de la soberanía a la luz de la protección de los derechos humanos. *Relaciones Internacionales*, 29(59), 271-294. <https://doi.org/10.24215/23142766e116>
- Bas Vilizzio, M. (2020b). *Las respuestas a la COVID-19 en el laberinto de la solución de controversias inversor-estado*. Análisis Carolina 46/2020. Fundación Carolina. https://doi.org/10.33960/AC_46.2020
- Bas Vilizzio, M. (2017). *América del Sur ante los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?* Comisión Sectorial de Investigación Científica, Universidad de la República. https://www.csic.edu.uy/sites/csic/files/bas_vilizzio_america_del_sur_frente_a_los_tratados_bilaterales_de_inversion_fder.pdf
- Bas Vilizzio, M. and Michelini, F. (2019). *Arbitraje de inversiones y derechos humanos: un análisis particular del caso Philip Morris contra Uruguay*. Comisión Sectorial de Investigación Científica, Universidad de la República. https://www.csic.edu.uy/sites/csic/files/Bas%20Vilizzio_Arbitraje%20de%20inversiones%20y%20derecho%20humanos%20Un%20an%C3%A1lisis%20particular%20del%20caso%20Philip%20Morris%20contra%20Uruguay_FDER.pdf
- Cervantes, A. (2017). Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Arbitraje de Inversión. *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, 30, 2017, 81-100.
- CIEL (2014). *Amicus curiae, Pac Rim v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12. July 25, 2014. https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2014/06/PacRim_AmicusEng_25Jul2014.pdf

¹³ As Horton argues, COVID-19 is a syndemic, a term conceived by Singer (2009) to introduce the social and economic causes and effects of a virus spread.

- Drnas de Clément, Z. (2012). Derechos Especiales/Regímenes Autónomos y El Derecho Internacional. *Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, I. Tirant lo Blanch.
- Hernández, J. I. (2017). Regulación Económica y Arbitraje Internacional De Inversiones. *RED: Revista Electrónica de Direito*. <https://www.cije.up.pt/download-file/1534>
- Horton, R. (2020). Offline: COVID-19 is not a pandemic. *The Lancet*, 396 (10255), 874. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32000-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32000-6)
- Lima, G. (2014). Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, corregulação e autorregulação. *Revista de Direito Internacional* 11(1), 215-228. <https://core.ac.uk/download/pdf/79125119.pdf>
- Foreign Relations and Worship Minister of Bolivia (2008). Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado. Baldomir, S. and Santos, C. (eds), *Soberanía de los pueblos o intereses empresariales*. Fundación Solón, Redes Amigos de la Tierra, Uruguay Sustentable, Amigos de la Tierra.
- Nasser, S. (2015). Direito Global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. *Revista de Direito Internacional*, 12(2), 98-126. <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3707>
- Perrone, N. (2021). Investment treaties and the legal imagination. How foreign investors play by their own rules. Oxford University Press.
- Perrone, N. (2019). The “Invisible” Local Communities: Foreign Investor Obligations, Inclusiveness, and the International Investment Regime. *AJIL Unbound*, 113, 16–21. <http://doi.org/10.1017/aju.2018.92>
- Petersmann, E. U. (2016). How to reconcile Health Law and Economic Law with human rights? Administration of justice in tobacco control disputes. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 10(2), 27-78.
- Shultz, J. (2008). La guerra del agua en Cochabamba y sus secuelas. Shultz, J. and Crane, M. (eds), *Desafiando la globalización Historias de la experiencia boliviana*. The Democracy Center, Plural Editores.
- Singer, M. (2009). Introduction to syndemics. A critical systems approach to public and community health. Jossey-Bass.
- Sornarajah, M. (2015). Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment. Cambridge University Press.
- United Nations (2006) *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law*. Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682. https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf

Ecocidio y responsabilidad corporativa: el vínculo necesario para alcanzar la justicia ambiental

Ecocide and corporate accountability: the necessary link to attain environmental justice

Por Andrea Scarpello, Alba Iranzo Dosdad, Carmen Márquez Carrasco, María Emilia Gelmi y Paola Doris Cortés Martínez

Recibido: 27/10/2021

Aceptado: 03/11/2021

“Conversar” es la acción de hablar con una o varias personas. En esta sección nos proponemos que especialistas dialoguen por escrito sobre uno de los temas actuales del derecho internacional: el ecocidio y la responsabilidad corporativa. En esta oportunidad invitamos a Andrea Scarpello quien planteó el siguiente interrogante. La degradación del medio ambiente y el cambio climático causados por actividades antropógenas constituyen la mayor amenaza para el presente y el futuro de la humanidad. Las compañías multinacionales, especialmente las que operan en los sectores del petróleo y el gas, conocidas como Carbon Majors, han sido declaradas responsables de producir la mayor parte de las emisiones de carbono del mundo y, por lo tanto, de causar el cambio climático. El 22 de junio de 2021, un panel internacional de expertos ha formulado un proyecto de definición de "ecocidio"¹ que se incluirá como enmienda al Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI). De ser aceptada por los Estados, la propuesta de enmienda lograría incluir el ecocidio como el quinto crimen internacional reconocido en virtud del artículo 5 del Estatuto de Roma de la CPI, junto con el crimen de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de agresión. Sin embargo, los estudiosos han debatido la (in)efectividad de la nueva definición de ecocidio. Las preocupaciones se han centrado en la interpretación y los límites jurisdiccionales que afectan a la aplicación del ecocidio sobre el terreno, argumentando si la inclusión del ecocidio en el Estatuto de Roma no creará un cambio positivo y radical en la forma en que los seres humanos abordan el medio ambiente. Lo que es más importante, la definición de ecocidio se ha referido como una "oportunidad fallida" para enmarcar la responsabilidad corporativa en caso de una grave destrucción ambiental, principalmente debido a la falta de referencia a los actores corporativos en su texto y considerando que la jurisdicción de la CPI recae exclusivamente en las personas físicas. La evidencia ha demostrado cómo la criminalización individual de los directores corporativos aún no ha visto su aplicación bajo la jurisdicción de este tribunal, incluso en el contexto de crímenes internacionales más "tradicionales" ya abordados por la CPI. La responsabilidad de las empresas por el ecocidio sería aún más difícil de garantizar teniendo en cuenta la participación de diferentes actores y las reivindicaciones de soberanía de los Estados implicadas en la evaluación general de un ecocidio. Por lo tanto, se invita a los invitados a responder a la siguiente pregunta: Teniendo en cuenta las referencias que faltan a la responsabilidad corporativa por daños ambientales en la nueva definición propuesta de ecocidio, ¿tiene esta última el potencial de detener efectivamente la destrucción ambiental y el cambio climático, y promover la justicia ambiental y climática? De no ser así, ¿cómo puede llenarse la brecha en la responsabilidad corporativa por causar daños ambientales y climáticos dentro y fuera del mandato de la CPI?

¹ Proposición de adición del artículo 8 ter – Ecocidio: 1. A los efectos de este Estatuto, por "ecocidio" se entiende los actos ilícitos o indisturbadores cometidos a saber que existe una probabilidad sustancial de que esos actos causaran daños graves, generalizados o a largo plazo al medio ambiente." 2. A efectos del apartado 1, se entenderá: a) Por "injustificado" se entenderá, con temeridad, los daños que serían claramente excesivos en relación con los beneficios sociales y económicos previstos; b) Por "grave" se entiende el daño que implique cambios adversos muy graves, perturbaciones o daños a cualquier elemento del medio ambiente, incluidos los impactos graves en la vida humana o en los recursos naturales, culturales o económicos; c) Por "generalizado" se entiende el daño que se extiende más allá de una zona geográfica limitada, cruza las fronteras estatales o es sufrido por todo un ecosistema o especie o un gran número de seres humanos; d) Por "a largo plazo" se entiende el daño que es irreversible o que no puede repararse mediante la recuperación natural en un plazo razonable; e) Por "medio ambiente" se entiende la tierra, su biosfera, criosfera, litosfera, hidrosfera y atmósfera, así como el espacio ultraterrestre.

A continuación compartimos las opiniones de los especialistas sobre la cuestión planteada y, luego, el análisis de cierre a cargo de nuestro invitado, Andrea Scarpello.

1. Alba Iranzo Dosdad²

Instituto Internacional de Derecho y Medio Ambiente (IIDMA), España
iranzo.dosdad@gmail.com

La definición legal de “ecocidio” propuesta por el “Panel de Expertos Independientes”,³ como quinto crimen internacional en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), representa un avance significativo en la protección jurídica del medio ambiente al crear, por primera vez, una vía legal para enjuiciar los daños graves al medio ambiente en tiempos de paz. No obstante, la eficacia de este nuevo delito para detener en la práctica los actuales desafíos climáticos y ambientales presenta serias limitaciones, al restringir la responsabilidad penal a las personas físicas, excluyendo así toda posibilidad de criminalizar las actuaciones perpetradas por actores jurídicos que ocasionen daños ambientales y/o climáticos.

La influencia de la actividad humana y, en particular, de las empresas multinacionales, en la aceleración del cambio climático y la degradación ambiental es innegable⁴. En el ámbito de otras jurisdicciones, como la civil o administrativa, la justicia ambiental está siendo testigo de grandes progresos. Un ejemplo de ello es el reciente fallo de un tribunal civil de Holanda⁵ que declaró, sin precedentes, la responsabilidad climática de la multinacional petrolera Royal Dutch Shell, ordenándole reducir las emisiones de GEI resultado de su actividad industrial.

En la jurisdicción penal internacional, la tipificación del crimen de ecocidio propuesta *a priori* presenta un alcance amplio – ecocéntrico y antropocéntrico – al castigar todo acto u omisión individual “*ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existe una probabilidad sustancial de que cause daños graves que sean extensos o duraderos al medio ambiente*”. Para que exista una probabilidad sustancial de daño y se active el crimen, bastaría con la temeridad (*dolus eventualis*) del autor físico y la creación de una situación de peligro, no siendo necesario demostrar la materialización del daño sino el conocimiento de la probabilidad de que este se produzca.

En la práctica, indudablemente la concreción y alcance del crimen de ecocidio va a requerir de la interpretación minuciosa de los tribunales, atendiendo caso por caso. No obstante, el crimen internacional de ecocidio no puede actuar como un mecanismo eficaz de protección medioambiental hasta que no aborde de forma expresa la responsabilidad corporativa⁶. Aunque este crimen no excluye la responsabilidad individual de directivos o altos cargos de empresa, desde la entrada en vigor del Estatuto en 2002 viene demostrándose la ineficacia y dificultades inherentes a su persecución y enjuiciamiento ante la CPI⁷. Para paliar esta laguna jurídica sería recomendable incluir en el Estatuto una disposición específica relativa a la responsabilidad

²Las opiniones de la autora no reflejan necesariamente la opinión de sus empleadores e instituciones para las que trabaja.

³Fundación Stop Ecocidio, Panel de Expertos Independientes encargado de la definición de ecocidio, Comentario acerca de la definición (junio, 2021), <https://static1.squarespace.com/static/5dc6872e31b7714fd3f72993/t/60e2c4c688831b70af69dd72/1625474256977/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+ES+rev3.pdf>.

⁴IPCC (2021). Climate Change 2021: The Physical Science Basis. AR6 WGI. https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report.pdf

⁵Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya de 26 de mayo de 2021, Caso *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc*. (C/09/571932 / HA ZA 19-379).

⁶Schwegler, V., 2017. The Disposable Nature: The Case of Ecocide and Corporate Accountability. *Amsterdam Law Forum*, 9(3), 71-99. <http://doi.org/10.37974/ALF.307>.

⁷Jelena Aparac, A Missed Opportunity for Accountability? Corporate Responsibility and the Draft Definition of Ecocide, *Völkerrechtsblog*. [10.17176/20210709-135824-0](https://doi.org/10.17176/20210709-135824-0).

corporativa, además de ampliar la responsabilidad penal de los crímenes de competencia de la CPI, incluido el ecocidio, a las personas jurídicas. En todo caso, reforzar el actual marco legislativo internacional no servirá de mucho si este no va acompañado de su correcta aplicación, además de una profunda transformación de la mentalidad social, política y empresarial. En el plano doméstico, los Estados – y no solo aquellos Parte del Estatuto de Roma – juegan un papel determinante para promover una mayor justicia ambiental, ya no solo ratificando e incorporando en sus ordenamientos jurídicos el nuevo crimen de ecocidio sino, dando un paso más, regulando la responsabilidad penal de las empresas con el alcance y efecto disuasorio necesario para prevenir una mayor destrucción medioambiental.

2. Carmen Márquez Carrasco

Directora del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
Universidad de Sevilla, España
cmarque@us.es

Con la exclusión del tema de la responsabilidad corporativa en la nueva y reciente propuesta de crimen de ecocidio (que supone una innovación en Derecho internacionalpenal), para ser presentado como enmienda al ER y eventualmente integrado como “quinto crimen” bajo la competencia de la CPI, se ofrece una respuesta parcial a este desafío. A pesar del álgido debate y críticas que ha suscitado, la propuesta es positiva en cuanto supone: i) un cambio de la conciencia pública acerca del papel del Derecho en la protección del medio ambiente global; ii) la eventual aceptación de la enmienda del ER por los Estados parte conllevaría la obligación de implementar el crimen de ecocidio en los ordenamientos nacionales, y así dar efecto al principio de complementariedad del ER persiguiendo y sancionando el ecocidio por los tribunales nacionales; iii) la incorporación del ecocidio en el ER tendría un poderoso efecto disuasorio para los Estados y para los actores corporativos por la amenaza de una condena en prisión para los individuos responsables; iv) la CPI podría influir en la cultura jurídica global propicia para la paz, la seguridad y el bienestar mundial.

Es fundamental establecer cómo se probaría la intencionalidad del actor en la comisión del ecocidio. A su vez, su tipificación como crimen internacional es susceptible de cumplir con una función preventiva para evitar que se cometan graves atentados en contra del medio ambiente y para perseguir el fin de resarcir a las víctimas.

Dentro del mandato de la CPI, la brecha de la responsabilidad corporativa podría mitigarse, por una parte, mediante la invocación del artículo 25 ER para que la CPI investigue la participación de empresarios en la comisión de crímenes internacionales (casos como Chiquita Brandsen Colombia) y, por otra, acudiendo a los artículos 75-76 del ER que reconocen el derecho de las víctimas a recibir reparación por el daño o perjuicio causado por un acto delictivo, y a las Reglas de Procedimiento y Prueba (R.94, 2-95,1). Estas se refieren a la “persona” sin precisar su carácter natural o jurídico, lo que podría fundamentar que se solicite a las corporaciones el pago de una reparación en los casos en que sus directores hayan sido condenados por ecocidio.

Sin embargo, es difícil suponer que la investigación (extremadamente delicada y compleja) de la eventual contribución al ecocidio de directores ejecutivos de corporaciones sea una prioridad para cualquier fiscal mientras los actores corporativos no estén incluidos expresamente en el ER.

Sin una jurisdicción penal internacional para perseguir las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas, el contexto actual requiere ampliar el DIPenal a las personas jurídicas para hacerlo así más eficaz (como apuntan el Tribunal Especial para el Líbano y el Protocolo de Malabo respecto de la Corte Africana). Habría que trasladar al DIPenal las medidas de control internas y el estándar internacional de la debida diligencia de derechos humanos introducido por los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos.

Además, fuera del sistema del ER, la responsabilidad penal de las corporaciones por el ecocidio puede ser establecida (ya existen algunos casos) en la legislación en contextos regionales o nacionales. La responsabilidad empresarial no puede disociarse del ecocidio, sino que debe formar parte de la definición para sustentar un enfoque integral en la protección del medio ambiente.

3. María Emilia Gelmi⁸

Mánager en proyectos de Derechos Humanos en Fundación Manos Abiertas (ONG), Argentina
maemigelmi@gmail.com

El 97 % de los científicos del mundo están de acuerdo en que existe el cambio climático. A su vez, el último informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) confirmó el origen antropogénico del cambio climático. El clima no entiende de personas jurídicas ni físicas, de derecho ni fronteras. El ecocidio es un tipo penal que se diferencia de otros, la víctima no se basa en diferencias de géneros, razas, nacionalidades o religiones: nos afecta a todos. Sin lugar a dudas, tipificar y criminalizar el ecocidio significa un logro, un avance hacia el ideal de una justicia climática. Los instrumentos internacionales recientemente ratificados dejan entrever que existe una posibilidad clara y concreta de avance hacia la justicia climática responsabilizando a los estados por los crímenes cometidos. Ahora bien, podría buscarse que mediante la costumbre internacional, se refuerce la figura penal y esta se extienda hacia las empresas. La importancia de incluir al ecocidio en el estatuto de la CPI radica en el reconocimiento del principio de subsidiaridad a la justicia estadual, y en que estos dejen de ser los únicos actores claves en impartir justicia o regulación frente a un crimen tan importante donde todos somos víctimas. A su vez, la creación de una corte especializada que no se rige por intereses propios como lo hacen los estados, es muy importante para demostrar lo ‘grave’, ‘extenso’ y ‘duradero’ de los daños al ambiente. Confiar en que la tipificación de un delito tendría el potencial de detener efectivamente la destrucción ambiental es ingenuo. El foco en lo equivocado es lo que nos lleva a seguir girando sobre soluciones falsas sin responsabilizar o combatir a los verdaderos criminales. A su vez, es importante destacar, incluso frente a las limitaciones a la responsabilidad corporativa, el alto riesgo reputacional que una empresa podría correr si su CEO se sienta en el mismo banquillo que un responsable de genocidio. Pensar en los límites que tendrán a nivel jurisdicción quienes desde la CPI busquen pruebas dentro de los estados es difícil de predecir debido a los intereses nacionales. Promover la justicia ambiental también significa saltar estas conveniencias que movieron el mundo durante todos estos años. Poder controlar nacionales y empresas del primer mundo que explotan bienes del Sur global, por ejemplo, sería un gran paso para frenar el cambio climático. La interrelación de lo ambiental con lo social es mucho más que vivir rodeado de árboles, significa encontrar el equilibrio en lo sistémico. Para muchas personas significa dejar de comer animales por el impacto que esta industria tiene en el ambiente. Para otras, significa reciclar o compostar. Para quienes se encuentran en el poder significa dar respuestas políticas, y para quienes se encuentran en la CPI, hoy se les concede la oportunidad de hacer historia y convertirse en verdaderos actores que juzguen a favor del ambiente, del futuro, y avancen un paso más hacia la justicia climática. Nos debería sorprender que, hasta ahora, destruir el ecosistema no haya sido un crimen internacional.

⁸ Las opiniones de la autora no reflejan necesariamente la opinión de sus empleadores e instituciones para las que trabaja.

4. Paola Doris Cortés Martínez

Directora Ejecutiva del Centro Boliviano de Derecho Ambiental y Cambio Climático, Fundadora y Presidenta del Directorio de la Asociación Boliviana de Abogados Ambientalistas, Bolivia
paoladoriscortesm@gmail.com

Después de décadas de normas blandas y buenas intenciones de los Estados que no han podido cambiar en gran medida el comportamiento y el relacionamiento de los seres humanos con la naturaleza pareciera que retomar el término: ecocidio, planteado por Olof Palme en 1972 para describir los estragos del agente naranja en los bosques de Vietnam es una de las alternativas para identificar y sancionar a los responsables del daño ambiental a nuestro planeta, para ello también es importante tomar en cuenta la génesis del término y su ampliación en cuanto al campo de su aplicación puesto que se trata de tipificar como delito una serie de actividades principalmente económicas que lesionan los ecosistemas y que en la misma vía pretende el reconocimiento, a nivel internacional, como crimen contra la paz como quinto crimen de lesa humanidad que pueda ser juzgado en la CPI.

El debate jurídico respecto a la responsabilidad corporativa y el cambio climático, específicamente, es de gran relevancia porque permite reflexionar sobre aquellos aspectos que podrían estar incorporados y ampliados en la actual definición de ecocidio para enriquecer sus alcances. Cabe resaltar que uno de los efectos del trabajo llevado a cabo por expertos para actualizar el concepto de ecocidio a la problemática coyuntural es que en varios países se ha ido planteando la incorporación del delito de ecocidio en sus regímenes penales internos lo que significa que están dispuestos a que sea la justicia penal la que tome mayores cartas en el asunto superando la última ratio del Derecho penal ambiental.

La definición actual considera hechos punibles a los devastadores incendios forestales que sufre la Amazonia a causa de las actividades extractivas, la ampliación de la frontera agrícola y el resurgimiento del carbón vegetal como alternativa a la crisis energética. Plantear este alcance también aporta a la efectividad del Derecho penal ambiental porque en la mayoría de los países de la región la deforestación y la quema no cuentan con sanciones penales importantes, a su vez, la emisión de normativa permisiva regresiva al respecto ha ahondado el problema que en definitiva también es uno de los grandes responsables del cambio climático.

La responsabilidad corporativa es todavía la gran ausente en la penalización por la destrucción ambiental, cuyo reconocimiento implicaría una nueva evolución y una nueva ampliación en la aplicación del delito de ecocidio que puede ser considerado como un paso más hacia la criminalización de los grandes responsables de la crisis climática pero que, como en todos los casos, por sí mismo no constituye la solución para detenerla efectivamente sino una forma más de canalizar la injusticia y llevarla ante los tribunales.

El rol de los jueces y tribunales nacionales o internacionales es lo que en definitiva hará la diferencia en la acción de defensa ambiental y climática, ya sea a través de la ola de litigios climáticos basados en derechos humanos especialmente en Europa, o por medio de sentencias en favor del derecho humano a un medio ambiente sano reconocido en la mayoría de las constituciones de Latinoamérica y el Caribe, o fallos de reconocimiento del carácter jurídico de sujeto de derechos de la Madre Tierra. Finalmente, la brecha puede ser salvada en gran medida por jueces más activos y creativos y con conciencia ambiental que se encuentren capacitados para afrontar el reto de ser protagonistas en las acciones de justicia contra la destrucción ambiental y el cambio climático.

5. Conclusiones a cargo de Andrea Scarpello

Interamerican Association for Environmental Defense (AIDA)
scarpellosandrea@gmail.com

La degradación del medio ambiente y el cambio climático constituyen las mayores amenazas para el presente y el futuro de la humanidad. Según el último informe del IPCC, existe una certeza inequívoca y probada de que las actividades antropogénicas constituyen los principales impulsores de los cambios medioambientales y climáticos, como el aumento de las olas de calor, el deshielo de los glaciares, el calentamiento de los océanos y la acidificación, y por tanto representan una amenaza considerable para la vida humana.

En este contexto, la nueva y reciente propuesta del delito de ecocidio representa la creciente conciencia social en torno a las cuestiones medioambientales y climáticas. Sin embargo, la nueva definición de ecocidio ha suscitado debates en torno a su eficacia y aplicación sobre el terreno. De hecho, solo ofrece una respuesta parcial y limitada a la injusticia medioambiental y climática al pasar por alto la responsabilidad de las empresas en su texto y, al estar limitada por el mandato de la CPI, que recae exclusivamente en las personas físicas según sus artículos 25 y 28. Es probable que estos dos factores permitan que los actores privados continúen impunes por su mala conducta medioambiental, incluso después de su integración como "quinto crimen" bajo la jurisdicción de la CPI. Además, este enfoque individual en el derecho penal internacional contrasta con la cuestión sistémica del cambio climático y los retos actuales en la atribución de responsabilidad y la definición del nexo de causalidad directa que ha generado.

Algunos países, como el Reino Unido, Francia y Chile, ya han dado pasos significativos en esa dirección, ya sea apoyando la modificación del Estatuto para incluir en él el ecocidio, introduciendo penas de prisión, exigiendo al gobierno que informe sobre los progresos realizados en materia de ecocidio, o iniciando debates a nivel nacional para consagrar dicho delito en sus textos constitucionales. Sin embargo, es necesario hacer más para abordar las desigualdades estructurales que están en la base de nuestros sistemas de producción global, que destruyen los hábitats naturales y exponen de forma abrumadora a las comunidades locales del Sur Global a los efectos perjudiciales del cambio climático. Dejar de lado la responsabilidad de las empresas dentro de la definición de ecocidio equivale, por tanto, a una respuesta incompleta para hacer frente a la destrucción del medio ambiente y lograr una justicia real. Se necesita la introducción urgente de un enfoque penal más inclusivo y holístico para proteger adecuadamente a las comunidades locales, los ecosistemas y la biodiversidad en todo el mundo.

Además, la inclusión de la responsabilidad de las empresas en el texto de la definición de ecocidio podría reforzar eficazmente los casos de litigio climático contra actores privados. Esto debe convertirse en una prioridad en un contexto en el que los litigios sobre el cambio climático basados en los derechos humanos están creciendo a un ritmo muy rápido en todo el mundo como una herramienta para avanzar en la acción climática, promover el cambio social y detener los actos ilícitos de destrucción del medio ambiente y la alteración del clima causados por los Estados, las empresas multinacionales y los actores financieros. Si se apoya en la criminalización de las empresas, el aumento de los casos de litigio climático probablemente empujará a las empresas ilegales a ser más cautelosas con los riesgos climáticos y sociales derivados de su apoyo y dependencia de la industria de los combustibles fósiles.

Por último, inscribir la responsabilidad de las empresas en la ley también permitiría a los jueces nacionales e internacionales interpretar la ley a favor del medio ambiente, al fallar en contra de los actores privados y obligarles a proporcionar una reparación adecuada a las víctimas afectadas por los desastres ambientales inducidos por el hombre.

6. Referencias

Monsanto, N. (June 29, 2021). Ecocide gets a new definition, and UCLA scholars played a key role. <https://newsroom.ucla.edu/releases/ecocide-new-definition-environmental-law>

Aparac, J. (2021). A Missed Opportunity for Accountability?. Voelkerrechts blog. <https://voelkerrechtsblog.org/a-missed-opportunity-for-accountability/>

Independent Expert Panel for the Legal Definition of Ecocide (2021). Stop Ecocide. <https://www.stopecocide.earth/expert-drafting-panel>

Schwegler, V. (2017). The Disposable Nature: The Case of Ecocide and Corporate Accountability. *Amsterdam Law Forum*, 9(3), 71-99. <http://doi.org/10.37974/ALF.307>

Aparac, A. (2021). A Missed Opportunity for Accountability? *Völkerrechtsblog*. <https://voelkerrechtsblog.org/a-missed-opportunity-for-accountability/>.

IPCC (2021). *Climate Change 2021: The Physical Science Basis*. AR6 WGI. https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report.pdf

Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya de 26 de mayo de 2021, Caso Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc. (C/09/571932 / HA ZA 19-379).

Cómo citar este artículo: Scarpello, A., Iranzo Dosdad, A., Márquez Carrasco, C., Gelmi, M. E. y Cortés Martínez, P. D. (2021). Ecocidio y responsabilidad corporativa: el vínculo necesario para alcanzar la justicia ambiental. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), 021. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe021>

El Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena: razones y necesidades de un acuerdo internacional

Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others: reasons and needs for an international agreement

 Belén Blázquez Vilaplana

Universidad de Jaén, España
bblazquez@ujaen.es

Recibido: 25/8/2021

Aceptado: 23/11/2021

Resumen El objetivo de este artículo es dar a conocer la razón de ser del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, aprobada en el año 1949 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que entró en vigor el 25 de julio de 1951. Hoy, 70 años después de aquella fecha, queremos exponer brevemente cuáles fueron los antecedentes normativos que permitieron su redacción, cuáles sus principales elementos diferenciadores de otros acuerdos anteriores y cuáles sus limitaciones en aras de dar respuesta a los problemas que la originaron. Este análisis nos permite indicar que dicho Convenio fue un punto de inflexión en la defensa de los derechos humanos relacionados con los hechos que en la misma se regulaban, aunque no fue suficiente. Lejos de poder proclamar que en estos momentos ya no es necesario seguir apostando por la protección de las personas que son víctimas de trata, al haberse erradicado, nos encontramos con que hoy siguen teniendo plena vigencia en la sociedad internacional. Recordarlo es una forma de no olvidar a sus víctimas.

Palabras clave trata de personas, prostitución, esclavitud, explotación

Abstract The aim of this article is to introduce the *raison d'être* of the Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, approved in 1949 by the United Nations' General Assembly and in force as of July 25, 1951. Today, 70 years later, we would like to briefly comment on the regulatory precedents that made it possible, as well as the main features that differentiate this Convention from previous agreements and its limitations when it comes to facing the problems it originated from. Our analysis allows us to point out that this Convention was a turning point in the defence of the human rights relating to such issues as regulated by it, even if this proved not to be enough. We are far from being able to claim that traffic in persons has been eradicated and the victims no longer need to be protected. On the contrary, this is an ongoing, international issue. Remembering this is a way not to forget the victims.

Keywords human trafficking, prostitution, slavery, exploitation

Cómo citar este artículo: Blázquez Vilaplana, B. (2021). El Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena: razones y necesidades de un acuerdo internacional. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), 022. <https://doi.org.10.24215/2618303Xe022>

1. Introducción¹

Cuando Naciones Unidas en 1985 decidió establecer el 2 de diciembre como la fecha elegida para celebrar el día mundial contra la esclavitud², no hizo sino reafirmar la necesidad de anclar en el calendario un día que recordase a la sociedad internacional que la erradicación de dicho fenómeno seguía siendo uno de los objetivos de la organización. No por menos, “el derecho de toda persona a no ser sometida a esclavitud es un derecho humano fundamental” (Weissbrodt, 2002, p. 69). Se buscó, de este modo, incidir en la necesidad de continuar concienciando la denominada “esclavitud moderna” y de buscar mecanismos de actuación que permitiesen acabar con este flagelo. En este sentido, la decisión no se dejó al azar, sino que designaron esa fecha porque fue ese día, pero en 1949, cuando se adoptó el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena³. En ese momento, se convirtió en el primer instrumento a nivel internacional relativo a la trata de personas. A pesar de la importancia y trascendencia que el mismo tuvo en relación con la denuncia y sanción de estos temas, es importante mencionar por las implicaciones que iba a tener posteriormente, que sólo se refería a aquellas formas de explotación que eran realizadas con fines de prostitución⁴ y no abarcando otras formas conexas con ese fenómeno.

En la actualidad, a más de 70 años de aquella fecha, los temas a los que se intentaba dar respuesta de manera unificada han ido evolucionando hacia normativas y debates distintos y, aunque sigan teniendo muchos elementos de conexión, ello ha dado lugar a una separación entre la trata de personas, por una parte y, la prostitución, por otra. Así, todo aquello que tiene que ver con la trata de personas, entendida esta como una “forma contemporánea de esclavitud”⁵ ha derivado hacia un amplio consenso acerca de considerarla una violación de los derechos humanos (Lara Aguado, Rueda y Ruiz, 2012; Cabanes Ferrando, 2019) y, por tanto, un tema sobre el que hay que trabajar de manera conjunta para alcanzar su erradicación en cualquiera de sus manifestaciones. Pero no ocurre lo mismo con el tema de la prostitución. En este caso existe un amplio debate abierto con posturas enfrentadas y antagónicas, una aboga por su abolición – cuando se la considera bajo el prisma de ser una clara violación de los derechos humanos – mientras la otra busca regularla⁶ – al situarse en el eje

1 Quiero agradecer a los especialistas que han evaluado este artículo por los comentarios que han permitido mejorar el mismo.

2 En 1994 pasaría a denominarse “Día Internacional para la Abolición de la Esclavitud”. Hay que dejar constancia que, aunque la trata de personas se considera como una de las formas más extremas de esclavitud moderna, existe específicamente un “Día Internacional contra la Trata de Personas”, el 30 de julio, establecido mediante la aprobación de la Resolución 68/192 de la AGNU en 2013. Asimismo, existe el “Día Internacional contra la Explotación Sexual y el Tráfico de Personas”, el 23 de septiembre, instaurado por la Conferencia Mundial de la Coalición contra el Tráfico de Personas en coordinación con la Conferencia de Mujeres (Dhaka, Bangladesh, 1999).

3 Quedó abierto a la firma el 21 de marzo de 1950 y entró en vigor el 25 de julio de 1951, de conformidad con su artículo 24.

4 Existe un amplio e inconcluso debate acerca de qué término se debe adoptar y, por ende, usar en la actualidad. Así, nos podríamos encontrar con el uso de la palabra “prostitución” (según se recoge en la Convención y defienden algunas posturas teóricas) o bien con el de “trabajo sexual” (planteado, fundamentalmente, por la postura regulacionista). En este sentido, a lo largo del texto, usaremos el término prostitución siempre que nos refiramos a lo recogido en la Convención y como sinónimo de explotación sexual. Cuando hagamos referencia a otras posturas, si fuera necesario, se especificará a pie de página. Hemos de mencionar que el artículo es una reflexión académica desde la perspectiva de género de los mecanismos que desde el siglo XX se han previsto en la sociedad internacional para tratar de controlar y eliminar la trata de personas con fines de explotación sexual y, de manera concomitante la prostitución como explotación sexual y violación de los derechos humanos.

5 Aquí podríamos hablar de todas aquellas situaciones de explotación que tienen que ver con los trabajos forzados; con los matrimonios forzados – sobre todo de niñas-; con la explotación sexual, por citar los más significativos. Para conocer más sobre las formas contemporáneas de esclavitud, véase el texto de David Weissbrodt (2002).

6 Hay que mencionar que la llamada “postura regulacionista” en ningún caso acepta en sus planteamientos formas de explotación de lo que consideran un trabajo sexual “libre” y “voluntario”. En ese sentido, si el “trabajo sexual” estuviera siendo explotado por una tercera persona, entonces, también esta postura estaría en contra de tal conducta. Ponemos entre comillas la palabra trabajo por cuanto queremos indicar que es la definición que le da dicha postura.

del debate el libre consentimiento de las partes a ejercerla, así como su consideración como forma de “trabajo”⁷. Como afirma la profesora Nuño Gómez, “el derecho internacional califica la prostitución como una violación de los derechos humanos (...) si bien es cierto que puede existir prostitución voluntaria, el mercado prostitucional se alimenta, fundamentalmente, de la trata de mujeres” (Nuño Gómez, 2017, p. 172). Consideramos, en esta línea, que cuando se plantea el debate sobre la prostitución, estamos mayoritariamente ante un fenómeno de trata, por cuanto esta práctica se sustenta sobre la base de condiciones de vulnerabilidad y el abuso de poder. Además, declinado en femenino⁸.

El mencionado Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, fue el primer intento de establecer las bases de las legislaciones favorables a la postura abolicionista de la prostitución, penalizando la demanda, el proxenetismo y la tercería locativa⁹, así como estableciendo mecanismos para prever asistencia a las personas explotadas. En los siguientes apartados desarrollaremos algunas de estas ideas.

El objetivo de este texto es hacer un breve recorrido por los antecedentes históricos, sociales y normativos que permitieron la firma de dicho Convenio. Para ello, nos situaremos a finales del siglo XIX cuando a través de la figura de Josephine Butler (1828-1906) se comienza a plantear la necesidad de abolir la prostitución (Iglesias Skulj, 2013). Posteriormente, mencionaremos los principales hitos internacionales en relación con el tema de la trata anteriores a la creación de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y nos detendremos en 1949, en la redacción y aprobación del Convenio materia de análisis. Nos centraremos, de manera específica, en destacar aquellos aspectos que diferenciaban este acuerdo de otros anteriores. Consideramos que este texto fue un punto de inflexión que es necesario recordar ahora que se cumplen 70 años de su vigencia. Entendemos, sin embargo, que hoy en día, la trata de personas con fines de explotación sexual y la prostitución ajena no son fenómenos que han sido efectivamente erradicados, tal y como demuestran los datos existentes¹⁰. Ello nos lleva a afirmar que lejos de celebrar su “aniversario” deberíamos instar a los poderes públicos a seguir trabajando en su cumplimiento y en la erradicación de estas prácticas vulneratorias de derechos humanos. Como plantea la profesora Valentina Milano, la trata no es un fenómeno nuevo para el derecho internacional, no por menos:

Durante todo el siglo XX se han adoptado hasta cinco convenios internacionales con el propósito de contrarrestar este fenómeno. Sin embargo, esta estrategia normativa no ha sido eficaz. La trata no ha dejado de florecer como negocio criminal en todas las regiones del mundo (Milano, 2016, p. 4).

En este sentido, no sólo no es nuevo, sino que está en constante expansión y el mejor ejemplo de ello son esos múltiples intentos de regulación y control que están recogidos en los distintos instrumentos legales nacionales, regionales e internacionales existentes¹¹. No es el objetivo de este texto analizar cada uno de estos,

7 Este debate sobre si, en determinadas circunstancias, se debe tolerar el ejercicio de la prostitución. Ello solamente para personas mayores de edad, en cuanto, la Convención sobre los derechos del niño prohíbe expresamente “todas las formas de explotación y abuso sexuales” de las niñas, niños y adolescentes.

8 A pesar de la dificultad sobre la cuantificación de la trata de personas, es recomendable visitar la base de datos que está contenida en el Portal de información sobre la trata de personas dentro de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. <https://sherloc.unodc.org/cld/v3/htms/?lng=es>

9 Entendiendo por esta el alquiler de espacios para el ejercicio de la prostitución.

10 Para conocer los datos actuales sobre la trata de personas, véase la información recogida en *Global report on trafficking in persons 2020*. Publicado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2021).

11 Entre otros podríamos mencionar: Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005); Convenio de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños (2015); Convenio de la Asociación para la Cooperación Regional del Sur de Asia para Prevenir y Combatir la trata de mujeres y niñas para la prostitución (2002).

ni su razón de ser, pero sí se mencionará – por su trascendencia – el único acuerdo adoptado por Naciones Unidas posterior al aquí expuesto, a saber: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, conocido como el Protocolo de Palermo del año 2000 (Global Rights, 2005; Staff Wilson, 2009; Fernando Gonzalo, 2019; Cabanes Ferrando, 2019; Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2019). Tratado que se caracteriza, además, por abrirse a otras formas de trata además de la explotación sexual¹².

2. Antecedentes o cómo se llegó a la redacción del Convenio

Ningún tratado internacional surge de un día para otro. Todos ellos son el resultado de arduas negociaciones y suelen ser la culminación de debates entre posturas enfrentadas a lo largo de años, e incluso décadas, sobre cuestiones que necesitan la puesta en marcha de políticas públicas concretas que permitan controlar, erradicar y sancionar problemas que afectan de una u otra manera a distintos sectores sociales. En muchas ocasiones, a pesar de conseguir su redacción, firma y aprobación, no dejan de ser “papel mojado” al no lograr una amplia ratificación por parte de los Estados o porque, a pesar de lograrlo, la evolución de la sociedad internacional y de los temas que forman parte de su agenda pública, los convierten más en una declaración de intenciones que en un texto de obligatorio cumplimiento para las partes.

Contar con acuerdos y normas que regulen el funcionamiento de la comunidad internacional y la manera de relacionarse entre los Estados que la conforman, no es siempre un verdadero avance para la defensa de los derechos humanos, especialmente si los actores internacionales y los nacionales implicados no lo consideran como una verdadera hoja de ruta que deben aceptar y cumplir sin buscar subterfugios legales. Especialmente, cuando surgen situaciones que podrían considerar que van en contra de los intereses que en esos momentos representen esos Estados. Los tratados internacionales deben, adaptándose a las nuevas situaciones y contextos históricos, trascender posicionamientos ideológicos, religiosos o culturales individuales. Debiéndose tener especial cuidado, cuando estos motivos sólo buscan justificar su no cumplimiento por parte de aquellos países que, en su momento, consideraron que su contenido recogía los valores y principios que debían regir la vida en sociedad. En este sentido, si bien es cierto que en cuestiones relativas a la defensa de los derechos humanos se han producido importantes avances a nivel internacional¹³, no lo es menos que aún quedan muchos temas sobre los que se debe hacer un especial seguimiento. Entre ellos, el que aquí estamos tratando, por cuanto, el derecho internacional ha sido incapaz de proporcionar una “respuesta protectora” a las víctimas de trata de personas (Milano, 2016, p. 7).

En este sentido, para entender la redacción y firma del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, es necesario situar el contexto histórico que la permitió y los distintos pasos que se dieron hasta llegar a ella en 1949.

En un primer momento, la referencia temporal serían las últimas décadas del siglo XIX, donde es importante mencionar la figura de Josephine Butler. Feminista y reformista social británica, de la época victoriana, es considerada en la historia del feminismo “como la fundadora de la posición abolicionista¹⁴, posición que defiende que la prostitución es producto de la sociedad patriarcal y que puede llegar a ser abolida como en su día lo fue la esclavitud de los negros” (De Miguel Álvarez y Palomo Cerdeño, 2011, p. 333). Butler, defensora de la lucha contra distintas desigualdades, se convirtió en la portavoz de aquellas personas que

12 Entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. Este documento es anexo a la Convención Internacional sobre la Delincuencia Organizada Transnacional aprobada por la AGNU en noviembre del 2000.

13 Para un conocimiento sobre los diez principales tratados sobre derechos humanos véase la información proporcionada por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/coreinstruments.aspx>

14 La posición abolicionista con relación a la prostitución tuvo sus orígenes en los movimientos abolicionistas de la esclavitud de finales del siglo XIX.

consideraban que “el sistema de la prostitución constituía una forma contemporánea de esclavitud que oprimía a las mujeres y que atentaba contra la humanidad en su conjunto” (Marcovich, 2002, p. 2).

En este sentido, entre otras denuncias, se concentró en trabajar en la derogación de las leyes sobre las enfermedades contagiosas (*Contagious Diseases Acts*) aprobadas en 1864, 1866 y 1869, las cuales buscaban regular estatalmente la prostitución que se ejercía en las ciudades y puertos militares para, de este modo, intentar controlar la transmisión de enfermedades venéreas. Dichas normativas se centraban en controlar y castigar a las mujeres que ejercían la prostitución a través de una supuesta regulación sanitaria de las mismas (McHugh, 2013). Sus denuncias no se quedaron sólo en la situación de las prostitutas en Gran Bretaña, sino que tuvieron repercusión y se propagaron a otros países europeos, así como a Estados Unidos y sus entonces colonias, comenzando lo que sería el movimiento abolicionista¹⁵. Finalmente, las leyes fueron derogadas en 1886¹⁶. Desde entonces, no dejaron de darse pasos para poner fin al sistema de reglamentación de la prostitución, constatándose su relación directa con la trata de seres humanos (Marcovich, 2002).

En este sentido, tal y como expone David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud, en la primera parte del siglo XX, los instrumentos internacionales relativos a la trata “se centraban en los casos en que se transportaba a mujeres y niñas a través de fronteras nacionales, con y sin su consentimiento, con fines de prostitución” (Weissbrodt et al, 2002, p. 26). Estos fueron sucesivamente: Acuerdo Internacional sobre Represión de Trata de Blancas¹⁷ (París, 18 de mayo de 1904), Convenio para la Represión de la Trata de Blancas (París, 4 de mayo de 1910)¹⁸, Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños (Ginebra, 30 de septiembre de 1921)¹⁹ y Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres mayores de Edad (Ginebra, 11 de octubre de 1933)²⁰.

En 1937 la Sociedad de Naciones empieza a redactar un nuevo convenio que sustituyera al del año 1933, pero su actividad se tiene que suspender con el estallido de la II Guerra Mundial²¹. Cuando la misma finaliza y tras la creación de las Naciones Unidas (ONU) en 1945 y la aprobación por la Asamblea General de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948²², se retoma el proyecto del texto y se redacta el

15 Para un mayor desarrollo de la época, las denuncias hacia estas leyes y el surgimiento del abolicionismo puede leerse el trabajo fin de máster de Isabel Escobedo Muguerra (2015). *Discursos e identidades de género en torno a la prostitución (1845-1939)*. Universidad de Zaragoza. <https://core.ac.uk/download/pdf/289981566.pdf>.

16 Anteriormente, en 1883, estas normativas habían sido suspendidas. Posteriormente, en 1885, en Inglaterra se aumentó la edad del consentimiento a los 16 años a través de la aprobación de la *Criminal Law Amendment Act* (anteriormente estaba en 14) y se sancionó a todos aquellos que explotaran la prostitución de mujeres.

17 Modificado por el Protocolo aprobado por la AGNU el 3 de diciembre de 1948. Tal y como aparece recogido en el Preámbulo del Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Personas y de la Prostitución Ajena. Existe un Protocolo de 1949, que lo modifica junto al de 1910.

18 Modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948.

19 Modificado por el Protocolo aprobado por la AGNU el 20 de octubre de 1947. Traspaso a las Naciones Unidas de las funciones y los poderes ejercidos por la Sociedad de las Naciones

20 Modificado por el Protocolo aprobado por la AGNU el 20 de octubre de 1947. Traspaso a las Naciones Unidas de las funciones y los poderes ejercidos por la Sociedad de las Naciones

21 En 1919 la Sociedad de Naciones creó un comité de seguimiento de los temas relativos a la trata con fines de explotación sexual y al derecho de las mujeres. Entre 1927 y 1932 se llevaron a cabo dos investigaciones para demostrar “que la existencia de burdeles y la reglamentación de la prostitución favorecían la trata nacional e internacional” (Weissbrodt et al., 2002, p. 4).

22 En el artículo 4 se exponía: “Nadie estará sometido a esclavitud ni servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”. Su concreción vinculante se recogió en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956.

Convenio para la represión de la Trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena²³. En ella se unificarían los instrumentos anteriormente mencionados relativos a la trata y al tráfico de mujeres y niños, definiéndolos como delitos, aunque existiese consentimiento de las partes. En su preámbulo se estableció que “la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”²⁴.

Desde su redacción en 1949, este Convenio fue el principal acuerdo internacional específico en materia de trata de personas hasta comienzos de siglo XXI. Eso no quiere decir que no existiesen otros textos internacionales que recogieran algunos aspectos que, de manera directa o indirecta, tuviesen disposiciones que regulasen estos temas. Así:

Se podía recurrir a diferentes disposiciones de los Pactos Internacionales de 1966, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y de la Convención de los Derechos del Niño para luchar contra la trata de personas ya que vulnera la dignidad de las personas, su derecho a la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad personal y, especialmente en el caso de los niños, niñas y adolescentes, atenta contra su derecho a un desarrollo integral (Cano Linares, 2014, p. 206).

El Convenio tiene carácter vinculante, siendo Israel el primer país que la ratificó en 1950. En la actualidad, según se recoge en la página oficial de Naciones Unidas, ha sido firmada por 25 países y ratificada por 82²⁵.

3. Elementos a destacar del Convenio: un antes y un después para la lucha contra la trata de personas

El Convenio forma parte del conjunto de instrumentos aprobados por las Naciones Unidas para la defensa de los derechos humanos que estipulan los temas relativos a la esclavitud o prácticas consideradas análogas²⁶. Siguiendo un recurso que ya se había comenzado con algunos de los acuerdos recogidos anteriormente, cuando convivían los tratados que regulaban la trata de personas señalados líneas arriba con la Convención sobre la Esclavitud de 1926 (Espaliú Berdud, 2014), la ONU reiteró la distinción en el tratamiento internacional de la esclavitud y de la trata de personas, pero sólo cuando era utilizada para el ejercicio de la explotación sexual por cuenta ajena. En este sentido, la trata de personas aparece recogida en el Convenio de 1949 y la esclavitud, posteriormente, en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956. A pesar de ello, el desarrollo y adaptación a las nuevas situaciones que se han ido presentando a través de los años, hacen difícil en muchos

23 Para conocer el proceso que se siguió para su redacción, véase el material recogido en United Nations Audiovisual Library of International Law (2014). *Convenio para la represión de la Trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950*. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/uncstpepo/uncstpepo_ph_s.pdf.

24 Disponible en: [http://undocs.org/es/A/RES/317%20\(IV\)](http://undocs.org/es/A/RES/317%20(IV)).

25 Para una mayor información véase: <http://whatconvention.org.es> y https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=VII-11-a&chapter=7&clang=en.

26 Hay que hacer la salvedad de que hoy en día habría que incluir, o considerar dentro del mismo, algunas prácticas que en el momento de su aprobación y ratificación no existían. Junto a los delitos tradicionalmente considerados dentro de la trata de personas, habría que mencionar también la participación en la delincuencia organizada; en conflictos armados; en la trata con fines de extracción de órganos y los matrimonios forzados, por citar Algunos de ellos. El punto en común de todas estas prácticas es que son formas denunciables de transgresión de los derechos humanos.

casos establecer una línea divisoria entre ambos fenómenos, por cuanto, la trata suele ser el primer paso hacia la esclavitud²⁷, aunque no el único. Son distintas caras de una misma realidad.

Si nos detenemos en el caso específico del Convenio de 1949, tal y como se ha expuesto anteriormente, esta estaría influenciada en su redacción por la corriente abolicionista internacional, al establecer un nexo indisoluble “de unión entre la prostitución y la trata” (Weissbrodt et al, 2002, p. 4). Dos cuestiones merecen destacarse: por una parte, aunque pudiéramos estar pensando que el texto sólo se refería a mujeres y niñas, lo cierto es que el término utilizado fue el de “personas” y no “mujeres”, por tanto, un concepto neutro al género²⁸. Y, por otra, expresamente evita la palabra “trata de blancas” utilizada en tratados previos, la cual, de manera claramente discriminatoria, buscaba diferenciar la esclavitud negra de la captación de mujeres europeas para la explotación sexual²⁹ (Marinelli, 2015).

Estos avances, que sin duda consideramos importantes, no eliminaron algunas de las críticas que recibió el acuerdo. Para algunas autoras, el concepto que se recogió en el Convenio en relación al tema de la trata no era un progreso, sino que representó un paso atrás en la definición de trata de personas puesto que “no sólo la reduce a aquellas con fines de explotación sexual, sino que además elimina cualquier referencia a la definición dada por la Convención Internacional de 1910 y a los tres elementos punibles [que luego serían recogidos en el Protocolo del 2000]³⁰” (Marinelli, 2015, p. 43). Siguiendo a Elsa Fernando Gonzalo (2019, p. 21), podemos afirmar que empero de los avances que supuso el texto al no penalizar ni juzgar a las víctimas de trata y la prostitución, el mismo fue criticado por “no prohibir otras formas de prostitución como el turismo sexual u otras formas de explotación sexual, tales como el trabajo forzado o el matrimonio forzado”.

Se debe tener en cuenta que la existencia de una definición no es algo anecdótico para el tratamiento internacional de los problemas que se deben regular, sino que “representa el acuerdo de Estados de todo el mundo para calificar una conducta como universalmente sancionable más allá de los diversos sistemas jurídicos, las costumbres sociales y culturas, punto aún más controvertido cuando se refiere a las relaciones de sexo” (Villalpando, 2011, p. 24).

Así, en relación con esta cuestión, aunque la actual definición de la trata de personas fue la establecida en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, conocido como Protocolo de Palermo en el año 2000³¹, lo cierto es que se hicieron algunos intentos posteriores al

27 Algo parecido ocurre cuando se establece la relación (o no) que existe entre la prostitución y la trata. No por menos, todas las mujeres y niñas que son explotadas a través de la trata de personas con fines de explotación sexual, lo son para el ejercicio de la prostitución. De ahí que, apoyamos la idea de que en la mayor parte de los casos sin prostitución no habría trata, aunque es innegable que existe una estrecha relación entre ambos hechos.

28 Si nos referimos a la trata de personas con fines de explotación sexual en estos momentos, hay que indicar que la misma se debe analizar con perspectiva de género pues afecta mayoritariamente (un 96%) a mujeres y niñas. Para mayor información véase el informe publicado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2021). *Global report on trafficking in persons 2020*. Naciones Unidas.

29 En la actualidad se sigue escuchando la expresión “trata de blancas” cuando se hace referencia a las mujeres que están en situación de trata para fines de explotación sexual. Es llamativo, por cuanto, la categoría “raza” ha sido fuertemente cuestionada a nivel académico y práctico. Además, según los datos de las distintas instancias internacionales que trabajan estos temas, no existe un perfil definido de las víctimas de este delito. De igual modo, también es indudable que, si hablamos de trata en un sentido amplio de la palabra, la misma no sólo afecta a mujeres, sino que se ven involucradas personas de distinto sexo, orientación sexual, etnia, edad, culturas, etc. Para mayor información véase: <https://www.unodc.org/unodc/es/human-Trafficking/Human-Trafficking.html>.

30 Siendo estos los que configuran el delito de trata en la actualidad, a saber: actividad, medio y fin.

31 “Se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Convenio de 1949. Sobre este particular, hay que mencionar la recogida en la Resolución 49/166 de la AGNU (23/12/1994). En la misma se condenó:

El movimiento ilícito y clandestino de personas a través de fronteras nacionales o internacionales, principalmente en países en desarrollo y algunos países con economía en transición, con el fin último de forzar a mujeres y niñas a situaciones de opresión y explotación sexual o económica, en beneficio de proxenetas, tratantes y bandas criminales organizadas, así como otras actividades ilícitas relacionadas con la trata de mujeres, por ejemplo, el trabajo doméstico forzado, los matrimonios falsos, los empleos clandestinos y las adopciones fraudulentas (Weissbrodt et al, 2002, p. 28).

Hay otros aspectos que deberían mencionarse del Convenio que han destacado por sus avances en relación con épocas anteriores o por sus carencias. Así, siguiendo el interesante trabajo de Marcovich (2002), destacamos los siguientes puntos. En primer lugar, no hace recaer la carga de la prueba sobre la víctima sino sobre aquellos que organizan la explotación de la prostitución y de la trata con fines de prostitución: en este sentido, se enfocó en la condena de la explotación de la prostitución y de las personas que explotasen a las mujeres para que ejerciesen la misma, ya fueran estos denominados proxenetas, traficantes, explotadores, puteros, chulos, etcétera³². Así queda recogido en sus artículos 1 y 2:

Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona (artículo 1).

Las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que: 1) Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participe en su financiamiento; 2) Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena (artículo 2).

El texto tiene como objetivo “proteger a las víctimas y condenar a los explotadores, es decir, a quienes directamente se benefician de la explotación sexual: la prostitución ajena” (Torres Falcón, 2011, p. 156). Nunca se deposita la responsabilidad en las personas que ejercen la prostitución, sino que en todos los casos se considera a las prostitutas víctimas de los proxenetas (artículo 16).

A pesar de ello, algunos autores han llamado la atención sobre el hecho de que atendiendo a lo recogido en el artículo 2, las fuerzas de seguridad de algunos países han podido “perseguir a las mujeres que la ejercen por proxenetismo, por ejemplo, cuando han alquilado un apartamento” para llevar a cabo dicha actividad (Marcovich, 2002, p. 4).

En segundo lugar, brinda la posibilidad a las víctimas de la prostitución de interponer un recurso judicial contra los explotadores, ya fuera nacional o inmigrante. Se prevé que se pueda presentar una acusación civil en caso de estar siendo explotada para la prostitución (artículo 5). En tercer lugar, los países no pueden reglamentar la prostitución o someter a las mujeres a registros u a otros controles administrativos y además deben establecer medidas para prevenir la trata y proteger y rehabilitar a las víctimas. De este modo, el Convenio abrió un debate que sigue sin cerrarse acerca de la consideración de entender la prostitución como un ejercicio libre o forzado³³ y, por tanto, punible o no. Este debate ha dado lugar en la historia a cuatro posturas sobre estos hechos, a saber:

Artículo 3.a del Protocolo de Palermo. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons_sp.pdf.

32 Además, los delitos recogidos en estos dos artículos podrían dar lugar a la extradición de la persona que los realizase (artículos 8 al 11). Pero se especifica que: “no afecta al principio de que las infracciones a que se refieren habrán de ser definidas, enjuiciadas y castigadas, en cada Estado, conforme a sus leyes nacionales” (artículo 12).

33 Aquí deberíamos preguntarnos cómo definimos esa libertad que lleva a muchas personas a ver la prostitución como la única opción en situaciones de extrema precariedad. Esta, además, contradice claramente lo regulado en el Convenio.

- a) la reglamentarista, cuya propuesta es regular la actividad para así tener cierto control sobre un acto que se considera por algunos sectores como un “mal necesario”. La mujer sería la principal responsable de su existencia, por tanto, hay que identificar a la prostituta y, además, localizar y limitar los lugares concretos donde se realizará. Sería la que existía en el viejo continente hasta finales del siglo XIX y que aún sigue vigente en algunos países;
- b) la abolicionista, que plantea la eliminación de su ejercicio, sin opción a estar dentro del marco legal y penalizando al proxeneta y/o al cliente, pero nunca a la prostituta. Postura que tendría sus comienzos como se ha dicho en los planteamientos de Josephine Butler;
- c) la prohibicionista, que busca el castigo tanto de la persona que ejerce la prostitución como del proxeneta para de este modo acabar con su ejercicio, busca la prohibición de cualquier tipo de prostitución (“libre” o “forzada”), y;
- d) la regulacionista, la cual surge en la década de 1980, exigiendo “derechos laborales y propios de la Seguridad Social, rechazando los diversos controles impuestos por el sistema reglamentarista” (García del Blanco, 2019, p. 66). La persona que ejerce la prostitución (denominada comúnmente como “trabajador/a del sexo”) tendría los mismos derechos que cualquier otra en el mercado laboral³⁴.

En relación con estas posturas, el Convenio prohíbe expresamente todas las propuestas que se encuadrasen tanto dentro del modelo reglamentarista como del prohibicionista, tal y como se expone en el artículo 6:

Cada una de las Partes en el presente Convenio conviene en adoptar todas las medidas necesarias para derogar o abolir cualquier ley, reglamento o disposición administrativa vigente, en virtud de la cual las personas dedicadas a la prostitución o de quienes se sospechen que se dedican a ella, tengan que inscribirse en un registro especial, que poseer un documento especial o que cumplir algún requisito excepcional para fines de vigilancia o notificación.

A pesar de que, como hemos visto, hay un número importante de Estados que se han adherido al Convenio, lo cierto es que muchos de ellos la incumplen, por ejemplo, reglamentando la prostitución³⁵, aunque también hay otros que amparándose en el Protocolo Final de la Convención, que aparece junto al articulado de la misma, han adoptado medidas más severas³⁶. Así quedó recogido en el informe presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas en 1996 (A/51/309), donde se hacía mención explícitamente a algunos de los principales problemas que tenía la puesta en práctica del Convenio de 1949³⁷. Sin olvidar, como distintos autores y autoras han puesto en evidencia (Staff Wilson, 2009; Marinelli, 2015), que una de las principales debilidades del Convenio está en los pocos (o inexistentes) mecanismos de vigilancia que se plantearon y que en la misma no se hacía mención a la figura del “comprador”, los cual dio lugar a que no se incluyera ningún artículo que penalizara dicha compra de servicios.

34 Esta postura defiende que hablan “en nombre de” las propias mujeres prostituidas para garantizar sus derechos. Como afirma Laura Nuño Gómez “conviene advertir que, entre las asociaciones, las posiciones teóricas, el proxenetismo o los colectivos que defienden las bondades de la reglamentación, no hay representación del colectivo mayoritario entre las mujeres prostituidas: las víctimas de trata. Sí, existe cierta presencia de las mismas en el discurso abolicionista” (2017, p. 174).

35 No podemos entrar a detallar las razones que han llevado a algunos estados, como puede ser Holanda o Alemania, a legalizar la prostitución, suprimiendo las leyes anti-proxenetismo (aunque no debemos obviar las implicaciones en sus PIB o en las presiones de los lobbies proxenetes). Pero lo que es innegable es que, contrariamente a la defensa que hacen estos países para justificar la legalización (reducción de la violencia contra las mujeres; protección de sus derechos sexuales y sanitarios; cotización a la seguridad social, etc.) lo cierto es que los datos muestran que lo que se ha producido es un aumento del número de mujeres extranjeras prostituidas “ilegalmente”.

36 Este es el caso de Suecia cuya ley penaliza la compra de servicios sexuales.

37 Asimismo, no hay que dejar de mencionar que los 189 Estados que ratificaron la Convención sobre todas las formas de discriminación hacia la mujer tienen “la obligación directa e inexcusable de luchar contra la explotación de la prostitución ajena en todas sus formas (...)”. Como consecuencia, los Estados que han despenalizado o que toleran el proxenetismo, en cualquiera de sus formas, violan el espíritu y la letra de la legislación internacional de derechos humanos, y en particular, la obligación establecida por la CEDAW de *suprimir todas las formas de trata de mujeres y la explotación de la prostitución de las mujeres*” (Théry, 2016, p. 15).

A pesar de ello, lo cierto es que el acuerdo tiene un importante valor simbólico, es portador de “una visión, de un mensaje y de un marco referencial que fundamentan las aspiraciones y los valores de nuestra sociedad” (Marcovich, 2002, p. 17). O, al menos, de aquella parte de la sociedad que considera que nos encontramos ante una clara vulneración de los derechos humanos, tanto por la explotación como por la cosificación del cuerpo de, sobre todo, mujeres y niñas, niños y adolescentes. En relación con la protección, habría que remitirse al artículo 16:

Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución y de las infracciones a que se refiere el presente Convenio, o a estimular la adopción de tales medidas, por sus servicios públicos o privados de carácter educativo, sanitario, social, económico y otros servicios conexos.

La protección de todas las víctimas de trata es central para el Convenio, incidiendo de manera directa en la necesidad de trabajar con las personas inmigrantes, sobre todo mujeres y niñas, niños y adolescentes, puesto que ello permite prevenir la prostitución (artículo 17). Protegerlos se convertía en una prioridad, “tanto en el lugar de llegada o de partida o durante el viaje” (artículo 17.1). Asimismo se hace una llamada de atención con relación a la necesidad de “ayudar y mantener a las víctimas indigentes” y trabajar en el tema de la repatriación de las mismas (artículo 19).

Además, se promueve la centralización de la información y las investigaciones sobre la trata (artículo 14), ciertamente uno de los puntos débiles en todos estos años. Ello, porque uno de los elementos que ha dificultado la lucha para la erradicación de la trata es la amplia variedad existente en los datos oficiales y los obstáculos para el acceso a los mismos. Eso, cuando los mismos existen o pueden ser considerados fiables.

No hay que olvidar que la trata, aunque puede ser un fenómeno nacional es, sobre todo, un fenómeno eminentemente transnacional lo cual provoca que sea no sólo necesario, sino imprescindible, la colaboración entre Estados para poder hacerle frente. En el Convenio también se recoge la obligación de comunicar al Secretario General de las Naciones Unidas “las leyes y reglamentos que ya hubieran sido promulgados en sus Estados y, en lo sucesivo, comunicarán anualmente toda ley o reglamento que promulgaren respecto a las materias a las que se refiere el presente Convenio” (artículo 21). La Corte Internacional de Justicia sería la encargada de dirimir en caso de controversia entre las Partes (artículo 22).

Un cuarto punto de análisis es el control de las agencias de colocación, el cual constituye un punto esencial del tratado que busca evitar que las mismas puedan ser utilizadas por los explotadores para captar a sus víctimas (artículo 20). Hoy día las redes sociales han abierto todo un nuevo horizonte impensable en el momento en que se redactó el Convenio que viene a modificar, cuando no a suplir, a estas agencias. No es que ya no existan, sino que se han buscado nuevas formas que permiten a las personas que trafican con seres humanos, a los/as proxenetas, y demás actores criminales, evadir los controles a los que eran sometidos.

Finalmente, no queremos terminar este apartado sin mencionar lo que para algunas autoras es el punto más importante de dicho Convenio: “la irrelevancia del consentimiento” (Torres Falcón, 2011, p. 156). La cual estaría completamente en consonancia con la postura abolicionista que se encontraba en la base ideológica del tratado. Puesto que para esta postura “es impensable que una persona pueda consentir una práctica atentatoria contra su dignidad y que constituye una negación de su condición de persona” (Lara Aguado, 2011, p. 161). El consentimiento (o la posibilidad de haberlo dado) nunca podría ser utilizado como justificación en caso de ser objeto de persecución por la justicia. Ahora que está sobre la mesa la necesidad de demostrar fehacientemente la existencia del consentimiento a la hora de juzgar si se ha cometido o no un delito sexual, habría que plantearse si el mismo se puede considerar válido y, por tanto, aceptarlo cuando la persona que lo da está condicionada por el miedo, la extorsión, las amenazas, el chantaje, la situación de vulnerabilidad, entre otras condiciones. Un consentimiento dado en esas circunstancias ¿convierte a quien lo da en víctima y al que lo recibe en verdugo? Entendemos que la respuesta siempre deberá ser afirmativa. Durante las deliberaciones para la elaboración del Protocolo de Palermo existió un amplio debate sobre la separación entre trata y prostitución. En este sentido, como expone Raymond, “un pequeño grupo de ONG que defendían la

prostitución como trabajo y “el tráfico voluntario” como “migración para el trabajo sexual” hicieron una gran presión para limitar la definición de tráfico al tráfico forzado o coaccionado, para omitir cualquier mención de tráfico para la prostitución o para la explotación sexual y para borrar el término “víctimas” del texto por ser demasiado “emotivo”. Junto con los países que habían legalizado/regulado la prostitución como un trabajo, estas organizaciones trabajaron para restringir la protección de las víctimas limitando la definición de tráfico solamente a aquellas mujeres que pudieran probar que habían sido forzadas. Afortunadamente, la mayoría de los países – muchos de ellos países pobres y “países de origen” del tráfico- deseaban una definición que protegiera a todas las víctimas del tráfico y que no estuviera limitada a la fuerza o a la coacción” (Raymond, 2001, p. 4).

4. A modo de conclusión o un punto y seguido

En las conclusiones de su trabajo, Marinelli (2015, p. 115) afirmaba que “la trata de personas nació como una institución jurídica unida a la esclavitud” a comienzos del siglo XIX. Hoy, adentrados ya en la segunda década del siglo XXI, hemos acuñado el término “esclavitud moderna” para continuar investigando sobre temas que lejos de haberse superado o eliminado de las agendas internacionales, lo que han hecho ha sido reinventarse. Así nos encontramos con el turismo sexual, los matrimonios comprados a través de “catálogos” o lo vinculado con la ciberdelincuencia y la explotación a través de la red. En definitiva, nació unida a ella y continúa siendo uno de sus principales elementos sustentadores a pesar de los cambios y de las nuevas realidades. De ahí que afirmemos que no hay nada que celebrar, sino que hay que continuar reivindicando.

Lejos de desdeñar la importancia que ha tenido el Convenio de 1949 en la historia de la lucha por los derechos humanos, en este caso en concreto el de aquellas personas que sufren la explotación sexual ajena y, por ende, la esclavitud que viene asociada a ella, debemos reclamar la necesidad de seguir trabajando para su protección. Por una parte, en que se afiancen las normativas nacionales que permiten a los Estados parte dar concreción a lo acordado y no lo contrario como hemos visto que suele ocurrir; y, por otra, en aumentar el número de Estados que la firmen y ratifiquen, así como los mecanismos de control necesarios para asegurar su cumplimiento. Puesto que el problema sigue perdurando a pesar del tiempo transcurrido, lo que hay que hacer es no bajar la guardia y cerciorarse de que las normas que ya existen se cumplen y aprobar otras que complementen los vacíos normativos existentes.

Para ello, entendemos que el Protocolo de Palermo (2000) ha supuesto un avance importante en algunos de estos aspectos, por ejemplo, en la ampliación del concepto de trata a aquellas situaciones que no se encuentran bajo el amparo de la explotación sexual, que era una de las grandes críticas al Convenio de 1949. En palabras de la profesora Cano Linares (2014, p. 209): “uno de los mayores logros del Protocolo ha sido el haber sido capaz de proporcionar una definición moderna y actual (...) Ello ha permitido un lenguaje común entre los diferentes sistemas jurídicos internacionales”, buscando la cooperación entre los Estados para avanzar en la aplicación de estrategias globales que trasciendan del ámbito nacional al transnacional. Su fin último es prevenir, investigar y castigar los delitos que aparecen recogidos en él y sobre esto, aún queda mucho por hacer.

La existencia del Protocolo no implica que no deban mirarse ni tenerse en cuenta aquellos acuerdos anteriores que estando vigentes permiten dar respuesta a una realidad tan preocupante y con tantas aristas como es la recogida en el Convenio de 1949. No hay que olvidar que en los años en que se estuvo negociando la elaboración del Protocolo, se produjo un nuevo impulso al Convenio. No sólo la mayoría de los países mostraron su adhesión al mismo, sino que también sirvió como referencia para otros textos internacionales (Marcovich, 2002). Que hayan pasado 70 años, no es una razón para considerar que ya no es válida o quedó obsoleta.

Si hay algo en lo que toda la comunidad internacional está de acuerdo es en la necesidad de contar con un enfoque integral y multidisciplinario para luchar contra la trata de seres humanos en un sentido amplio de la

palabra. De ahí que se abogue, como ya se ha mencionado, por elaborar otras normas internacionales³⁸, de obligatorio cumplimiento, que complementen al Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y, de ese modo, recoger aquellos hechos que antes no formaban parte de la realidad social, política, económica y cultural que dieron lugar a su redacción. Al mismo tiempo, continuar trabajando en que se cumpla lo que ya está firmado y ratificado.

Los vertiginosos y amplios cambios de la sociedad internacional hacen sí que los tratados que regulan su orden y funcionamiento también deban ir cambiando. Según la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en el año 2018 hubo más de 50.000 víctimas de trata de personas y 148 países denunciaron su existencia. El 50% de las víctimas detectadas, lo fueron para fines de explotación sexual y el 38% para trabajos forzados³⁹. Por tanto, lejos de ser un problema superado, hay que seguir avanzando para devolver la dignidad y los derechos que les fueron arrebatados a las víctimas de esa esclavitud moderna que es la trata de personas.

5. Referencias bibliográficas

- Butler, J. (2010). *Personal Reminiscences of a Great Crusade*. Cambridge Library Collection. British and Irish History, 19th Century.
- Cabanes Ferrando, M. (2019). *Raíces y elementos de la trata de mujeres con fines de explotación sexual*. [Tesis], Universidad de Valencia.
- Cano Linares, M^a A. (2014). De la prohibición de la esclavitud a la lucha contra la trata de seres humanos: desarrollos recientes en el ámbito universal. *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)*, (18), 195-218.
- De Miguel Álvarez, A. y Palomo Cerdeño, E. (2011). Los inicios de la lucha feminista contra la prostitución: política de redefinición y políticas activistas en el sufragismo inglés. *Brocar*, (85), 315-334.
- De Miguel Álvarez, A. (2015). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Cátedra.
- Escobedo Mugerza, I. (2015). *Discursos e identidades de género en torno a la prostitución (1845-1939)*. Universidad de Zaragoza. <https://core.ac.uk/download/pdf/289981566.pdf>.
- Espaliú Berdud, C. (2014). La definición de esclavitud en el Derecho Internacional a comienzos del siglo XXI. *Revista Electrónica de Derecho Internacional (REEI)*, (28), 1-36.
- Fernando Gonzalo, E. (2019). *Marco Jurídico internacional de la trata de personas. Especial mención al espacio regional europeo*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. (94). Universidad de Deusto.
- García del Blanco, V. (2019). Lucha contra la trata de personas con finalidad de explotación sexual: la regulación de la prostitución. En M^a A. Cano y A. J. Muro (Coord.), *Algunas reflexiones en torno al pacto mundial por una migración regular, segura y ordenada* (57-76). Dykinson.
- Global Rights (2005). *Guía anotada del Protocolo completo de la ONU contra la trata de personas*.

38 Junto a los acuerdos y normas referidos en el texto, existen otros a nivel regional o nacional. Para un exhaustivo conocimiento de los mismos puede verse la base de datos de legislación recogida en la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. <https://sherloc.unodc.org/cld/v3/htmls/>.

39 Para mayor información véase los datos recogidos por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito referenciados a lo largo de este texto y recogidos en la bibliografía.

- Iglesias Skulj, A. (2013). *La trata de mujeres con fines de explotación sexual. Una aproximación político-criminal y de género*. Ediciones Didot.
- Lara Aguado, Á. (2011). Niñas de hojalata o la trata de personas con fines de explotación sexual. *Persona, tolerancia y libertad a través del cine: estudios jurídicos*, 149-187.
- Lara Aguado, Á. (Dir.), Rueda Valdivia, R., y Ruiz Sutil, C. (Coords.) (2012). *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual*. Civitas Ediciones.
- Marcovich, M. (2002). *Guía de la Convención de Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Personas y de la Prostitución Ajena*. Amherst: Coalition Against Traffick of Women.
- Marinelli, C. (2015). *La trata de personas en el derecho internacional de los derechos humanos. Un proceso en doble vía: de la esclavitud a la autonomía, de la represión penal a la protección de las Víctimas*. [Tesis]. Universidad Católica del Perú.
- McHugh, P. (2013). *Prostitución y reforma social victoriana*. Routledge.
- Milano, V. (2016). Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España. *Revista Electrónica de Derecho Internacional* 32, 1-53. 10.17103/reei.32.05
- Ministerio de Trabajo y Economía Social. España. (2007). Evaluación de la ley reguladora de la prostitución. *Actualidad Internacional Sociolaboral*, (101), 80-9.
- Nuño Gómez, L. (2017). La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas. *Revista de Derecho Político*. (98), 159-187. [10.5944/rdp.98.2017.18654](https://doi.org/10.5944/rdp.98.2017.18654).
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2007). *Manual para la lucha contra la trata de seres humanos*. Naciones Unidas.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2019). *Definición del concepto de Trata de personas*. Educación para la Justicia. Serie de módulos universitarios. Módulo 6. Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_6_-_E4J_TIP_ES_FINANCIAL.pdf
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2021). *Global report on trafficking in persons 2020*. Naciones Unidas.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Portal de Información sobre la trata de personas. <https://sherloc.unodc.org/cld/v3/htms/?lng=es>
- Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre la Esclavitud*. Treaty Series. v. 212, n° 2861. https://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/f2sc_sp.htm.
- Organización de las Naciones Unidas. *Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres y niños*, celebrado en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, y enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success (Nueva York) el 12 de noviembre de 1947. Treaty Series, v. 53, n° 771.
- Organización de las Naciones Unidas. *Convenio internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad*, celebrado en Ginebra el 11 de octubre de 1933 y enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success (Nueva York) el 12 de noviembre de 1947. Treaty Series, v. 53, n° 772, (p. 49).
- Organización de las Naciones Unidas. *Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena*. A/RES/317(IV), 2 de diciembre de 1949. [http://un-docs.org/es/A/RES/317%20\(IV\)](http://un-docs.org/es/A/RES/317%20(IV)).

- Organización de las Naciones Unidas. *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, de 7 de septiembre de 1956, Treaty Series. v. 266, n° 3822. https://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/30_sp.htm.
- Organización de las Naciones Unidas. *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*. https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons_sp.pdf.
- Portal de Datos Mundiales sobre la Inmigración. <https://www.migrationdataportal.org/es/node/607>
- Raymond, J. (2001). *Guía para el nuevo protocolo de Naciones Unidas sobre Tráfico de Personas*. CATW. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4096.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2006/4096>.
- Staff Wilson, M. (2009). *Recorrido histórico sobre la trata de personas*. Programa Andino de Derecho Humanos.
- Sociedad de Naciones. *Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas, firmado en París el 18 de mayo de 1904*. Treaty Series, v. I, n° 11, (p. 83).
- Sociedad de Naciones. *Convenio Internacional para la represión de trata de blancas*, 4 de mayo de 1910. <https://200.33.14.21:83/20121120052024-11014.pdf>
- Théry, G. (2016). *Prostitución bajo el prisma de la legislación internacional de Derechos Humanos: análisis de las obligaciones de los Estados y de las mejores prácticas de implementación*. Coalition for the abolition of prostitution (CAP Internacional).
- Torres Falcón, M. (2011). Explotación sexual y violencia de género: un debate de derechos humanos. *Nova et Vetera. Migración y trata de personas*, 20 (64),151-164.
- United Nation Treaty Collection. *Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others*. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/trafficingpersons.aspx>
- United Nations Audiovisual Library of International Law (2014). *Convenio para la represión de la Trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950*. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/uncstpepo/uncstpepo_ph_s.pdf.
- Weissbrodt, D. y la Liga Contra la Esclavitud (2002). *La abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporánea*. HR/PUB/02/4. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Naciones Unidas. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf>
- Villalpando, W. (2011). La esclavitud, el crimen que nunca desapareció. La trata de personas en la legislación internacional. *INVENIO*, 14, (27), 13-26.

Un recorrido por los 30 años de vigencia del Tratado de Asunción y su reflejo en la construcción del proceso de integración regional del Mercosur

A tour through the 30 years of effectiveness of the Treaty of Asunción and its impact on Mercosur's regional integration process

 Laura Lucía Bogado Bordazar

Universidad Nacional de La Plata, Argentina
lbogadobordazar@gmail.com

Recibido 17/9/2021

Aceptado: 23/12/2021

Resumen En el presente artículo realizaremos un recorrido por las principales dimensiones que surgen del Tratado de Asunción y que se han ido desplegando en sus treinta años de existencia. Nos aventuramos a afirmar que el Tratado no ha sido un simple acuerdo entre partes del cual surgieron derechos y obligaciones, sino que ha sido el fundamento jurídico y el impulso teórico de los postulados regionalistas y unionistas, cuyos objetivos trascendieron los límites de los intereses económicos y comerciales para encuadrarse –al menos en lo teórico- en un modelo de integración multidimensional que abarca lo económico, político, social y cultural. El Tratado de Asunción se presenta, en este sentido, como el germen fundacional del Mercosur.

Palabras clave Mercosur, integración, Tratado de Asunción, modelo social, dimensiones

Abstract In this article we will take a tour of the main dimensions arising from the Treaty of Asunción, which have been unfolding in its thirty years of existence. We note that the Treaty has not been a simple agreement between parties triggering rights and obligations, but rather that it has been the legal basis for and the theoretical drive of the regionalist and unionist postulates whose objectives went beyond the limits of economic and commercial interests to fit - at least theoretically - into a multidimensional integration model encompassing economic, political, social and cultural aspects. As such, the Treaty of Asunción is presented as the founding seed for Mercosur.

Keywords: Mercosur, integration, Treaty of Asunción, social model, dimensions

Cómo citar este artículo: Bogado Bordazar, L. L. (2021). Un recorrido por los 30 años de vigencia del Tratado de Asunción y su reflejo en la construcción del proceso de integración regional del Mercosur. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), 026. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe026>

1. Introducción

En marzo de 2021 se celebraron los 30 años de la firma del Tratado de Asunción lo que significó un hito importante para nuestro proceso de integración. Muchas son las reflexiones que podemos realizar sobre este período si prestamos atención a los debates que se han planteado sobre los alcances de la norma, el impacto de la gesta integracionista en la región y los beneficios/perjuicios de pertenecer al bloque, entre otros. El recorrido histórico ha sido muy dinámico, porque la vida de los tratados así lo es. En el presente artículo haremos un recorrido por esa historia plagada de proyectos, trayectorias y discusiones que reflejan de alguna manera las principales características de nuestras sociedades que se han cristalizado en un tratado, considerado el punta pie inicial de un proceso de integración que lleva tres décadas de existencia muy dinámica.

El primer éxito entonces estuvo marcado por la concreción de una idea, de una política y de un proyecto que durante décadas fue pensado y diseñado estratégicamente por dirigentes políticos, sindicalistas, representantes de diversos sectores de la sociedad civil, diplomáticos, funcionarios, pensadores y académicos¹ que apostaron a la integración y a concretar agendas pendientes entre los países del Cono Sur de América del Sur. Agenda de integración que, como sabemos, tuvo sus antecedentes remotos en el Pacto de No Agresión, Consulta y Arbitraje ratificado en 1915 entre Argentina, Brasil y Chile (Pacto ABC), el cual se había planteado entre sus objetivos, generar una política de equilibrio de poder regional entre los socios (Pávez, 2017) y que tuvo su intento de reedición en la década del 50 con los mismos protagonistas e igualmente escaso de éxito. Con posterioridad los antecedentes los encontramos en los tratados de la década de 1960² primero y de 1980³ después, fundamentados ambos en las alianzas integracionistas y desarrollistas propuestas por la Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) de las Naciones Unidas, que se plasmaron en fuentes escritas del derecho internacional público contemporáneo.

No obstante, los proyectos conjuntos entre los países de la sub región, han tenido otros abordajes. No podemos dejar de mencionar en este sentido, la celebración en 1969 del Tratado de la Cuenca del Río de La Plata, que reúne a los siguientes países: Argentina, Brasil, Bolivia, Paraguay y Uruguay y que ha impulsado desde sus orígenes la gestión conjunta y cooperativa de dicho recurso hídrico, lo cual significa –en términos estratégicos- un punto sustancial para la consolidación de la integración regional en el Cono Sur en lo referente al uso compartido de la Cuenca internacional⁴ (Caetano Hargain, 2009).

Asimismo, y a partir de la creación de la Asociación Latinoamericana de Integración –ALADI- (1980) los países de la sub región celebraron sendos acuerdos bilaterales que implicaron un avance importante hacia la concreción del Mercosur. A modo de ejemplo citamos el Acuerdo de Alcance Parcial No. 1 celebrado entre Argentina y Uruguay (1982) que implicó la adecuación del Convenio de Cooperación Económica que había sido suscrito entre ambos actores en 1974. Este acuerdo tenía por objetivos –entre otros- intensificar y diversificar al grado máximo posible el comercio recíproco entre ambos países, coordinar actividades industriales,

¹ Para profundizar en los antecedentes filosóficos remotos de la integración regional sudamericana ver: Simonoff, A. (2014). *Pensadores del Cono Sur. Los aportes de Jaguaribe, Methol Ferré, Puig y Tomassini a las Relaciones Internacionales*. Documento de Trabajo No. 8 Instituto de Relaciones Internacionales (IRI-UNLP). https://www.iri.edu.ar/images/Documentos/documentos/doc_trab_8.pdf

² El Tratado de Montevideo de 1960 dio origen a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC).

³ El Tratado de Montevideo de 1980 fue el creador de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

⁴ Cabe mencionar que la Cuenca del Río de La Plata es la cuenca hidrográfica más rica en agua dulce del mundo y una de las zonas más fértiles. Abarca distintos porcentajes de la superficie de cinco países, existen 57 ciudades con más de 100.000 habitantes, incluyendo cuatro de las capitales de los cinco países que la componen (sólo La Paz queda fuera de su órbita). Posee una extensa red navegable y un muy importante potencial hidroeléctrico. La extensión geográfica que abarca la cuenca equivale a un sexto del territorio latinoamericano o a un tercio de Europa (Caetano Hargain, 2009).

estimular las inversiones dirigidas al aprovechamiento de los mercados y facilitar la creación y funcionamiento de empresas binacionales (artículo 1). En este sentido, los países acordaron un programa de liberación de gravámenes arancelarios y demás restricciones a la circulación y un régimen de origen, así como también un esquema de coordinación de políticas comerciales, de planificación y acciones conjuntas en materia de infraestructura para solucionar problemas que incidan negativamente en el proceso de integración (artículo 21). O el Acuerdo de Alcance parcial N° 7 (1986) celebrado entre Argentina y Brasil y luego reemplazado por el Acuerdo No. 14 de 1990 (ACE 14)⁵.

Con mayor o menor intensidad las décadas previas a la firma del Tratado de Asunción estuvieron impregnadas de una riqueza de pensamiento regionalista bastante diverso, tendiente a armar un esquema progresivo de integración, lo cual fue generando distintos procesos y acuerdos a lo largo y a lo ancho de América Latina.

Para realizar el recorrido de los treinta años de vigencia del Tratado de Asunción proponemos la siguiente metodología: (i) en primer lugar, analizar los antecedentes inmediatos del Tratado con el objetivo de identificar las características que tuvo la transición integracionista y las “huellas” que fueron dejando hasta la firma del mismo. (ii) En segundo lugar, a partir de 1991 nos detendremos en las distintas dimensiones de la integración que se desplegaron a partir de la firma del Tratado de Asunción. Este análisis tendrá en cuenta, por un lado, los ejes centrales plasmados en el mencionado acuerdo así como también los que surgieron en forma indirecta con posterioridad y, por otro, la influencia del devenir social político y económico de los distintos países que componen el bloque y de los vaivenes de la política internacional. (iii) Por último, haremos algunas reflexiones sobre la historia del Tratado y en definitiva del objetivo principal del tratado que fue el de generar un proceso de integración regional.

2. El intenso recorrido hasta la firma del Tratado de Asunción

La Declaración de Foz de Iguazú –también denominada Acta de Foz de Iguazú– firmada el 30 de noviembre de 1985 en la ciudad brasileña del mismo nombre, por el presidente argentino Raúl Alfonsín y su par brasileño José Sarney, fue el acuerdo político más importante realizado entre los dos países y se lo reconoce como el antecedente inmediato del Mercosur. En esta Declaración se acuerda la creación de una Comisión Mixta de Alto Nivel para la Integración que definiría las bases para la formulación del futuro espacio de complementación regional y el diseño de la modalidad de desarrollo del proceso.

Para entender el trabajo que se le había encargado a esa Comisión es necesario recordar el contexto latinoamericano, marcado por una deuda externa muy elevada, dependencia de mercados externos, falta de créditos para la producción, pobreza, altos niveles de desempleo y la consecuente desigualdad en la distribución de la riqueza. Tanto Argentina como Brasil habían iniciado un proceso de construcción democrática dejando atrás violentas dictaduras que generaron todos los males mencionados. Ambos países se enfrentaban a situaciones de crisis económicas y sociales que los impulsaba necesariamente a reorientar sus economías y también sus modelos de desarrollo, con lo cual podemos afirmar que el acercamiento bilateral propició la construcción de una integración política profunda, que trascendió a la idea comercial y modificó la tradicional visión de competencia y conflicto entre Brasil y Argentina, dando paso a la cooperación (Acta de Foz de Iguazú, 1985).

En el marco del programa establecido en el Acta de Foz de Iguazú, se aprobaron diversos convenios que suscribieron al modelo amplio de integración incorporando a la agenda bilateral temáticas como: estímulo a la complementación de los sectores empresariales, modernización tecnológica y una armonización progresiva de políticas económicas (Acta de Buenos Aires, 1986). Con este enfoque en 1988 se firmó el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo, que tenía por objetivo la eliminación de todos los obstáculos tarifarios

⁵ Este acuerdo planteaba objetivos estratégicos a largo plazo: facilitar las condiciones necesarias para el establecimiento del mercado común entre ambos países; promover la complementación económica, en especial la industrial y tecnológica, con el fin de optimizar la movilidad de los factores de la producción y estimular las inversiones para el óptimo aprovechamiento de los mercados y de la capacidad competitiva de ambos países en corrientes de intercambio regional y mundial.

y no tarifarios al comercio de bienes y servicios y la armonización de políticas macroeconómicas. Y un año después (1989) comenzó a cobrar importancia la idea de la integración planteada en términos regionales, produciéndose el acercamiento con el gobierno de Uruguay, dando inicio al proceso de integración tripartito que se regiría por los principios de gradualismo, flexibilidad y equilibrio, propio del cambio de modelo que rigió en América Latina en el marco de la ALADI (a partir de 1980).

El año 1990 comenzó siendo un año de cambios de coyunturas políticas regionales e internacionales que impactaron sensiblemente en el paradigma de la integración, de modo tal que en el Acta de Buenos Aires los presidentes de Argentina, Carlos S. Menem y de Brasil, Fernando Collor de Mello, modificaron las pautas del tratado de 1988 (restringiéndolas a lo comercial e intergubernamental) y acordaron “establecer un Mercado Común entre Argentina y Brasil, que debería quedar conformado el 31 de diciembre de 1994”, fórmula que se plasmó intacta en el posterior Tratado de Asunción. En este sentido, no podemos negar el viraje de este “nuevo” modelo de integración de corte más comercialista que se diferenciaba del anterior (desarrollista).

Ahora bien, como ha sido analizado por varios autores (Caetano, 2009, 2021; Botto, 2015; Briceño Ruiz, 2015; Bogado Bordazar, 2020), los antecedentes del tratado de Asunción demostraron amplia vocación integracionista y se basaron en el concepto teórico de regionalismo, el cual implica la reunión de un limitado número de Estados ligados geográficamente y con un alto grado de interdependencia entre ellos. También puede ser entendido como un subsistema del sistema internacional. Esta región se caracteriza por su proximidad geográfica, su interrelación económica y social y por su homogeneidad (en el caso de América Latina sería compartir una historia común, lenguaje y costumbre similares, entre otros) (Oyarzún Serrano, 2008). A esta idea se le suma el concepto de cooperación multidimensional que ya había sido acuñado por los distintos estados desde las primeras décadas de la integración. Afirmamos entonces que el integracionismo no se agotó en la variable económica, por el contrario, se orientó hacia la regulación de distintos aspectos de la vida de la región y a la conformación de alianzas y agrupamientos voluntarios de Estados.

3. 1991: año clave

Hasta acá hemos analizado los años previos al inicio de la vida del tratado de Asunción, en los cuales –como vimos– se desarrollaron varias iniciativas bilaterales de integración que se plasmaron luego en el espíritu mismo del tratado. Sin embargo, en 1991 se profundizaron los cambios coyunturales económicos y políticos y de paradigmas en la región y en el sistema internacional, los cuales también se vieron reflejados en la toma de decisiones y en la composición orgánica del primer esquema de Mercosur, “que apostaba fundamentalmente a objetivos comerciales, con una institucionalidad intergubernamentalista y de baja intensidad que le eran funcionales a los estados” (Caetano Hargain, 2021). Con estas bases se sumaron al encuentro bilateral de Argentina y Brasil, los dos países menores del Mercosur: Uruguay y Paraguay, conformando el bloque con una impronta que se distanciaba bastante de la idea original desarrollista que se había plasmado en el Acta de Foz de Iguazú.

La euforia que imperaba en los sectores de la “alta política”, en los ministerios de economía y en los cuerpos diplomáticos de las cancillerías en los meses previos a la firma del Tratado, revelaba la intensidad que habían tenido las discusiones, intercambios y negociaciones generadas para llegar a esa instancia. Vale recordar que fue muy escasa la participación en el proceso preparativo que tuvieron los sectores académicos de los diferentes estados, lo cual refuerza la idea de que en la toma de decisiones estratégicas y que comprometen el futuro de las sociedades, participan grupos restringidos de poder, con parciales análisis de causas y efectos y restringida planificación a mediano y largo plazo.

Sin embargo, en la relectura de los objetivos del Tratado advertimos que determinados sectores no pudieron abandonar la idea de la integración regional como proyecto de desarrollo conjunto, y en este sentido, en los considerandos del texto se estableció que: “la ampliación de las dimensiones de los mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social”. Lo cual implicaba –entre otras cuestiones– “que ese objetivo se alcanzaría mediante

el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio”. Pero además se pensó a la integración como una respuesta adecuada a la evolución de los acontecimientos internacionales, teniendo en cuenta la existencia de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para los países integrantes. Esto último lo vamos a ver claramente en la dimensión sobre el relacionamiento externo del Mercosur.

De manera tal que el Tratado de Asunción se redactó fusionando los objetivos antes descriptos y los postulados de la teoría de la integración económica, con lo cual se acordó ya en sus primeras líneas la conformación de un mercado común y se definieron sus implicancias (libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países; establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados y la coordinación de posiciones en foros económico comerciales regionales e internacionales; la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales y; el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones internas para fortalecer el proceso de integración)⁶.

Los Estados establecieron en el mismo Tratado que las medidas descriptas (artículo 1) debían consolidarse en diciembre de 1994, habilitando de esta manera un período de transición que desde el inicio se consideró muy ambicioso y difícil de cumplir. Sin embargo, los Estados Partes acordaron, poner en marcha diversos mecanismos de integración como: el Régimen General de Origen, el Sistema de Solución de Controversias, las Cláusulas de Salvaguardia, un Programa de Liberalización Comercial y la Coordinación de Políticas Macroeconómicas, así como también el establecimiento de un Arancel Externo Común (AEC). Todos estos mecanismos fueron implementados en textos anexos al Tratado y fueron consideradas medidas necesarias para avanzar hacia la conformación de la unión aduanera primero y del mercado común con posterioridad. Muchos de los cuales fueron efectivamente implementados, como veremos posteriormente.

4. El Tratado de Asunción y el despliegue de sus múltiples dimensiones

En este apartado proponemos un recorrido por las múltiples dimensiones que fueron surgiendo a partir de los postulados del Tratado de Asunción a lo largo de los treinta años de historia y que, a nuestro criterio, refuerzan la idea de que la integración regional no se ha agotado en la variable económica y comercial, siendo éste el fundamento de su perdurabilidad.

a. La dimensión comercial

Sin perjuicio de lo afirmado en el párrafo anterior, el primer objetivo plasmado en el Tratado fue “ampliar la dimensión de los mercados nacionales”⁷ a través de la integración regional, lo cual implicaba, la conformación del mercado común y la consecuente eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías (artículo 1). Por lo tanto, la inmediata implementación de estas medidas –muchas de las cuales ya habían sido desarrolladas en otros mecanismos bilaterales de la ALADI– dinamizaron rápidamente los intercambios de bienes y servicios en la región, logrando el crecimiento productivo de los mercados y generando algunos proyectos conjuntos.

Asimismo, en el período de transición (1991-1994) se fueron aprobando normas, definiendo cronogramas y creando grupos de trabajo para agilizar el andamiaje del mercado común. En 1992 se firmó el primer cronograma de medidas que debían adoptarse según lo establecido en el Tratado de Asunción para constituir el mercado común al 31 de diciembre de 1994, conocido como: Cronograma de Las leñas⁸. En esta norma se

⁶ Artículo 1 Tratado de Asunción.

⁷ Surge del considerando del Tratado de Asunción.

⁸ Decisión CMC 01/92

definieron los primeros subgrupos de trabajo que se encargaron de abordar las diferentes temáticas y gestionar las medidas acordes a los fines arriba enunciados. Los grupos de trabajo fueron: asuntos comerciales, asuntos aduaneros, políticas fiscal y monetaria, normas técnicas, transporte terrestre, transporte marítimo, política industrial y tecnológica, política agrícola, política energética, coordinación de políticas macroeconómicas, relaciones laborales, empleo y seguridad social.

Concretamente en el área comercial el Tratado de Asunción definió al “mercado común” (artículo 1) y además estableció el compromiso de avanzar en cuatro frentes durante el período de transición: el del libre comercio irrestricto, el del arancel externo común⁹, el de la coordinación macro-económica y el de los acuerdos sectoriales¹⁰. Es importante recordar que al finalizar el período de transición (1994) se celebró el Protocolo de Ouro Preto (POP), el cual si bien significó una continuidad de los objetivos planteados en el Tratado de Asunción introdujo algunas modificaciones, fundamentalmente en lo que tuvo que ver con la extensión de plazos para el perfeccionamiento del programa de liberación comercial (en especial para el sector azucarero y automotriz), el cual como mencionamos anteriormente, se había planteado como extremadamente ambicioso. Además del arancel externo común (con sus listas de excepciones) se tomaron otras medidas: se disciplinaron los incentivos a las exportaciones¹¹; se previeron otras medidas para las políticas públicas que distorsionen la competitividad; se aprobó el régimen de origen¹²; se definieron pautas para un régimen de defensa de la competencia y se aprobó el código Aduanero del Mercosur, el cual, hasta la fecha, nunca entró en vigencia. El principal problema es que algunas de estas medidas fueron de cumplimiento restringido o nunca fueron adoptadas (Peña, 2006).

Otra cuestión importante que se definió en Ouro Preto –para armonizar los posibles conflictos normativos– fue la derogación de todas las disposiciones del Tratado de Asunción que fueran contrarias a aquella norma y al contenido de las Decisiones aprobadas por el Consejo del Mercado Común durante el período de transición (artículo 53 POP).

Como se dijo anteriormente, en los primeros años de la integración hubo un aumento significativo de los intercambios comerciales entre los cuatro socios del Mercosur, al punto que el comercio intrazona presentó una tasa de expansión anual superior al 26% en el período 1991-1997 y recién comenzó a registrar su primera caída en el segundo semestre de 1998. Esto se produjo tras varios hechos internacionales que impactaron negativamente en la región, podemos mencionar: la reducción del precio de los commodities, las crisis financieras y cambiarias del Sudeste Asiático y la de Rusia y, posteriormente la devaluación de Brasil (BID-INTAL, 1999), todo lo cual además puso de manifiesto varias inconsistencias del sistema normativo e institucional, que no se adecuaban a la necesaria evolución del proceso de integración y en definitiva a los objetivos dinámicos establecidos en el propio Tratado de Asunción.

b. La dimensión institucional

Sobre esta dimensión lo primero que tenemos que mencionar es que el Tratado de Asunción legitimó el modelo intergubernamental¹³ de conformación institucional, el cual se ha mantenido básicamente durante los

⁹ De los cuatro ejes mencionados el que se logró plenamente en el período de transición fue el del establecimiento del arancel externo común, al cual posteriormente se le incluyen determinadas listas de excepciones.

¹⁰ Decisión CMC 03/91.

¹¹ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 10/94: Armonización para la aplicación y utilización de incentivos a las exportaciones por parte de los países integrantes del Mercosur.

¹² MERCOSUR/CMC/DEC. N° 06/94: Régimen de Origen Mercosur. En función de esta Decisión se aprueba el reglamento correspondiente al régimen de origen.

¹³ Lo cual surge de los artículos 9 a 16 del Tratado de Asunción y posteriormente ampliado por el Protocolo de Ouro Preto (1994) al definir la estructura institucional del bloque, su composición y su sistema de adopción de normas.

treinta años de existencia del bloque. En este sentido, reconocemos la importancia que tiene el tema ya que todas las acciones emanadas del Mercosur recaen o están afectadas por las diferentes instituciones. De hecho las reformas y la creación de órganos nuevos fue una constante en todo el proceso y el debate entre otorgarle más o menos autonomía también estuvo siempre presente. La “supranacionalidad”, entendida como cesión de soberanía a los órganos comunitarios, fue otro de los conceptos recurrentes en la reforma institucional pero nunca abordado seriamente por los gobiernos de los socios del bloque. De hecho, las pocas referencias a órganos a los cuales se les había otorgado cierta autonomía institucional, como el Alto Representante General del Mercosur, la Comisión de Representantes Permanentes (CRPM)¹⁴ o los funcionarios técnicos de la Secretaría del Mercosur o fueron disueltos (como el caso del Alto Representante General¹⁵) o limitados en sus actividades (CRPM y Secretaría).

La estructura orgánica inicial (que emana del Tratado de Asunción) se encargó básicamente de sancionar las normas que le dieron forma al período de transición (1991-1994) y fue modificada por el Protocolo de Ouro Preto en el año 1994. El diseño establecido por el POP reflejó una continuidad política e ideológica del período anterior, es decir con la elección de un modelo de integración mercantilista, basado en un sistema institucional intergubernamental que mantenía la concentración de la toma de decisiones en los poderes ejecutivos nacionales y en particular en determinadas agencias de los gobiernos nacionales (Caetano Hargain, 2009), lo cual se reflejó en el mencionado Protocolo. La toma de decisiones continúa realizándose en todos los casos por consenso y con la presencia de todos los Estados partes –en este punto no hubieron modificaciones en relación al Tratado de Asunción. Sin embargo surgieron algunas instituciones nuevas que fueron demandadas por la propia evolución del proceso de integración, de manera tal que a los órganos con capacidad decisoria (Consejo Mercado Común–CMC y Grupo Mercado Común –GMC¹⁶) se le sumó la Comisión de Comercio (CCM) y se crearon órganos nuevos sin capacidad de decisión: (i) el Foro Consultivo Económico y Social (FCES), de carácter privado y autónomo que pasa a integrar la estructura institucional del bloque y representa a los sectores económicos y sociales y está integrado por organizaciones empresariales, sindicatos y tercer sector. (ii) A través de este Protocolo se renuevan la Secretaría del Mercosur y la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), la cual desde su creación en el Tratado de Asunción fue el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados partes y se le encargó la tarea de ser el nexo entre los poderes legislativos y ejecutivos de los Estados partes con el objetivo de “facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común” (artículo 24). Actualmente la CPC ha sido sustituida por el Parlamento del Mercosur (Parlasur), órgano que representa la pluralidad ideológica y política de los pueblos de los países miembros, creado el 9 de diciembre de 2005. Es el primer órgano del bloque en el que se toman decisiones sin necesidad de que sean adoptadas por unanimidad o consenso.

Es indudable que el Parlasur es una herramienta sustancial en la institucionalidad del bloque, pues los objetivos plasmados en su Protocolo de creación¹⁷ se enfocaron en la participación ciudadana y en la democratización del proceso de integración. Pero a la vez se le presentaron desafíos importantes y uno de ellos radica en la necesidad de adquirir liderazgo institucional, con el doble propósito de poner fin al esquema de composición casi exclusivamente intergubernamental de los órganos del Mercosur y en segundo lugar, para que pueda ejercer las funciones propias de un parlamento regional: crear legislación comunitaria. Para esta tarea tendrá que sensibilizar a la ciudadanía, de manera tal de comprometer su participación activa en dicho proceso, ya que, hasta el momento esta función no está contemplada. Por otro lado, su principal labor consiste

¹⁴ Como se desprende del Tratado de Asunción (luego confirmado en el Protocolo de Ouro Preto) los órganos con capacidad decisoria del Mercosur también están legitimados para crear y suprimir órganos nuevos y reformar las instituciones.

¹⁵ Por Decisión CMC No. 63/10 se había creado el cargo de Alto Representante General del Mercosur, como órgano del CMC, con las siguientes funciones: presentar propuestas vinculadas al proceso de integración; asesorar al CMC; coordinar los trabajos relativos al Plan de Acción para el Estatuto de ciudadanía del Mercosur; representar al Mercosur por mandato expreso del CMC; mantener diálogo con otros órganos del bloque; participar en misiones de observación electorales solicitadas por el Mercosur; entre otras. Y por Decisión CMC No. 05/17 fue suprimido el cargo.

¹⁶ Estos dos órganos ya habían sido contemplados en el Tratado de Asunción (1991).

¹⁷ Decisión CMC/23/2005, Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR.

en fomentar la aprobación de la normativa Mercosur en los parlamentos internos de los Estados Partes y realizar el “control” sobre los otros órganos del bloque. Funciones que en algunos momentos se han visto muy limitadas y que fueron heredadas del propio Tratado de Asunción.

Podríamos afirmar que en el transcurso de los años se fueron atendiendo a los diferentes déficits institucionales, sin embargo las dificultades y carencias se manifestaron en la credibilidad hacia las mismas. El problema en el Mercosur no es la falta de instituciones, sino la ausencia de convergencia que existe entre ellas, lo que deriva necesariamente en la desorganización de la normativa institucional. Como es sabido, la metodología aprobada para sancionar normas primarias y secundarias no ha sido eficiente y ha generado un sinnúmero de normativas y reglamentaciones muchas de las cuales no son aplicadas por los Estados o lo hacen en forma deficiente, lo cual genera las consecuentes controversias difíciles de resolver y un desarrollo normativo caótico (BID-INTAL, 2004). Esta carencia se arrastra desde el Tratado de Asunción. En varias oportunidades se ha pensado en una reforma institucional integral del Mercosur que contemple los diferentes déficits mencionados, sin embargo el freno se ha ubicado siempre en el mismo lugar: la decisión política de otorgar mayor autonomía decisoria a los órganos del Mercosur y a la vez reglamentar, es decir definir y acordar regionalmente, el valor jurídico y la obligatoriedad que tendrán las normas emanadas de esos órganos en todos los Estados por igual¹⁸. Hasta que ambas cosas no ocurran seguirá siendo compleja la profundización y evolución del proceso de integración como tal y la integral aplicación del Tratado de Asunción.

c. La dimensión de la solución de controversias

Como esbozamos en el apartado anterior una de las dificultades recurrentes que se presentaron en todos estos años de integración han sido los diferentes conflictos devenidos del programa de liberalización comercial y de la aplicación de reglas de origen¹⁹ y por ende, la consecuente solución de las controversias. En este sentido, ya el Tratado de Asunción en su Anexo (III) había estructurado una primera versión provisoria. La misma fue rápidamente revisada en el Protocolo de Brasilia de 1991, complementada en el Protocolo de Ouro Preto (1994) y finalmente redefinida en el Protocolo de Olivos (2002)²⁰, el cual organiza todo el procedimiento y crea el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPRM)²¹. De esta manera la actividad de los tribunales arbitrales Ad hoc (creados en el Protocolo de Brasilia), se complementan con un Tribunal Permanente, generando –entre otras innovaciones– la posibilidad de revisión de los laudos emitidos por los tribunales Ad hoc, una vez que se sometan al TPRM.

Destacamos la innovación de haberle otorgado al TPRM la doble competencia contenciosa, pues atiende reclamos efectuados por los Estados y particulares realizados contra un Estado miembro del bloque por incumplimiento de las normas del Mercosur y también la competencia consultiva, a la cual pueden recurrir los demás órganos del bloque. Sin perjuicio de la existencia de este sistema de solución de controversias, es necesario mencionar que se ha recurrido muy poco al mismo, ya que los Estados en general han preferido utilizar mecanismos informales y/o diplomáticos y no judiciales para solucionar sus diferencias comerciales, lo cual provoca escasa credibilidad en el sistema y en sus instituciones. Esta idea se desprende del perfil presidencialista que ha caracterizado a los diferentes gobiernos de la sub región y también es producto del carácter intergubernamental del sistema institucional surgido de Asunción.

¹⁸ Las constituciones nacionales de los países miembros del Mercosur, no tienen definido con claridad el status jurídico de las normas obligatorias dictadas por los organismos decisorios del bloque, ni sus condiciones de validez interna en cada estado. En la práctica cada país ha elaborado procedimientos que permitan una rápida incorporación de las normas del Mercosur como derecho interno. Esto nos lleva a sostener que el derecho “mercosureño” no tenga aún la condición de derecho comunitario.

¹⁹ Que surgen del objetivo de integración económica del Tratado de Asunción.

²⁰ En el año 2000 el Consejo del Mercado Común (CMC) creó un Grupo de Alto Nivel (GAN) para que estudie las dificultades del sistema de solución de controversias vigente y eventualmente elabore un proyecto. Sobre la base de ese proyecto se firmó en febrero de 2002 el Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias creando el Tribunal Permanente de Revisión (TPRM).

²¹ El CMC aprobó su reglamento en el año 2003, en el año 2004 el mismo quedó constituido, para iniciar sus actividades el 18 de agosto de 2004. Su sede se encuentra en Asunción.

d. La dimensión democrática

El compromiso con la democracia fue uno de los fundamentos que estuvo presente en el Mercosur desde sus inicios. Fue a partir de que los cuatro países del bloque retomaran los caminos democráticos que se pudo dar lugar a este “encuentro”. Antes –con los gobiernos ilegítimos– habría sido imposible. Podemos afirmar entonces que el tema fue abordado como una constante e incorporado al plexo normativo del Mercosur desde los orígenes, constituyendo la variable democrática un requisito incuestionable e irrenunciable en el proceso de integración. En el Tratado de Asunción no está expresamente definida esta dimensión, sin embargo se desprende de los considerandos del mismo cuando expresa por ejemplo que: “la ampliación de las actuales condiciones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social” o “el presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina”. Todo lo cual puede ser posible únicamente en el marco de gobiernos democráticos.

El déficit que presentaba el Tratado de Asunción en este sentido se vio complementado básicamente en dos instrumentos: (i) el Protocolo sobre compromiso democrático del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile (firmado en Ushuaia en 1998), el cual establece en su artículo 1: “la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo de los procesos de integración entre los Estados Parte” y continúa más adelante diciendo que los Estados promoverán las consultas pertinentes entre sí y con el Estado afectado y considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Dichas medidas abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos de los respectivos procesos de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes de esos procesos (artículos 4 y 5). (ii) Por otro lado, el Protocolo adicional sobre compromiso con la democracia firmado en Montevideo (2011), contiene normas fundamentales para la preservación del orden democrático en los países miembros. Señala que sus disposiciones se aplicarán “en caso de ruptura o amenaza del orden democrático” en un Estado Parte y detalla cuales son los procedimientos aplicables, tales como las consultas y gestiones que se promoverán entre los miembros del bloque y el país afectado con vistas a buscar el restablecimiento del orden democrático, hasta el cierre total o parcial de fronteras, limitar el tráfico aéreo y marítimo, las comunicaciones, la provisión de energía, servicios y suministros, estableciendo asimismo la posibilidad de adoptar sanciones políticas y diplomáticas adicionales (Art. 6).

En referencia a la aplicación de estos protocolos, recordamos que el año 2012 para el Mercosur fue uno de los años más complejos políticamente por la suspensión de Paraguay de su participación en los órganos decisorios del bloque, tras el golpe institucional o parlamentario contra el Presidente Fernando Lugo, quien fue sometido a juicio político tras la masacre de Curuguaty. Situación que fue revertida al año siguiente luego de que se realizaron elecciones democráticas en el país. Asimismo, cabe destacar que en el año 2017 se suspendió a Venezuela en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del Mercosur, tras las consultas realizadas entre los Cancilleres de los Estados Partes (artículo 5° del Protocolo de Ushuaia). Ahora bien, así como afirmamos que es incuestionable que nuestro proceso de integración se fundamente en el compromiso democrático, en oportunidades esta condición no ha sido discutida, lo que ha revelado situaciones de falta de compromiso manifiesto con la “democracia declarada”. A modo de ejemplo mencionamos el caso del controvertido *impeachment* realizado a la ex presidenta de Brasil, Dilma Rousseff (2016) o el golpe de estado contra el presidente de Bolivia, Evo Morales en 2018, oportunidades en las cuales las manifestaciones de los socios han sido ambiguas y los instrumentos jurídicos con los que cuenta el bloque no fueron aplicados.

El Mercosur no ha sido ajeno a la crisis que atraviesa la democracia –como sistema político– en toda la región latinoamericana. En América latina se ha reflejado en los últimos años una insatisfacción muy amplia con la democracia. En este sentido, mencionamos el último informe de Latinobarómetro (2018), el cual concluye que; “la crisis de la democracia se refleja muy bien en este indicador de desempeño donde aumentan de un 51% en 2008 a 71% en 2018 los insatisfechos, una década de disminución constante y continua de satisfacción con la democracia”. A modo de ejemplo; Brasil fue uno de los países de la región del Mercosur donde más se redujo la satisfacción con la democracia, solo el 9% estaría satisfecho, asimismo, sólo el 34%

la apoya y el 41% es indiferente hacia ella. A su vez es un país donde un 73% de ciudadanos no vota por partido, sino que se inclinaría por elegir un candidato que se ubica afuera del establishment rompiendo con todo lo establecido, siendo este fenómeno de larga data en el país (Latinobarómetro, 2018).

e. La dimensión social y solidaria

Como dijimos, los procesos de integración regionales no se agotan en la variable económica, sino que regulan distintos aspectos de la vida de la región. En este sentido, es importante mencionar que los Estados del Mercosur en algún momento tuvieron la voluntad de rebasar la fase de libre comercio (modelo economicista) que imperaba en el Tratado de Asunción, para profundizar otra dimensión: la social. Para autores como Helio Jaguaribe (1967, citado en Lorenzini, 2014), la dimensión política y social, toma en consideración el grado de integración sociocultural, el nivel moral y educacional de la población: la forma en la que se vinculan las distintas clases sociales, la participación y el nivel de representatividad social en el sistema político, el acceso a los servicios públicos básicos como la educación y la salud, entre los más relevantes. Pero afirma que todos los niveles deben estar vinculados entre sí para lograr el desarrollo multidimensional de la sociedad (Jaguaribe, 1967, citado en Lorenzini, 2014). De manera tal que para alcanzar este nivel “superior” de integración, los Estados han tenido que generar nuevas estrategias e incorporar temas y sustentarlos en instrumentos jurídicos, que no habían sido antes analizados en la agenda de integración.

La participación de varios sectores de la sociedad civil en el proceso de integración impactó en la promoción del modelo social del Mercosur, a la vez que los órganos del bloque concentraron sus estrategias hacia la creación de nuevas estructuras, marcos teóricos y estrategias de diálogo que fueron dando cabida a estos grupos y a los nuevos temas. A modo de ejemplo podemos mencionar la creación del Instituto Social del Mercosur (ISM), desde donde se elaboró un documento denominado la “Dimensión social del Mercosur, Marco conceptual” o la Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social del Mercosur y Estados Asociados (RMADS), que elaboró la “Declaración de Principios del Mercosur Social”. Desde ambos órganos se comenzó a discutir el concepto de “ciudadanía” asociado a la idea de “participación real” del individuo y de los grupos sociales en las esferas regionales, con la necesidad de dotar de legitimidad al proceso de integración y generar una “identidad regional” (ISM, 2012):

(...) el Mercosur debe ser un espacio donde converjan las demandas de una ciudadanía cada vez más participativa, más consciente de sus derechos, deberes y obligaciones, pero por sobre todas las cosas, consciente de su pertenencia al espacio mayor de contención, conformando la conciencia regional que el proceso de integración demanda en esta instancia (Declaración de Principios del Mercosur Social, 2007).

Asimismo, en la práctica también se realizaron manifestaciones desde los diferentes ámbitos de reunión del bloque a favor de la profundización de la dimensión social, a saber:

(...) todos los Estados Miembros y Asociados del Mercosur estamos comprometidos en la tarea ineludible de forjar un presente de dignidad para nuestros pueblos. Los diversos Planes y Programas que atienden las condiciones en que se hallan - aún hoy - miles de ciudadanos y ciudadanas, corroboran el sentido de una renovada práctica institucional que coloca el acento en la impostergable función de integración social a través de múltiples modalidades y dispositivos de asistencia pública y promoción social”²².

Ahora bien, la construcción teórica del “Mercosur social” que puso el acento en la profundización de la integración regional y el cambio de paradigma en los distintos países sobre cómo abordar “la cuestión social”, dio como resultado la aprobación de normas, de planes y programas sociales que comenzaron a diseñarse a partir de los primeros años del nuevo milenio. Son varios los autores que coinciden en que hubo un verdadero

²² Declaración de Principios del Mercosur Social (RMADS) de 2007. Cabe destacar que el Tratado de Asunción (artículo 12) prevé la posibilidad de que el Consejo Mercado Común, órgano político del bloque, invite a participar de las reuniones a otros ministros o autoridades de nivel ministerial, lo cual se realizó desde el principio y fue generando una participación amplia de otros sectores gubernamentales.

cambio de época en la región y sobre todo en la relación entre Brasil y Argentina (Gomez Saraiva, 2012; Simonoff, 2009; Merino, 2018; Actis, 2016; Miranda, 2015) y sin duda la novedad, en materia política, fue la puesta en marcha de un nuevo enfoque denominado “solidaridad regional” que se tradujo en la consolidación del modelo social de integración del Mercosur, que incluyó en la agenda regional proyectos como el Fondo de Convergencia Estructural del Mercosur (FOCEM), libre circulación de personas, estatuto de ciudadanía y agricultura familiar, entre otros (Bogado Bordazar, 2021).

Podemos afirmar entonces que los fundamentos del Tratado de Asunción se despliegan en esta etapa para profundizar el regionalismo y el desarrollo. Esto fue posible a partir de las prerrogativas que tanto el Tratado de Asunción como el Protocolo de Ouro Preto le asignaron al Consejo Mercado Común como órgano político y coordinador del desarrollo del proceso de integración. En este sentido hemos visto como se construyó el espacio de las Cumbres Sociales del Mercosur que reunió desde el año 2006 a más de 500 Organizaciones No Gubernamentales (ONG) de todos los países del bloque y que, organizadamente llevaron propuestas a la Cumbre del CMC. Se reconoce el amplio alcance de estos espacios de carácter pluriparticipativos que contribuyen a afianzar la constante necesidad de diálogo con los sectores y movimientos sociales para la construcción de un Mercosur más amplio²³.

Asimismo, se ha abordado la cuestión migratoria a través del paradigma del “desarrollo” y se avanzó en la elaboración de políticas migratorias regionales con el objetivo último de generar un espacio de libre circulación de personas intrarregional con un alto estándar de protección de los derechos humanos²⁴ de los migrantes, ponderando a la migración como un derecho humano y reconociendo la sinergia entre el nivel sudamericano y subregional (Bogado Bordazar, 2021). Estas políticas comenzaron a construirse a través de los diálogos interinstitucionales en el Foro Especializado Migratorio del Mercosur (FEM) y posteriormente con la aprobación de los Acuerdos de Residencia del Mercosur y Estados Asociados (2002). En la misma línea se aprobaron programas como el Estatuto de Ciudadanía del Mercosur²⁵ con el fin de profundizar la dimensión ciudadana del bloque y consolidar los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos²⁶ o, el Plan Estratégico de Acción Social²⁷. En los fundamentos de las normas mencionadas los Estados afirman la necesidad de avanzar en la “profundización de la dimensión social y ciudadana del proceso de integración, con miras a alcanzar un desarrollo sustentable, con justicia e inclusión social y a garantizar a los nacionales de los Estados parte y a sus familias el goce de los mismos derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas”²⁸.

El modelo social de integración también tuvo sus expresiones en la consolidación del Fondo de Convergencia Estructural del Mercosur (FOCEM²⁹), el cual fue creado como fondo solidario para la financiación de proyectos nacionales y regionales que apuntaran a las áreas de convergencia estructural (obras de infraestructura), cohesión social (promoción e inclusión social), desarrollo de la competitividad (cadenas de valor, me-

²³ Expresado en el Comunicado Conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del Mercosur en oportunidad de la XXXVII Reunión Ordinaria del Consejo Mercado Común, Asunción, 23 y 24 de julio 2009.

²⁴ También destacamos la labor del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos del Mercosur, creado por Dec. CMC No. 14/09.

²⁵ Dec. CMC No. 64/10 (modificada por la Dec. 32/17).

²⁶ El Estatuto de Ciudadanía del Mercosur y el Plan de Acción para la conformación progresiva de dicho Estatuto (Dec. CMC 64/10), según lo establecido en la propia norma, tenían que estar implementados al cumplirse el trigésimo aniversario de la firma del Tratado de Asunción (2021), cuestión que no se llegó a concluir en su totalidad.

²⁷ Dec. CMC No. 67/10 y aprobado por Dec. CMC No. 12/11.

²⁸ MERCOSUR/CMC/DEC No. 64/10. Anexo No. 2.

²⁹ Dec. CMC 05/05.

canismos en sectores productivos) y fortalecimiento de la estructura institucional y del proceso de integración, con capitales constituidos por el Mercosur. Este instrumento fue uno de los más destacados del bloque como generador de políticas públicas regionales orientadas a asistir a las regiones más postergadas de los socios menores: Paraguay y Uruguay, quienes reclamaron legítimamente algún tratamiento de las asimetrías en el bloque. El fundamento jurídico del reconocimiento de asimetrías en el bloque nos remite al artículo 6 del Tratado de Asunción, en el cual se expresaba lo siguiente: “los estados partes reconocen las diferencias puntuales de ritmo para la República del Paraguay y para la República Oriental del Uruguay”.

Ahora bien en todas estas políticas que surgieron en función del modelo social de integración³⁰ se produjeron sinergias y coincidencias entre los diferentes gobiernos del Mercosur que hicieron posible su creación, sin embargo en algunos momentos se percibieron dificultades para la implementación de las normas y programas, lo cual –a nuestro juicio– es producto de la fragilidad de las instituciones y de las dificultades para la implementación de las normas comunitarias. Esto explica en parte los motivos de la “paralización” que por momentos sufren de los proyectos y programas del Mercosur.

f. La dimensión externa

El Tratado de Asunción también previó la posibilidad de la incorporación de nuevos miembros, tanto de la ALADI como de otras regiones (artículo 20). Así fue como el Mercosur logró visibilidad regional e internacional a lo largo de estos años, gestionando acuerdos de cooperación con otros Estados y acuerdos de asociación con otros bloques de integración. La agenda externa ha sido muy dinámica. Asimismo, el bloque supo consolidar posiciones comunes en diversos foros internacionales y multilaterales (Naciones Unidas, Fondo Monetario Internacional o Banco Mundial).

Así fue como finalizada la etapa de transición (1991 a 1994), el Mercosur comenzó a trabajar en la “nueva imagen de la integración” la cual tuvo como objetivo la apertura en dos ejes bien definidos: hacia los países de América Latina y hacia el resto del mundo. En el primer caso, el proceso se inició en 1995 con la incorporación de Chile y Bolivia como países asociados al bloque, lo cual significó el inicio de la proyección de la frontera hacia los vecinos sudamericanos, construyendo de esta manera, un espacio de “integración ampliada”. Este espacio se complementó posteriormente con la incorporación de Perú como Estado Asociado y la firma de una zona de libre comercio con la Comunidad Andina de Naciones (CAN). No podemos dejar de mencionar el impulso que le dieron los países del Mercosur a la integración sudamericana, al suscribir la Declaración de Cuzco (2004), a partir de la cual comenzó a gestarse el proyecto de Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), transformada en el año 2008 en la Unión de Naciones Sudamericanas (Unasur).

En el año 2005 se aprobó el Protocolo de Adhesión de Venezuela al Mercosur (artículo 20), representando un nuevo desafío para el proceso de integración, ya que implicaba la adaptación de los instrumentos de la política comercial externa venezolana al arancel externo común y la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales, así como la gradual incorporación por parte de Venezuela de la normativa Mercosur a su ordenamiento interno. Desafío que Venezuela no pudo cumplir en su totalidad y que fue uno de los argumentos esgrimidos para acelerar el proceso de suspensión.

En el segundo eje de relacionamiento externo, el Mercosur se vinculó con otros bloques extrarregionales³¹, como la Unión Europea (UE), con quien finalmente celebró el acuerdo de Asociación Estratégica en 2019. Como sabemos, este acuerdo se estuvo negociando por más de veinte años y ha generado muchos desencuentros políticos y de estrategias comerciales en el ámbito del Mercosur. Aún queda un largo camino por recorrer ya que la puesta en funcionamiento requerirá de la aprobación parlamentaria del mismo en ambos bloques. Otro tema que se está discutiendo en profundidad desde Europa es la cuestión ambiental y en este sentido el

³⁰ Podríamos mencionar también los programas de Mercosur Educativo impulsado por la Reunión de Ministros de Educación; el Mercosur Cultural o el programa “Mercociudades”, entre otros.

³¹ En los propios considerandos del Tratado de Asunción, se establece que, como forma de lograr una adecuada inserción internacional será importante hacer un buen análisis de la consolidación de los grandes espacios económicos.

Mercosur en sus años de historia aún no ha promovido una seria discusión regional sobre el tema. Es uno de los grandes déficits del Mercosur y de la región sudamericana en su conjunto.

Las dinámicas de las relaciones comerciales internacionales también han generado vinculaciones del Mercosur con otros países y espacios en la búsqueda de nuevos socios, a saber: la República Popular China, Egipto, Sudáfrica, Israel, Canadá y con los países del Consejo de Cooperación del Golfo, con quienes se encuentra en etapas de negociaciones para concretar acuerdos marco de cooperación o zonas de libre comercio.

5. Algunas reflexiones

Una primera reflexión, nos lleva a afirmar que el Tratado de Asunción ha sido mucho más que un simple tratado. Muy a pesar de las predecibles voces disidentes y las apuestas en contrario, se ha constituido como un gran instrumento jurídico desde donde se gestó un proyecto concreto; imaginado, reflexionado, escrito y gestionado por muchos protagonistas de nuestra historia regional, que interpretando el devenir de algunos sucesos claves de esa coyuntura, supieron dar origen a una verdadera comunidad de intereses.

La puesta en marcha de las dimensiones desarrolladas a partir del Tratado de Asunción, explican la existencia del “gran proyecto de integración” en lo social, cultural, educativo, en la libre circulación de las personas, en la promoción de los derechos humanos y derechos laborales, entre otros. Cabe mencionar que este proyecto ha tenido avances conjuntos en todos estos años. Sin embargo, aún quedan muchos objetivos por cumplir y no menos desafíos por enfrentar.

Y al mismo tiempo que mencionamos algunos de estos logros y éxitos en los 30 años transcurridos, también debemos incorporar en nuestro análisis las dificultades del Mercosur. Ya hemos visto como el devenir del bloque ha transitado por muchas etapas, poniendo en práctica distintos modelos de integración, que trascendieron las bases fundamentalmente económicas del Tratado de Asunción, los cuales aún siguen en discusión. Sin embargo, podríamos afirmar que en la actualidad estamos en un punto de estancamiento, donde las pujas políticas, los individualismos y los vertiginosos cambios en la dinámica geopolítica internacional siguen “perforando el proceso de integración” y desviando el objetivo central del bloque, que es el de promover el desarrollo democrático con justicia social a través de la cooperación integral entre sus socios.

El Mercosur transita una etapa en la cual los Estados están restando “acción colectiva” para privilegiar una participación individual con otros países o bloques de poder en el ámbito internacional. La bilateralidad parece superponerse a la regionalización y al unionismo en América Latina. Estamos en un momento de reconfiguraciones en varios niveles: internacional, regional y nacional y esto nos obliga a reconstruir algunos aspectos de nuestro contrato regional, donde se potencie la diversidad cultural y el interés superior de los pueblos. Esto a su vez le proporcionaría al proceso de integración un fuerte incremento en el componente de legitimidad desde todos los sectores sociales. Quizás éste sí sea el momento de repensar el modelo de la integración. Hasta aquí la región no se había enfrentado a una pandemia de las características que está provocando la COVID-19, que como ya vimos afectó por igual hemisferios y regiones.

Nuestro principal desafío estaría orientado entonces a la profundización de todas las dimensiones desplegadas por el Tratado de Asunción, añadiéndole además el desarrollo de estrategias en una dimensión escasamente trabajada en el Mercosur: la gestión de crisis multidimensionales de impacto regional. En síntesis, el Tratado de Asunción ha demostrado ser una herramienta jurídica muy sólida para dar inicio al proceso de integración, sin embargo –como hemos analizado– el mismo ha tenido que ser complementado por otros protocolos, declaraciones, decisiones, y programas con el objetivo de ampliar y profundizar el proyecto regional conjunto y como dice el propio texto del tratado “con el fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”.

6. Referencias bibliográficas

- Actis, E. (2016). Dilemas y contradicciones de la política sudamericana de Brasil bajo los gobiernos de «Lula» da Silva (2003-2010). *Estudios Internacionales*, 48(184), 9-37.
<https://doi.org/10.5354/0719-3769.2016.42566>
- BID-INTAL (1999). *Informe Mercosur 1998-1999*. [https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Informe-MERCOSUR-No-5-\(1998-1999\).pdf](https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Informe-MERCOSUR-No-5-(1998-1999).pdf)
- BID-INTAL (2004). *Mercosur: en busca de una nueva agenda*. Informe del Relator Andrew Crawley.
<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/MERCOSUR-En-Busca-de-una-Nueva-Agenda.pdf>
- Bogado Bordazar, L. (2020). Integracionismo. Devés, E. y Álvarez, S. (Eds.), *Problemáticas internacionales y mundiales desde el pensamiento latinoamericano. Teorías. Escuelas. Conceptos. Doctrinas. Figuras*. Ariadna Ediciones.
- Bogado Bordazar, L. (2021). *Migraciones en el Mercosur. Hacia la conformación de un modelo de integración regional* [Tesis de Doctorado en Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata] <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/123139>
- Botto, M. (2015), *La integración regional en América Latina: quo vadis? El Mercosur desde una perspectiva sectorial y comparada*. Eudeba.
- Briceño Ruiz, J. (2015). Saber y teoría: reconstruyendo la tradición autonómica en los estudios de integración en América Latina. Briceño Ruiz, J. y Simonoff, A. (editores), *Integración y cooperación regional en América Latina. Una relectura a partir de la teoría de la autonomía*. Biblos.
- Caetano Hargain, G. (2009). Dimensión institucional de los procesos de integración regional: retos de innovación a cuatro décadas de la firma del "Tratado de la Cuenca del Plata; (1969-2009) Parte I. *Relaciones Internacionales*, 18(37). <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/1312>
- Caetano Hargain, G. (2021). El “primer Mercosur” y la “flexibilización”. Antecedentes útiles para la reflexión (1991-2001). *Relaciones Internacionales*, 30(60), 124.
<https://doi.org/10.24215/23142766e124>
- Gómez Saraiva, M. (2009). Brasil, entre la Unasur y el Mercosur. *Umbral de América del Sur*, No. 9, Buenos Aires, Argentina.
- Instituto Social del Mercosur (2012). *La dimensión social del Mercosur. Marco conceptual*, RMADS, Mercosur.
- Latinobarómetro (2018). *Informe Corporación Latinobarómetro 2018*, Santiago de Chile. endircuen-tas.org/recurso/latinobarometro-2018/
- Lorenzini, M. (2014). Pensando desde el Sur: ideas, aportes y contribuciones teórico- conceptuales de Hélio Jaguaribe para comprender las realidades latinoamericanas. Simonoff, A. (Comp.), *Pensadores del Cono Sur. Los aportes de Jaguaribe, Methol Ferré, Puig y Tomassini a las Relaciones Internacionales*, Instituto de Relaciones Internacionales, UNLP.
- Merino, G. (2017). Proyectos estratégicos e integración regional en América Latina. El surgimiento de la Alianza del Pacífico, el fortalecimiento del regionalismo abierto y el retroceso del regionalismo autónomo. *Relaciones Internacionales*, 26(52), 008.
<https://doi.org/10.24215/23142766e008>

- Miranda, R. (2015). Internacionalismo etnocéntrico. Las relaciones internacionales de Argentina como potencia media. *Relaciones Internacionales*, 24(49). <https://revistas.unlp.edu.ar/RRII-IRI/article/view/2392>
- Oyarzún Serrano, L. (2008). Sobre la naturaleza de la integración regional: teorías y debates. *Revista de Ciencia Política*, 28(3), 95-113. <http://ojs.uc.cl/index.php/rcp/article/view/8024>
- Pávez Rosales, L. (2017). ¿Un Siglo de Concertación y Proyección Regional? Equilibrios de Poder y Procesos de Integración entre Argentina, Brasil y Chile (1915-2015). *Documentos de Trabajo No. 13*. Instituto de Relaciones Internacionales, UNLP. <https://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2018/06/doc-trab-13.pdf>
- Peña, F. (2006). Los grandes objetivos del Mercosur: zona de libre comercio, unión aduanera y mercado común, trabajo presentado en el Seminario “15 años de MERCOSUL: Avaliação e perspectivas”, Fundação Memorial da América Latina. São Paulo, 27 e 28 de março de 2006.
- Simonoff, A. (2009). Regularidades de la Política Exterior de Néstor Kirchner. *CONfines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, 5(10), 71-86. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-35692009000200006
- Simonoff, A. (2014). *Pensadores del Cono Sur. Los aportes de Jaguaribe, Methol Ferré, Puig y Tomassini a las Relaciones Internacionales*. Documento de Trabajo No. 8 Instituto de Relaciones Internacionales (UNLP). https://www.iri.edu.ar/images/Documentos/documentos/doc_trab_8.pdf

7. Siglas utilizadas

ALADI, Asociación Latinoamericana de Integración

ARGM, Alto Representante General del Mercosur

CEPAL, Comisión Económica Para América Latina y el Caribe de Naciones Unidas

CMC, Consejo Mercado Común del Mercosur

CPC, Comisión Parlamentaria Conjunta

CRPM, Comisión de Representantes Permanentes del Mercosur

FEM, Foro Especializado Migratorio

FOCEM, Fondo de Convergencia Estructural del Mercosur

POP, Protocolo de Ouro Preto

TPRM, Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur

El Tratado Antártico en las bodas de diamante desde su entrada en vigor: origen y evolución

The Antarctic Treaty in the sixtieth anniversary of its entry into force: origin and evolution

 Fernando Villamizar Universidad Bernardo O'Higgins, Chile

Lamus fvillamizar@ubo.cl

Recibido: 18/8/2021

Aceptado: 13/12/2021

Resumen Tras sesenta años de su entrada en vigor, el Tratado Antártico ha sido y será un instrumento jurídico internacional fundamental para la administración del Continente Blanco. Este artículo expone cómo se originó, en qué consiste y cuál ha sido su evolución. Mediante un método descriptivo, se abordan cada uno de los artículos del Tratado Antártico que constituyen los principios y mecanismos de protección jurídica de la Antártida, así como los principales instrumentos internacionales que constituyen el Sistema del Tratado Antártico. El objetivo del artículo es brindar al lector una visión general de un tratado complejo, pero que ha trascendido a los rigores de la Guerra Fría y que se ha mantenido vigente hasta nuestros días. El principal hallazgo consiste en que pese a los intereses antagónicos que pueden darse respecto de la Antártida, el Tratado Antártico con sus regulaciones *sui generis* ha permitido que ese continente se use de manera pacífica y se dedique a la paz y la ciencia.

Palabras clave Tratado Antártico, Sistema del Tratado Antártico, Antártida

Abstract Sixty years after its entry into force, the Antarctic Treaty has proved to be and will continue to be a fundamental international legal instrument for the administration of the White Continent. This article explains how it originated, what it consists of and how it has evolved. Each of the articles of the Antarctic Treaty that constitute the principles and mechanisms of legal protection of Antarctica, as well as the main international instruments that make up the Antarctic Treaty System, are addressed using a descriptive methodology. The objective of the article is to provide the reader with an overview of such a complex treaty – one, however, that has transcended the rigors of the Cold War and has remained in force to this day. The main finding is that, despite the antagonistic interests that may exist with respect to Antarctica, the Antarctic Treaty with its *sui generis* regulations has allowed that continent to be used peacefully and for the sake of peace and science.

Key words Antarctic Treaty, Antarctic Treaty System, Antarctica

Cómo citar este artículo: Villamizar Lamus, F. (2021). El Tratado Antártico en las bodas de diamante desde su entrada en vigor: origen y evolución. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), 028. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe028>

1. Introducción

Las aproximaciones hacia la Antártida han sido dispares a lo largo de la historia de la humanidad, pero en los últimos 200 años las dinámicas de dichas aproximaciones han pasado de una búsqueda desenfrenada por la apropiación de los recursos antárticos al uso pacífico y reserva para la ciencia del territorio antártico. Esto último ha sido posible por un acuerdo sui generis adoptado en Washington el primero de diciembre de 1959, y que empezó a regir el 23 de junio de 1961. Comoquiera que el objetivo de esta sección de la Revista denominado “La vida de los tratados” pretende “recordar el contexto histórico, político y jurídico en que el surgieron los tratados, fuente principal del Derecho internacional, y analizar su vigencia en la sociedad internacional contemporánea”, en las próximas líneas se hará un estudio sobre el Tratado Antártico en cuanto a su origen y evolución.

¿Cómo se llegó a un tratado para regular las relaciones en la Antártida?, ¿En qué consiste el Tratado Antártico y cuáles son sus principales disposiciones? ¿Fue suficiente el Tratado Antártico para regular la actividad humana en la Antártida? ¿Es un régimen temporal? Estas son las preguntas principales que serán respondidas a lo largo de este trabajo. Para esos efectos, la hipótesis que guiará el mismo apunta a afirmar que pese a las disposiciones particulares que posee el Tratado Antártico, y algunas sombras, es un tratado exitoso en cuanto a sus objetivos de uso pacífico de la Antártida, de libertad de investigación científica, cooperación científica internacional y suspensión de reclamaciones territoriales.

En la primera parte, referida a los orígenes del Tratado Antártico, se revisará brevemente la historia general de las aproximaciones humanas al Continente Blanco, y se hará un énfasis en lo acontecido a partir de los años cuarenta del siglo pasado para buscar una solución a los potenciales conflictos que se podrían generar con ocasión de las reclamaciones territoriales antárticas. A continuación, se revisará el iter político y jurídico que dio lugar al Tratado Antártico, para finalizar con el estudio de las disposiciones del Tratado Antártico, y unos comentarios sobre los principales instrumentos que constituyen el Sistema del Tratado Antártico.

2. Orígenes del Tratado Antártico

a. Algunas etapas previas

La relación respecto de la Antártida ha variado a lo largo de la historia de la humanidad. La primera aproximación fue en el ámbito de las leyendas. Según algunas narrativas polinésicas del siglo VII a. C., el caudillo e intrépido navegante Ui-te-Rangiora arribaría a paisajes cuya descripción podría corresponder al Continente Blanco (Martin, 2013, p. 27). Pese a la dificultad práctica de llevar una canoa a las complejas aguas antárticas, sin mayor equipo de navegación, este primer registro se complementó con la visión de algunos geógrafos y filósofos griegos como Ptolomeo, Pitágoras o Aristóteles, quienes creían en un territorio en lo que hoy conocemos con la Antártida, y que configuró la idea de una *Terra Australia Incognita*, que fue objeto de búsqueda durante la época de los descubrimientos europeos y chinos en América (Villamizar, 2017, p. 33 y ss.).

Aunque desde la época magallánica se tenía conocimiento cierto de la Antártida, solo hacia fines del siglo XVIII hubo evidencias claras de la existencia, reunidas con ocasión del viaje de 1772-1775 del capitán James Cook (Gordon & Hansom, 1998, p.177). Posteriormente, el “honor” del descubrimiento concreto lo tuvieron los cazadores de focas, quienes se concentraron geográficamente en las islas subantárticas y las islas periféricas de la península antártica. En la década de 1820, se habían capturado 1,2 millones de lobos marinos por su piel en la isla de Georgia del Sur. Las operaciones de caza de focas, en 1820-1821, emplearon 91 barcos con un total de 3.000 hombres empleados en tierra. Estas operaciones de caza de focas contribuyeron significativamente al descubrimiento físico del continente (Abdel- Motaal, 2016, p. 26).

La caza de focas continuó su desarrollo a lo largo del siglo XIX dando paso progresivo a la denominada “Era Heroica”, que tuvo lugar entre 1895 y 1915, y en la cual hubo un progreso notable en la comprensión de la

geografía de la Antártida, el estudio científico del continente y la búsqueda de sus recursos. La era fue apoyada por un número creciente de empresarios industriales y comerciales dispuestos a financiar expediciones al continente. Esta era también marcó el comienzo de la segunda fase principal de la explotación comercial del continente, en particular la caza comercial de ballenas, cuyo aceite fue un recurso estratégico durante la Primera Guerra Mundial. La primera empresa comercial de caza de ballenas fue la Compañía Argentina de Pesca (Avango, 2017, p. 490) y primera estación ballenera, se estableció en Georgia del Sur en 1904, lo que permitió que la industria ballenera se expandiera exponencialmente (Abdel- Motaal, 2016, p. 28).

Los hechos anteriormente relatados, son denominados por la profesora Shirley Scott como el encuentro de la primera ola de imperialismo antártico con la segunda (Scott, 2017, p. 40 y 41), siendo la primera ola, aquella acontecida entre la época de los descubrimientos hasta el establecimiento de bases balleneras en zonas periantárticas y antárticas; la segunda ola aquella que se desarrolla desde el fin del establecimiento de estaciones balleneras hasta las reclamaciones territoriales; y la tercera ola, aquella que abarca lo acontecido desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días prácticamente.

En lo relativo a esta segunda ola del imperialismo antártico, es menester indicar que el concepto central en el cual se basaba no solo el imperialismo antártico, sino todo el imperialismo europeo era el de “terra nullius”, en virtud del cual cualquier territorio que no estuviera administrado por un gobierno central con el cual un Estado colonizador europeo pudiera negociar, era susceptible de adquisición (Scott, 2017, p. 40). Es así como la búsqueda del polo sur magnético, concretada después de la primera reclamación territorial y conocida como la “carrera por polo”, conlleva como trasfondo determinar las áreas de la Antártida que podrían obedecer al concepto de “terra nullius” o no, para posteriormente proceder a reclamar ese territorio (Fitzmaurice, 2014, p. 304 y ss.).

El primer reclamo territorial sobre el territorio antártico provino por parte del Reino Unido, que fue precedido por numerosas expediciones científicas desde 1900. Dicha reclamación territorial británica se sustentó en una primera instancia en una respuesta diplomática a Noruega dada el 16 de mayo de 1906, en la cual el Reino Unido estableció *Inter alia* que la Tierra de Graham se consideraba como Dependencia de las Islas Malvinas/Falklands, y también a las negociaciones entre Argentina y Chile de 1906 sobre la delimitación de los territorios antárticos de ambos países. Dicho territorio fue formalizado por las Cartas Patentes de 1908 y 1917. Posteriormente, en 1923 el Reino Unido anunció la creación de las Dependencias de Ross, que sería administrado por el Gobernador de Nueva Zelanda y el 7 de febrero de 1933 se estableció el Territorio Antártico Australiano.

Por su parte, en 1924 Francia reclamó la Tierra de Adélie para sí, Noruega emitió la Proclamación Real de 14 de enero de 1939 por la cual la Tierra de la Reina Maud se ponía bajo su soberanía. Chile gracias al Decreto 1747 de 1940 reclama el Territorio Antártico Chileno y Argentina hizo lo propio respecto de su reclamación territorial antártica en 1943 (Scott, 2017, p. 41). Ambas reclamaciones se sustentan fundamentalmente en el principio *uti possidetis iuris* adoptado tras la independencia de España, así como en derechos de cercanía geográfica, de continuidad geológica y de ocupación efectiva y continuada. En virtud del mencionado principio *uti possidetis iuris*, hay dos consecuencias prácticas: (i) las regiones antárticas se encontraban dentro del Virreinato de la Plata y la Capitanía de Chile, y por lo tanto pertenecen a los Estados independientes; y (ii) se hace inoperable el principio *res nullius* respecto de los territorios antárticos por el cual cualquier Estado se podría apoderar de los mencionados territorios (Tuñez, 2015, p. 10).

b. El camino hacia el Tratado Antártico

Realizadas las reclamaciones territoriales antárticas en la primera mitad del siglo XX y finalizada la Segunda Guerra Mundial, cada Estado con intereses en el Continente Blanco empezó a perseguir la forma de hacerlos prevalecer. Como se comentó anteriormente, Argentina en 1904 y Chile posteriormente instalaron bases permanentes, con el consiguiente reclamo británico; Estados Unidos procedió a ejecutar las operaciones High Jump (1946 – 1947) y Windmill (1947 – 1948) con presuntos fines de investigación científica; la entonces Unión Soviética envía en 1946 una expedición en el buque Slava y en 1949 declara sus derechos históricos

e indisputables sobre la Antártida sustentada en la expedición de Bellingshausen, realizada en el siglo XIX. Los franceses y noruegos enviaron expediciones para reivindicar sus reclamaciones, y los británicos, por su parte, desarrollaron la operación Tabarin entre 1943 y 1945, para posteriormente diseñar un esquema diplomático que le permitiera garantizar sus intereses antárticos, porque debido al desgaste propio de la Segunda Guerra Mundial, no tenía recursos para generar operaciones *in situ* (Villamizar Lamus, 2017, p. 53 y ss).

Paralelamente a las iniciativas tendentes a generar presencia física en la Antártida, se empiezan a esbozar propuestas diplomáticas con el fin de regular las relaciones antárticas. Estados Unidos hace una primera propuesta en 1948, que se sustentaba en el Régimen internacional de Administración Fiduciaria, contenida en el Capítulo XII de la Carta de las Naciones Unidas (ONU), que para ese entonces era muy reciente. Sin embargo, las disposiciones legales de la Carta de la ONU no eran aplicables a la realidad de la Antártida, pues el fideicomiso se establece para hacer una promoción humana, y en la Antártida no hay población nativa respecto de la cual se pueda realizar dicha promoción. Además, la poca evolución que hasta ese entonces tenía la institucionalidad de la ONU y toda la cantidad de recursos que se requerían para atender la naciente descolonización, hacían que la Antártida no fuera una prioridad (Díaz y Villamizar Lamus, 2014, p. 19).

Ante este *impasse*, Estados Unidos procede a presentar otra propuesta que era la de un condominio en la Antártida. En ese mismo momento Argentina y Chile negociaban entre ellos sobre la Antártida, potenciando la idea de una Antártica Americana. Argentina rechazó tajantemente la propuesta estadounidense, pero Chile estaba dispuesto a las negociaciones, y aunque la idea del condominio no le agradaba, presenta como contrapropuesta la conocida *Propuesta Escudero*, denominada así por su autor, el profesor de Derecho Internacional don Julio Escudero, por la cual mientras se llegaba a un acuerdo se suspenderían las reclamaciones territoriales por un período de entre 5 a 10 años, y que es la base del actual artículo IV del Tratado Antártico (Cardone & Fontana, 2019, p. 305).

Si bien los ánimos en la segunda parte de los años cuarenta eran mixtos, porque había presencia física acompañada de propuestas diplomáticas, la primera parte de los años cincuenta eran confrontacionales abiertamente, por lo menos en lo que respecta al Reino Unido frente a Argentina y Chile. Además de bombardeos a instalaciones argentinas y chilenas, y otro tipo de hostilidades militares (Villamizar Lamus, 2012, p. 264), el Reino Unido demanda el 4 de mayo de 1955 ante la Corte Internacional de Justicia a Argentina y Chile. Basado en los descubrimientos históricos y en títulos legales, las Cartas Patentes de 21 de julio de 1908 y 28 de marzo de 1917, los británicos tenían como pretensión que las reclamaciones argentinas y chilenas, así como sus supuestos actos de soberanía sobre el territorio antártico fueran declarados ilegales e inválidos según el Derecho Internacional Público (CIJ, 1955, p. 34 y 35).

El caso británico ante la Corte Internacional de Justicia no prosperó, pues ni Argentina ni Chile habían aceptado su jurisdicción. Así, las cosas, y tras meses de inactividad procesal, el 16 de marzo de 1956 los casos fueron removidos de la lista¹. Sin embargo, la presión sobre la Antártida no cesó, y aparte de los rigores propios de la Guerra Fría, hubo nuevos actores que se involucraban en los temas antárticos. Ese fue el caso de la India, que en la Asamblea General de Naciones Unidas de 1956 quiso que el debate antártico se adelantara en la ONU por la importancia mundial del tema (Villamizar Lamus, 2012, p. 264). Esta posición de la India causó preocupación en Estados Unidos, porque se podrían aumentar las crecientes tensiones, pero para los Estados reclamantes territoriales fue un aliciente para entablar conversaciones y planificar acuciosamente entre 1951 y 1957 el Año Geofísico Internacional, que se adelantaría entre 1957 y 1958 (Dodds, 2009, p. 40).

El Año Geofísico Internacional 1957 – 1958 fue determinante para abrir el diálogo antártico, seriamente afectado por las múltiples tensiones, porque se establecieron principios que deberían respetarse incluso finalizado dicho evento, como por ejemplo el de libertad de investigación científica, consagrado expresamente en el artículo II del Tratado Antártico, y el del uso pacífico del territorio antártico, consagrado en el artículo I del mismo tratado (Villamizar Lamus, 2020, p. 10). Además, una incipiente institucionalidad se estaba empezando a forjar mediante la creación del Comité Especial para la Investigación Antártica, hoy llamado

¹ Para profundizar sobre los intrínquilos legales de estos casos, consultar Ferrada Walker (2015).

Comité Científico de Investigación Antártica, mejor conocido como SCAR, por sus siglas en inglés (Villamizar Lamus, 2017, p. 73).

Finalizado el Año Geofísico Internacional 1957 – 1958, bajo los auspicios de los principios antes mencionados y el SCAR, en la cual había un delegado de cada uno de los Estados reclamantes y de cinco Estados que habían demostrado interés en la Antártica (Bélgica, Estados Unidos, Japón, Sudáfrica y la entonces Unión Soviética), se generaron las condiciones necesarias para que desde junio de 1958 hasta octubre de 1959 se negociaran bases de entendimiento mínimas para que a partir del 15 de octubre de 1959 se iniciara la Conferencia de Washington, cuyo resultado fue el Tratado Antártico, firmado el primero de diciembre de 1959². El Tratado entró en vigor en 1961 y actualmente tiene 54 Estados parte (Sistema del Tratado Antártico, 2021B).

3. El tratado Antártico

El Tratado Antártico, piedra angular de todo el sistema que de él deriva³, es relativamente breve, especialmente si se considera que es el instrumento jurídico por el cual se administra todo un continente. Consta de un preámbulo y catorce artículos. Los primeros cinco artículos plasman los principios del Tratado Antártico. El sexto artículo su ámbito de aplicación. Del séptimo al décimo artículo se consagran los mecanismos para aplicar los principios del Tratado Antártico y para proteger el territorio antártico. El décimo primer artículo concierne a la resolución de controversias. El décimo segundo artículo trata las enmiendas y modificaciones. El décimo tercero la forma en que se puede ratificar o adherir, y finalmente el décimo cuarto artículo se refiere a los idiomas en que entiende como auténtico el Tratado Antártico. A continuación, se hará una breve referencia a cada uno de los preceptos contenidos en el Tratado Antártico.

a. Los principios del Tratado Antártico

El Tratado Antártico contiene cinco principios expresos, y uno tácito, que constituyen la esencia de las relaciones antárticas. El primer principio es el uso pacífico del territorio antártico, por el cual según lo establece el artículo I “se prohíbe, entre otras, toda medida de carácter militar, tal como el establecimiento de bases y fortificaciones militares, la realización de maniobras militares, así como los ensayos de toda clase de armas.” El mismo artículo I aclara que el Tratado Antártico no impide el empleo de personal o equipo militar, para investigaciones científicas o para cualquier otro fin pacífico. Esto último es muy relevante porque la mayoría de bases, particularmente en el caso suramericano, están administradas por personal militar, pero esto no implica que dicho personal esté presente en la Antártida para realizar actividades militares, sino que por los rigores del clima antártico son el personal más adecuado para poder superar los desafíos propios del Continente Blanco.

² Desde luego la decisión soviética de no retirar sus bases después de finalizado el AGI también tiene un efecto en la convocatoria a la Conferencia de Washington. Para profundizar este aspecto puede consultarse Dodds (2009, p. 44 y ss.)

³ Según el artículo 1, literal e del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente “Sistema del Tratado Antártico” significa “el Tratado Antártico, las medidas en vigor según ese Tratado, sus instrumentos internacionales asociados separados en vigor y las medidas en vigor según esos instrumentos”. Según lo entiende el Instituto Antártico Chileno, el Tratado Antártico “es la base de varios acuerdos complementarios, que junto con las medidas adoptadas en el marco del Tratado Antártico y los acuerdos conexos, suelen denominarse *Sistema del Tratado Antártico* (STA).

El STA es un conjunto orgánico de normas jurídicas y políticas convertido en unas de las experiencias internacionales de mayor proyección tanto por la importancia de sus elevados fines, como por la representatividad de las Partes Contratantes.” (INACH, 2021).

El segundo principio, es el de libertad de investigación científica en la Antártida y la cooperación hacia ese fin, tal y como fueran aplicadas durante el Año Geofísico Internacional. Este principio ha permitido que Estados como Pakistán puedan investigar sin ser parte del Tratado Antártico siquiera, como ocurrió entre 1991 y 2012. Este principio se complementa con el tercero que es el del intercambio de información, personal científico, observaciones y resultados científicos, contenido en el artículo III del Tratado Antártico. El objetivo del artículo III del Tratado Antártico es promover la cooperación internacional en la investigación científica en la Antártida, pero no está exento de ciertos inconvenientes o asuntos no resueltos como por ejemplo el momento de la divulgación de la información.

El cuarto principio es la puesta en práctica de la *Propuesta Escudero* realizada por Chile en los años cuarenta para buscar una solución al tema antártico. Con una redacción encaminada a resguardar las posiciones de los Estados reclamantes territoriales, así como la de los Estados Unidos y la otrora Unión Soviética⁴, hoy Federación Rusa, y la de los Estados no reclamantes, se suspenden dichas reclamaciones, sin que se pueda entender que es una renuncia a los derechos de soberanía o a las reclamaciones territoriales hechas valer con anterioridad al Tratado Antártico, ni un menoscabo a los fundamentos de las reclamaciones de soberanía, ni que pueda ser perjudicial al reconocimiento o no reconocimiento del derecho de soberanía territorial (Artículo IV, numeral 1 Tratado Antártico).

En virtud entonces de este principio consagrado en el artículo IV del Tratado Antártico:

ningún acto a actividad que se lleve a cabo mientras el presente Tratado se halle en vigencia constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía territorial en la Antártica, ni para crear derechos de soberanía en esta región. No se harán nuevas reclamaciones de soberanía territorial en la Antártica, ni se ampliarán las reclamaciones anteriores hechas valer, mientras el presente Tratado se halle en vigencia (Artículo IV numeral 2, Tratado Antártico).

El quinto principio es de las pocas alusiones ambientales que posee el Tratado Antártico, y está estrechamente relacionado con el primero. Dicho principio, contenido en el artículo V del Tratado Antártico, es referido a los temas nucleares. Según el mencionado precepto “Toda explosión nuclear en la Antártica y la eliminación de desechos radiactivos en dicha región quedan prohibidas.” Existe otro principio implícito que es el del consenso en la toma de decisiones, que no está contenido de manera expresa en los primeros artículos del Tratado Antártico, sino que se infiere del artículo IX relativo a las Reuniones Consultivas del Tratado Antártico y de la Regla 24 de las Reglas de Procedimiento de la Reunión Consultiva del Tratado Antártico.

b. El ámbito espacial de aplicación del Tratado Antártico

El artículo VI del Tratado Antártico establece claramente el ámbito de aplicación del Tratado respecto de la región al sur de los 60° de latitud Sur, incluidas todas las barreras de hielo. Esta región se reconoce como “Área del Tratado Antártico” en el artículo 1, literal b., del Protocolo del Tratado Antártico sobre Protección del Medioambiente Ambiente, mejor conocido como Protocolo de Madrid. Adicionalmente, el mencionado artículo VI establece que “nada en el presente Tratado perjudicará o afectará en modo alguno los derechos o el ejercicio de los derechos de cualquier Estado conforme al Derecho Internacional en lo relativo a la alta mar dentro de esa región”, con lo cual los temas concernientes al alta mar no serán competencia del Tratado Antártico ni del Sistema de éste se deriva, por lo menos en principio⁵.

⁴ Cabe destacar que ni Estados Unidos ni la entonces Unión Soviética, hoy Federación Rusa, reconocen reclamación territorial alguna, y se han reservado la posibilidad de formular reclamaciones territoriales en la Antártida (Dodds, 2009, p. 33).

⁵ Sobre algunas excepciones puede consultarse Bruna (2021).

c. Los mecanismos de protección a la Antártida contenidos en el Tratado Antártico

Para poder llevar a cabo los principios anteriormente descritos, el Tratado Antártico contiene los siguientes mecanismos:

- 1- Observadores: de conformidad con el artículo VII del Tratado Antártico, y con el fin de promover los objetivos y asegurar la aplicación de las disposiciones del Tratado

cada una de las Partes Contratantes, cuyos representantes estén facultados a participar en las reuniones a que se refiere el Artículo IX de este Tratado, tendrá derecho a designar observadores para llevar a cabo las inspecciones previstas en el presente Artículo. Los observadores serán nacionales de la Parte Contratante que los designa. Sus nombres se comunicarán a cada una de las demás Partes Contratantes que tienen derecho a designar observadores, y se les dará igual aviso cuando cesen en sus funciones (artículo VII TA).

Según el mismo artículo VII, para poder llevar a cabo su misión, todos los observadores gozan de entera libertad de acceso o de observación por vía aérea, en cualquier momento, a: (i) Cada una y a todas las regiones de la Antártica. (ii) Todas las estaciones, instalaciones y equipos que allí se encuentren. (iii) Todos los navíos y aeronaves, en los puntos de embarque y desembarque de personal o de carga en la Antártica.

- 2- Información por adelantado: la información es un recurso fundamental para cualquier actividad de la vida, y no podría serlo menos respecto de o acontecido en el Continente de Blanco. Por esta razón, y para poder realizar una fiscalización *ex ante*, el artículo VII del Tratado Antártico establece que los Estados parte deben informar por adelantado sobre: (i) Toda expedición a la Antártica y dentro de la Antártica en la que participen sus navíos o nacionales. (ii) Todas las expediciones a la Antártica que se organicen o partan de su territorio. (iii) Todas las estaciones en la Antártica ocupadas por sus nacionales. (iv) Todo personal o equipo militar que se proyecte introducir en la Antártica, con sujeción a las disposiciones del párrafo 2 del Artículo I del Tratado Antártico.
- 3- Jurisdicción nacional y consultas: aunque el Tratado Antártico no lo mencione de manera expresa, es bastante obvio que se pueden cometer delitos en el territorio antártico durante la estadía allí⁶. Dado el carácter particular que tienen las demostraciones de soberanía en la Antártida y para no contrariar lo dispuesto en el artículo IV del Tratado Antártico, en caso de alguna acción u omisión que requiera algún tipo de reproche penal, sancionatorio o judicial en general, el artículo VIII establece dos posibilidades para aplicar una jurisdicción de acuerdo con la persona que cometió dicha acción u omisión: a. La primera es que si la acción u omisión la cometió un observador, o alguien perteneciente al personal científico o miembro del personal acompañante al personal científico, serán sometidos sólo a la jurisdicción de la Parte Contratante de la cual sean nacionales. b. La segunda opción es que si quien cometió el acto reprochable no se trata de una de las personas anteriormente señaladas, un turista por ejemplo, los Estados parte implicados en cualquier controversia con respecto al ejercicio de la jurisdicción en la Antártica, “se consultarán inmediatamente con el ánimo de alcanzar una solución mutuamente aceptable” (Artículo VIII Tratado Antártico)
- 4- Reuniones Consultivas: para tratar este tema, es menester referirse en primer lugar a los tipos de partes del Tratado Antártico. Los Estados que son reclamantes territoriales antárticos⁷, más los cinco Estados que mostraron interés en el Año Geofísico Internacional y suscribieron originalmente el

⁶ El texto del artículo VIII alude a “acciones u omisiones que tengan lugar mientras se encuentren en la Antártica con el fin de ejercer sus funciones”.

⁷ En orden alfabético son: Argentina, Australia, Chile, Francia, Nueva Zelanda, Noruega y Reino Unido.

Tratado Antártico⁸, son conocidos como los fundadores de dicho tratado y tienen el status de miembros consultivos. Dado que el Tratado Antártico es de aquellos que la doctrina denomina como “tratado abierto” (Arévalo Ramírez, 2020, p. 81) debido a que permite la adhesión de nuevos miembros (artículo XIII Tratado Antártico), es posible que haya nuevos Estados parte, como en efecto ha ocurrido⁹, pero no todos tienen el status de miembro consultivo.

Para que esos Estados adherentes tengan el status de consultivos deben desmontar “su interés en la Antártica mediante la realización en ella de investigaciones científicas importantes, como el establecimiento de una estación científica o el envío de una expedición científica” (artículo IX No. 2 Tratado Antártico). De conformidad con lo informado por la Secretaría del Tratado Antártico, 17 de las Partes adherentes han desarrollado actividades en la Antártida de acuerdo con esta disposición y, consecuentemente, “existen en la actualidad veintinueve Partes Consultivas en total. Las 25 Partes no Consultivas son invitadas a asistir a las reuniones pero no participan en la toma de decisiones” (Secretaría del Tratado Antártico, 2021A).

Además de las partes consultivas y no consultivas, asisten a estas Reuniones miembros del Comité Científico de Investigación Antártica (mejor conocido por sus siglas en inglés como SCAR), la Comisión para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA), el Consejo de Administradores de los Programas Antárticos Nacionales (COMNAP), los expertos invitados, tales como la Coalición Antártica y del Océano Austral (ASOC) y la Asociación Internacional de Operadores Turísticos en la Antártida (IAATO) (Secretaría del Tratado Antártico, 2021A).

Con esta claridad sobre la configuración de las partes del Tratado Antártico en partes consultivas y partes no consultivas, y de los asistentes a las Reuniones Consultivas, se abordará ahora cómo funciona esta institución, que es fundamental para la administración del Continente Blanco.

Las Reuniones Consultivas, establecidas en el artículo IX del Tratado Antártico, tuvieron lugar de manera bianual entre 1961 y 1994, pero desde 1994 son anuales. La sede de dichas Reuniones Consultivas cambia cada año, de manera que el Estado anfitrión se selecciona desde 2011 siguiendo el orden alfabético en inglés de los miembros o partes consultivas. El objetivo de las Reuniones Consultivas es

intercambiar informaciones, consultarse mutuamente sobre asuntos de interés común relacionados con la Antártica, y formular, considerar y recomendar a sus Gobiernos medidas para promover los principios y objetivos del presente Tratado, inclusive medidas relacionadas con:

- (a) uso de la Antártica para fines exclusivamente pacíficos;
- (b) facilidades para la investigación científica en la Antártica;
- (c) facilidades para la cooperación científica internacional en la Antártica;
- (d) facilidades para el ejercicio de los derechos de inspección previstos en el Artículo VII del presente Tratado;
- (e) cuestiones relacionadas con el ejercicio de la jurisdicción en la Antártica;
- (f) protección y conservación de los recursos vivos de la Antártica. (Artículo IX Tratado Antártico)

⁸ En orden alfabético: Bélgica, Estados Unidos, Japón, Sudáfrica y la entonces Unión Soviética, hoy Rusia.

⁹ En la actualidad a los doce miembros originales de 1959, se han adherido al Tratado Antártico otros 42.

Como resultado de las Reuniones Consultivas, se aprueban por consenso Medidas, Decisiones y Resoluciones que ponen en práctica los principios del Tratado Antártico¹⁰.

- 5 - Esfuerzos apropiados de los Estados parte: es importante resaltar que dados los Estados miembros del mencionado tratado, y sus recursos diplomáticos, tecnológicos, científicos y, por qué no, militares, hacen que el Estado u organización que tenga pretensiones de contrariar los principios del Tratado Antártico o el status quo del Sistema del Tratado Antártico, se deba enfrentar a los Estados más poderosos del mundo, que en virtud del artículo X del Tratado Antártico se comprometen “a hacer los esfuerzos apropiados, compatibles con la Carta de las Naciones Unidas, con el fin de que nadie lleve a cabo en la Antártica ninguna actividad contraria a los propósitos y principios del presente Tratado”.

d. La solución de controversias en el Tratado Antártico

Dados los intereses, muchos de ellos antagónicos, de los Estados parte del Tratado Antártico, que en muchas ocasiones pudieran dar lugar a conflictos férreos hasta de carácter militar, y bajo el espíritu del artículo 33 y siguientes de la Carta de las Naciones Unidas, el artículo XI establece la forma en que se deben solucionar las controversias entre dos o más partes del Tratado Antártico en lo referente a la interpretación o aplicación del mismo. En primer lugar, el Tratado permite que las partes de la controversia elijan libremente el mecanismo para resolver la misma, para lo cual pueden acudir a la negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, decisión judicial o cualquier otro medio pacífico que escojan. Si aun así, la controversia no se ha podido resolver, ésta deberá ser sometida a la Corte Internacional de Justicia, siempre que medie el consentimiento de las partes. Respecto de esto último, el mencionado artículo del Tratado Antártico plantea que la falta de acuerdo para referir la controversia a la Corte Internacional de Justicia “no dispensará a las partes en controversia de la responsabilidad de seguir buscando una solución por cualquiera de los diversos medios pacíficos contemplados en el párrafo 1 de este Artículo (artículo XI TA).”

Se debe poner de manifiesto que las buenas relaciones antárticas, la buena disposición de las partes para respetar el Tratado Antártico y el adecuado manejo de los intereses contrapuestos han evitado que las controversias antárticas escalen, y los únicos casos sobre temas relativos al Continente Blanco que se han presentado ante la Corte Internacional de Justicia, fueron llevados a cabo por el Reino Unido contra Argentina y Chile el 4 de mayo de 1955, como se indicó en líneas precedentes, y que fueron anteriores a la Conferencia de Washington de 1959, razón por la cual no se pueden contar como acontecidos durante la entrada en vigor del Tratado Antártico.

e. Duración del Tratado Antártico

En la Conferencia de Washington, el delegado de Chile sostuvo que el Tratado Antártico debería tener un límite temporal. Esta postura sólo fue apoyada por el delegado argentino. Los otros diez delegados pretendían un orden que permaneciera en el tiempo, pero con la posibilidad de hacer cambios en caso de ser necesarios (Conferencia sobre la Antártida, 1959), y así se estableció en el artículo XII, en el cual se establecen las condiciones de modificación o enmienda, y la posibilidad de que expirados treinta años desde la entrada en vigor del tratado, cualquiera de las partes consultivas pueda pedir una conferencia para revisar el funcionamiento del Tratado Antártico.

Desde luego, desde el punto de vista académico hay diferentes visiones sobre cómo abordar la duración del tratado, como la de Antonello (2019), quien considera que el Tratado Antártico se puede considerar como un orden temporal, y para esto cataloga el Tratado Antártico según (i) su pasado y su futuro; (ii) su permanencia y expiración; y (iii) la periodización que se puede hacer del Tratado Antártico. Respecto de su pasado y su

¹⁰ Las Decisiones abordan asuntos “organizativos internos de la RCTA, y las Resoluciones, que son textos exhortatorios, no son jurídicamente vinculantes para las Partes Contratantes. En cambio, las Medidas son jurídicamente vinculantes para las Partes Consultivas después que todas ellas las aprueban” (Secretaría del Tratado Antártico, 2021B)

futuro, la periodización del pasado se basa en la presencia histórica de las potencias que han accedido físicamente al Continente Blanco, y el futuro se sustenta en la cantidad de recursos inmensurables que tiene el mismo. En cuanto a su permanencia y expiración, aparte de lo comentado sobre el artículo XII, que no es considerado por Antonello, para el mencionado autor el preámbulo del Tratado Antártico dilucida cualquier cuestionamiento al respecto, porque allí se establece claramente que al tratado se establece porque “es interés de toda la humanidad que la Antártica continúe utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional”.

En cuanto a la periodización, depende del interés académico para fijar límites temporales según la actividad que se quiera resaltar. Lo interesante en el planteamiento de Antonello es que debido al cambio climático, el Tratado Antártico puede quedar obsoleto en algún momento cercano (2019, p. 3). Si ese augurio llegase a ser cierto, las nuevas generaciones deben estar preparadas para los desafíos que esto supone, y este escrito cobra razón de ser, en cuanto sea una referencia, humilde y pequeña, para generar conciencia en los jóvenes para que empiecen a diseñar desde ahora el nuevo camino de administración del, hasta el momento, llamado Continente Blanco.

f. El devenir del Sistema del Tratado Antártico

El Tratado Antártico tuvo una finalidad geoestratégica, y, como se pudo apreciar cuando se trató el tema del contexto de la política exterior en la fase anterior al mismo, su objetivo era evitar una conflagración mundial por la colisión de intereses antagónicos sobre los temas antárticos. Esa naturaleza geoestratégica del Tratado Antártico pronto se mostró insuficiente ante el influjo de nuevas prioridades que emergieron a partir de las relaciones antárticas en el marco de dicho tratado, especialmente lo concerniente al espectro ambiental. De hecho, el texto del Tratado Antártico solo hace dos referencias a los temas ambientales, (i) la relativa a la prohibición de eliminación de desechos radiactivos contenida en el numeral primero del artículo V, y (ii) la concerniente a las medidas que se deben tomar en las Reuniones Consultivas en materia de protección y conservación de los recursos vivos de la Antártica, contenida en el literal f del artículo IX.

En ese sentido, la pregunta que guía este acápite según la cual habría una insuficiencia del Tratado Antártico para regular la actividad humana debe ser respondida de forma afirmativa. Para explicar esa insuficiencia, autores como Ferrada sostienen que existirían tres fases posteriores a la entrada en vigor del Tratado Antártico, y que constituyen el devenir del Tratado Antártico en un Sistema¹¹, debido a que las disposiciones del tratado no logran satisfacer todas las necesidades de regulación. Una primera fase en la cual en efecto los “intereses soberanos serán postergados a favor de la paz mundial, empleando a la ciencia como facilitadora de la misma”. Una segunda etapa en la cual “se propenderá a la explotación sustentable de los recursos”, y una tercera, en la cual estaríamos actualmente, en qué hay una preocupación por los temas asuntos ecológicos. El mencionado profesor Ferrada advierte que en “esta sucesión de fases jamás se ha superado por completo el período anterior, y la ciencia ha sido en forma constante, aunque no siempre evidente, un instrumento de los intereses predominantes” (2012, pp. 133 y 134).

Aunque esta división en tres fases tiene sustento, la evidencia demuestra que la preocupación ecológica ha permanecido desde casi los inicios de la entrada en vigor del Tratado Antártico. En efecto, en la III Reunión Consultiva del Tratado Antártico celebrada en Bruselas en 1964, se adoptaron las Medidas convenidas para la protección de la fauna y flora en la Antártida, cuyos objetivos son que: (i) los Gobiernos Participantes prohíban en la zona del Tratado Antártico “que se mate, hiera, capture o maltrate un mamífero o ave indígenas”, así como “toda acción conducente a tal fin”, con la excepción del caso de una autorización otorgada (Numeral 1º, artículo VI Medidas convenidas para la protección de la fauna y flora en la Antártida); y que (ii) los Gobiernos participantes deben tomar las medidas oportunas para reducir al mínimo en la zona del Tratado “toda intervención perjudicial a las condiciones normales de existencia de los mamíferos o aves

¹¹ Para una explicación de lo entendido por Sistema del Tratado Antártico, ver pie de página número 3.

indígenas, así como todo intento que tienda a este fin, salvo las autorizaciones previstas en el Artículo VI” (Numeral 1º artículo VII Medidas convenidas para la protección de la fauna y flora en la Antártida).

En virtud de estas Medidas, se establecen “zonas especialmente protegidas”, que “gozarán de una protección especial de los gobiernos con miras a preservar el carácter único de su sistema ecológico natural”, y respecto de las cuales se prohíbe arrancar cualquier planta originaria, a no ser de conformidad con una autorización y la conducción de cualquier vehículo (Números 1º y 2º artículo VIII Medidas convenidas para la protección de la fauna y flora en la Antártida). Además, cada Gobierno participante prohibirá, salvo autorización, la introducción de toda especie de animal o planta indígena en la Zona del Tratado Antártico (Artículo X Medidas convenidas para la protección de la fauna y flora en la Antártida). Estas Medidas y los otros instrumentos que se citarán a continuación son algunos de las más importantes normas que configuran el Sistema del Tratado Antártico.

Dependiendo del enfoque que se aplique, se podría plantear que la preocupación ecológica continuó más allá de las Medidas anteriormente citada, con la adopción de la Convención para la Conservación de las Focas Antárticas de Londres 1972. Desde otro punto de vista, dicha Convención podría considerarse solo como una muestra de la explotación sustentable de los recursos mencionada por el profesor Ferrada, al igual que la Convención de los Recursos Vivos Marinos Antárticos adoptada en Canberra en mayo de 1980, y como lo intentó hacer la fracasada Convención para la Reglamentación de las Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos, adoptada en Wellington el 2 de junio de 1988, pero que no entró en vigor, afortunadamente, ante la negativa de ratificación de Australia, Bélgica, Francia e India (Villamizar Lamus, 2017, p. 115). También dentro de la fase de explotación sustentable de los recursos antárticos podría incluirse la Recomendación XVIII 1 de 1994 por la cual se establecen las directrices para el turismo, refrendada e incorporada a partir de la Decisión 6 (2021) en el Manual de reglamentos y directrices relevantes para las actividades turísticas y no gubernamentales en la Antártida.

Por su parte, la fase de la preocupación ecológica más diáfana tiene lugar con el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, mejor conocido como Protocolo de Madrid. Dicho Protocolo tiene su origen en las preocupaciones surgidas como consecuencia de la Convención para la Reglamentación de las Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos. Como se comentó anteriormente, varios Estados eran reacios a la explotación de los minerales antárticos, de manera que en la Décimo Quinta Reunión Consultiva del Tratado Antártico de París en 1989, hubo varias propuestas que si bien contaban con diferentes enfoques, ponían de relieve la debilidad del régimen antártico, pues no había una regulación de la explotación de los minerales antárticos al no entrar en vigor la Convención para la Reglamentación de las Actividades sobre Recursos Minerales Antárticos, pero a su vez no había ninguna prohibición para explotar dichos minerales (Gautier, 2018).

Así las cosas, entre el 19 de noviembre y el 6 de diciembre de 1990 tuvo lugar la Primera Sesión de la Undécima Reunión Consultiva Especial del Tratado Antártico en Viña del Mar, Chile. En ese evento la propuesta de borrador para un Protocolo sobre la Protección Ambiental Antártica se adoptó como Working Paper para la Segunda Sesión de la Reunión Consultiva Especial de Madrid, celebrada del 22 al 30 de abril de 1991. En esa segunda sesión hubo un grupo para estudiar el texto del Protocolo y otro para los anexos.

Sin embargo, por la trascendencia del tema sub examine fue necesaria una tercera y una cuarta sesión antes de que el Protocolo de Madrid y sus Anexos nacieran a la vida jurídica antártica. En la tercera sesión hubo una revisión jurídica por parte de un Comité Legal para evitar contradicciones y en la cuarta se adoptó el texto del Protocolo al Tratado Antártico sobre la Protección al Medio Ambiente y cuatro anexos¹². Posteriormente, fue adoptado el Anexo V, sobre protección y gestión de zonas, en la XVI Reunión Consultiva del Tratado Antártico en Bonn en 1991 y entró en vigor en 2002. El Anexo VI, sobre responsabilidad derivada

¹² Anexo I: Evaluación de Impacto Ambiental; Anexo II: Fauna y Flora; Anexo III: Gestión de desechos; Anexo IV: Prevención de la contaminación marina; Anexo V: Protección y gestión de zonas; Anexo VI: Responsabilidad emanada de emergencias ambientales.

de emergencias medioambientales, fue adoptado en la XXVIII RCTA en Estocolmo en 2005 (Secretaría del Tratado Antártico C, 2021).

Entre los múltiples temas tratados en el Protocolo de Madrid se resaltan particularmente la designación de la Antártica como “reserva natural dedicada a la paz y la ciencia” (artículo 2 Protocolo de Madrid); el establecimiento de principios medioambientales antárticos (artículo 3 Protocolo de Madrid); las relaciones y compatibilidad con otros componentes del Sistema del tratado Antártico (artículo 3 y 4 Protocolo de Madrid); la prohibición de la explotación de los minerales antárticos con el siguiente tenor literal: “Cualquier actividad relacionada con los recursos minerales, salvo la investigación científica, estará prohibida” (artículo 7 Protocolo de Madrid); la Evaluación de Impacto ambiental para la realización de actividades antárticas (artículo 8 Protocolo de Madrid); y, el Comité para la Protección del Medio Ambiente (artículos 11 y 12 Protocolo de Madrid). En suma, como bien lo expresa el profesor Hemmings, con estas regulaciones contenidas en el Protocolo de Madrid se establece un verdadero régimen de gestión ambiental (Hemmings, 2013, p. 72).

4. Comentarios finales

A lo largo de este artículo se ha podido apreciar el pasado del Tratado Antártico, cuyos antecedentes fueron fundamentales para la configuración del mismo. Pese a los intereses antagónicos, que en su momento eran causal de hostilidades bélicas, el diálogo antártico se hizo posible, y con éste el Tratado Antártico, que con sus luces y sus sombras ha sido exitoso en mantener el uso pacífico del territorio antártico y el ambiente antártico en la medida en que es un continente dedicado a la paz y la ciencia. Mediante una fórmula muy particular, contenida en el artículo IV, el Tratado Antártico logró un equilibrio muy delicado por el cual sin que los reclamantes territoriales renuncien o vean menoscabados sus derechos, no los aplican o quedan “congelados” como coloquialmente se menciona.

Desde luego el régimen *sui generis* que se establece con el Tratado Antártico y el Sistema que de éste deriva no es sencillo de entender, y se deben tener muy claros los principios y mecanismos de funcionamiento para poder abordar adecuadamente la institucionalidad antártica a partir del Tratado Antártico. En esta labor es muy importante involucrar a las nuevas generaciones, para que con la comprensión de lo que fue la etapa previa al Tratado Antártico y lo que es ahora desde su vigencia, puedan configurar los nuevos escenarios y desafíos a los cuales va a estar sometido el Continente Blanco, que no son pocos y que son muy complejos.

El Tratado Antártico es sin duda un ejemplo de cómo pese a las diferencias y los intereses contrapuestos, la Comunidad Internacional puede lograr acuerdos que permiten el mantenimiento de lugares o recursos fuera del apetito voraz de destrucción que muchas veces el ser humano hace gala. Sin ser perfecto, es un buen ejemplo para que en lugares conflictivos se apliquen fórmulas similares y en vez de una imposición de fuerza, se llegue a acuerdos que permitan la paz en la respectiva situación conflictiva. En lo que respecta al Continente Blanco, esperemos que las seis décadas de paz antártica (Ferrada, 2021), se mantengan por la eternidad, pese a que el cambio climático u otros fenómenos puedan poner en jaque la institucionalidad del Tratado Antártico y del Sistema de éste deriva.

5. Referencias bibliográficas

Abdel-Motaal, D. (2016). *Antarctica. The battle for the seventh continent*. Praeger Press.

Antonello, A (2019) The Antarctic Treaty as a temporal order. *Polar Record*, 55(5)
<https://doi.org/10.1017/S0032247419000408>

Arévalo Ramírez, W. (2020). *Manual de Derecho Internacional Público, Fundamentos, Tribunales Internacionales y Casos de Estudio*. Segunda edición. Tirant Lo Blanche.

- Avango, D. (2017). Working geopolitics: sealing, whaling and industrialized Antarctica, en Klaus Dodds, Alan Hemmings y Peder Roberts (Eds.). Handbook on the Politics of Antarctica. Edward Elgar Publishing Limited.
- Bruna, M. (2021). La protección del medioambiente marino antártico en el Sistema del Tratado Antártico. U-Antártica. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1k0CY6ytMwWT9TWx-U797sNtWG6uRHKsr/view>
- Cardone, I. J. & Fontana P. G. (2019). Latin-American contributions to the creation of the Antarctic regime. The Polar Journal, 9(2), 300-323. [10.1080/2154896X.2019.1685174](https://doi.org/10.1080/2154896X.2019.1685174)
- Conferencia sobre la Antártida (1959). Verbatim committee meeting transcripts, October–November. Conference on Antarctica, US Delegation Program Records, Record Group 43. College Park: US National Archives and Records Administration.
- Corte Internacional de Justicia (1955) Application instituting proceedings Reino Unido c. Argentina y Chile, 4 de mayo de 1955. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/26/026-19550504-APP-1-00-EN.pdf>
- Díaz, I. y Villamizar Lamus F. (2014). Uso pacífico de la Antártida como norma de ius cogens. Magallanes, 42(1), 17-31.
- Dodds, K. (2009). La administración del continente polar: los orígenes geopolíticos del Tratado Antártico de 1959. Istor Revista de Historia Internacional, Año X, Núm. 38, 27-49.
- Ferrada, L. V. (2012). Evolución del Sistema del Tratado Antártico: Desde su génesis geoestratégica a sus preocupaciones ambientalistas. Revista de Derecho, 18, Universidad San Sebastián, 131-151.
- Ferrada, L. V. (2021). Seis décadas de paz antártica. En U-Antártica, disponible en: <http://u-antartica.uchile.cl/seis-decadas-de-paz-antartica/>. Consultado el 24 de junio de 2021.
- Fitzmaurice, A. (2014). Terra nullius and the polar regions. En Sovereignty, Property and Empire, 1500–2000 (Ideas in Context, pp. 302-331). Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781139924306.010
- Gautier, P. (2018). Comentario sobre la evolución del Sistema del Tratado Antártico y el aporte de Bélgica al mismo, Reunión de la Sociedad Belga de Derecho Internacional “Arctic and Antarctic Regions: New Challenges for Ocean Governance”, Bruselas, 3 de septiembre de 2018.
- Gordon, J., & Hansom, J.D. (1998). Antarctic Environments and Resources: A Geographical Perspective (1st ed.). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315845166>
- Hemmings, A. D. (2013). Environmental Management as Diplomatic Method. The advancement of strategic national interest in Antarctica (pp.70-89). En D. Ligget y A. D. Hemmings (Eds.), Exploring Antarctic Values, Gateway Antarctica Special Publication Series 1301.
- Martin, S. (2013). A History of Antarctica. Rosemberg Publishing.
- Scott, S. (2017). Three waves of Antarctic imperialism. En Klaus Dodds, Alan D. Hemmings y Peder Roberts (Eds.). Handbook on the Politics of Antarctica. Edwards Elgar Publishing.
- Tuñez, F. (2015). Argentina y Antártida: Política exterior en el siglo XIX. Política Exterior argentina. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad del Salvador. Argentina.
- Villamizar Lamus F. (2017). Más allá de las fronteras: los horizontes geopolíticos de la Antártida. Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia.

Villamizar Lamus, F. (2012). Tratado antártico y mecanismos de protección del territorio antártico. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 10(21), 255-295. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13700>

Villamizar Lamus, F. (2013). Antarctic Treaty and Antarctic Territory protection mechanisms. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2), 461-488.

Villamizar Lamus, F. (2020). Hacia la construcción de una geopolítica crítica de la Antártida. Algunas consideraciones desde la perspectiva de Latinoamérica. En Gisela da Silva Guevara (Ed.), *Geopolítica latinoamericana: mirando al mundo desde el sur*. Universidad Externado de Colombia.

a. Recursos en internet

Instituto Antártico Chileno (INACH) (2021). Sistema del Tratado Antártico. https://www.inach.cl/inach/?page_id=21

Secretaría del Tratado Antártico (2021A): Sobre las Reuniones Consultivas del Tratado Antártico. <https://www.ats.aq/s/atcm.html>

Secretaría del Tratado Antártico (2021B). Sobre las Partes del Tratado Antártico. <https://www.ats.aq/de-vas/Parties?lang=s>

Secretaría del Tratado Antártico (2021C). Protocolo al Tratado Antártico sobre la Protección al Medio Ambiente. <https://www.ats.aq/s/protocol.html>

A 70 años del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena: la capacidad de la sociedad civil de impulsar cambios

70 years after the Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others: civil society's ability to promote change

 Victoria Capriles

Universidad Metropolitana, Venezuela
vcapriles@unimet.edu.ve

Recibido: 31/8/2021

Aceptado: 14/1/2022

Resumen

En 1951 entró en vigor el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, tratado internacional que por casi cincuenta años fue el documento jurídico clave en la lucha contra la trata de personas. Así, este año se cumplen siete décadas de su entrada en vigor, por lo que este artículo se enfocará en dicho Convenio. La metodología por utilizar será documental, particularmente artículos de revistas académicas arbitradas, capítulos de libros, documentos de organizaciones no gubernamentales bien acreditadas, así como de agencias de las Naciones Unidas, y diversas fuentes de derecho internacional sobre la materia. En cuanto a la estructura, primero se realizará una revisión histórica de cómo el movimiento feminista logró posicionar este tema en la agenda política internacional. Luego se analizará el contenido del Convenio de 1951 y la recepción recibida. Finalmente, se explicarán los nuevos tratados en materia de trata de personas que han surgido con posterioridad al Convenio de 1951 y se elaborarán unas conclusiones al respecto de su efectividad histórica y cómo la creación de estos documentos internacionales ha sido la victoria de una sociedad civil organizada.

Palabras clave

Trata de personas, prostitución, feminismo, derecho internacional, derechos humanos

Abstract

The Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, an international treaty that was the key legal document in the fight against human trafficking for almost fifty years, came into force in 1951. This year marks the seventieth anniversary of this event, so this article will focus on said Convention. The methodology used for this paper will be documentary research, particularly through articles from peer-reviewed academic journals, book chapters, documents from well-accredited non-governmental organizations, as well as United Nations agencies, and various sources of international law. First, there will be a historical review of how the feminist movement managed to place this issue on the international political agenda. Then, we will analyze the content of the 1951 Convention and how it was received. And, finally, we will explain the new treaties on human trafficking that have emerged after the 1951 Convention. We will discuss its historical effectiveness and how creating these international documents has been the victory of an organized civil society.

Keywords

Human trafficking, prostitution, feminism, international law, human rights

Cómo citar este artículo: Capriles, V. (2021). A 70 años del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena: la capacidad de la sociedad civil de impulsar cambios. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), 027. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe027>



1. Introducción

El ser humano se ha considerado mercancía, de mayor o menor valor, durante casi toda nuestra historia. La compra y venta de seres humanos fue una parte vital de las economías y el comercio internacional por milenios. La captura de personas con fines comerciales y de explotación era práctica frecuente en tiempos de guerra y de paz. Desde los imperios hasta el establecimiento de ciudades comerciales, aristocracias y colonias dependían del mercadeo de personas y los trabajos a los que éstas eran sometidas. Malekian (2011) sostiene que “básicamente fue sobre la institución de la esclavitud que se desarrolló la economía de algunos países europeos y en particular, de los Estados Unidos” (p. 225).

La captura, tránsito y explotación de personas, con frecuencia de pueblos originarios o descendientes de africanos que eran desarraigadas de su lugar de origen, afectaba diferenciadamente a las mujeres, pues no sólo eran traficadas a los fines de ser explotadas laboralmente, sino también sexualmente (Staff, 2009). En las prácticas de explotación, el cuerpo femenino ha sido valorado como objeto sexual tanto como insumo productivo. Así, durante la colonización de Latinoamérica, las mujeres indígenas eran utilizadas como botín de guerra, y también como moneda de cambio. Stark y Hudon (2020) citan a Cristóbal Colón: “cien *castellanos* se obtienen fácilmente tanto por una mujer como por una granja [...] hay muchos distribuidores que van a buscar mujeres; las de nueve y diez [años] son muy cotizadas” (p. 1).

Es en el siglo XIX que inicia la voluntad de decretar la abolición de la esclavitud en muchos Estados alrededor del mundo. Con ellos, sin embargo, despierta un fenómeno de explotación distintivo: mujeres de raza blanca, provenientes de Europa, eran comerciadas en Medio Oriente, Asia y África, bajo coacción y engaño, para ser explotadas sexualmente, bien sea como concubinas o prostitutas. Esta “trata de blancas” despierta en los incipientes movimientos feministas, una lucha en búsqueda de la abolición de la prostitución, liderada por Josephine Butler (Angulo, 2020; Staff, 2009; Marcovich, 2002).

La historia de la esclavitud es una particularmente compleja, llena de eventos y figuras prominentes e invisibles; pues es un fenómeno denso existente en casi todos los tejidos sociales, morales y económicos de la historia humana. El surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos, con su premisa “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (DUDH, 1948, artículo 1) revela, a mediados del siglo XX, un interés en normalizar la idea de que la esclavitud debe ser absolutamente prohibida (Angulo, 2020). Luego, con la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud de 1956 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 se cimenta esta prohibición como norma de *ius cogens* (Maus, 2021).

El derecho internacional ha intentado capturar diversas formas de explotación con un foco contemporáneo, incluyendo la explotación sexual, ahora identificada como una de las variantes de la trata de personas –denominación que deja atrás la denominación limitante de “trata de blancas”– una figura jurídica que ha sido de compleja definición bajo el derecho internacional (Organización Internacional para las Migraciones, 2006).

En 1949, en un esfuerzo de unificar diversos tratados sobre la materia, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el **Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena** (de ahora en adelante “El Convenio” o “El Convenio de 1951”), documento esencial en la lucha contra la trata de personas, que entró en vigor en 1951. A siete décadas de su entrada en vigor, este segmento de *La Vida de los Tratados* lo estudia en detalle. Se brindará especial atención en diversas fuentes de derecho internacional, incluyendo el Convenio, artículos de revistas académicas arbitradas, capítulos de libros, documentos de organizaciones no gubernamentales bien acreditadas, así como de agencias de las Naciones Unidas, la metodología utilizada en esta investigación es documental.

En cuanto a la estructura de este artículo, primero se realizará una revisión histórica de como el movimiento feminista logró posicionar este tema en la agenda política internacional, seguido de un análisis del contenido del Convenio de 1951 y la recepción recibida. Es de notar que en este trabajo no se tocarán algunos temas

que, aunque profundamente vinculados, como el contexto de los movimientos feministas y las posturas de abolicionismo¹ y la regulación de la prostitución², no son el objeto principal de lo aquí estudiado.

Finalmente, se presentarán reflexiones en relación con los nuevos tratados en materia de trata de personas que han surgido con posterioridad al Convenio de 1951, su efectividad histórica y cómo la creación de estos documentos internacionales han sido la victoria de una sociedad civil organizada.

2. La lucha histórica por erradicar la trata de personas y la aprobación del Convenio para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena de 1951

Ni la trata de personas ni la prostitución son fenómenos recientes (Dunbar, 1999), pero no es sino hasta finales del siglo XIX que, en respuesta a la “trata de blancas”, el movimiento feminista abolicionista empieza a llevar estos debates a la agenda pública. Josephine Butler³, dirigiendo una Asociación Nacional de Damas que fundó como parte de su lucha en contra del tráfico sexual, llevó la batuta de esta lucha en Inglaterra. Una victoria legislativa icónica de este movimiento es la derogación en 1886 de la Ley sobre las enfermedades contagiosas de 1883⁴, que introducía registros de mujeres consideradas “prostitutas”, quienes eran forzosamente examinadas, y de tener alguna enfermedad, enviadas a un hospital especial o sometidas a tratamientos peligrosos (Ridell, 2019). También la promulgación de la Ley de reforma del derecho penal de 1885, que impuso penas a los dueños de prostíbulos y traficantes de mujeres, aumentando la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años, se consideraron grandes victorias del movimiento feminista inglés, que consideraba la prostitución como una forma de esclavitud moderna (Marcovich, 2002; Kempadoo & Doezema, 1998; Staff, 2009).

El rechazo a la explotación sexual ganaba moméntum en toda Europa y el primer tratado internacional sobre trata de personas es el Acuerdo internacional para la supresión de la trata de blancas, una iniciativa de Francia, es firmado en París en 1904, y entra en vigor en 1905, tras la ratificación de veintiséis Estados (Reanda, 1991). Aquí, como sostienen Staff (2009), Hauge (1995) y Fariior (1997) el documento se enfoca en eliminar la trata de mujeres de raza blanca. Aunque se hablaba de trata internacional, asociada a la esclavitud con fines “inmorales” –explotación sexual, es decir, prostitución–, establecía regulaciones dentro de los territorios nacionales:

Artículo 1: Cada uno de los Gobiernos Contratantes se compromete a establecer o nombrar alguna autoridad encargada de coordinar toda la información relativa a la contratación de mujeres o niñas con fines inmorales en el extranjero; esta autoridad estará facultada para mantener correspondencia directa con el departamento similar establecido en cada uno de los demás Estados Contratantes.

Artículo 2: Cada uno de los Gobiernos se compromete a vigilar, especialmente en las estaciones de ferrocarril, puertos de embarque y en ruta, de personas encargadas de mujeres y

¹ Según Daich (2012), la corriente abolicionista “entiende que la trata con fines de explotación sexual y la prostitución son fenómenos inescindibles, que la prostitución es una institución patriarcal basada en la desigualdad entre varones y mujeres y que no puede, bajo ningún concepto, ser considerada trabajo” (p. 74).

² La corriente regulacionista (o reglamentarista) sostiene que “la prostitución es un mal necesario que se regula para evitar efectos perniciosos como la difusión de enfermedades venéreas y los inconvenientes derivados del ejercicio de la prostitución en espacios públicos [y esto se hace a través de] proyectos para legalizar los prostíbulos, crear registros de trabajadoras sexuales, [instalar] libretas sanitarias y [...] multas para quienes no estén en regla” (Daich, 2012, p. 75)

³ Josephine Butler (1828-1906) fue una feminista inglesa que trabajó en pro de los derechos de las mujeres al voto, la educación femenina, la abolición de la prostitución y la “trata de blancas”.

⁴ La Ley de Enfermedades Contagiosas fue promulgada y modificada en varias oportunidades previas, incluyendo actos en 1864, 1866 y 1869 como mecanismo de control de enfermedades de transmisión sexual entre soldados jóvenes quienes eran los principales consumidores de los servicios sexuales de la prostitución (Riddell, 2019).

niñas destinadas a una vida inmoral. Con este objeto se darán instrucciones a los funcionarios, y al resto de personas calificadas, para que obtengan, dentro de los límites legales, toda la información susceptible de conducir a la detección de tráfico delictivo. La llegada de personas que aparezcan claramente como autores, cómplices o víctimas de dicho tráfico, será notificada, cuando se produzca, a las autoridades del lugar de destino, bien a los agentes diplomáticos o consulares interesados, o bien a cualquier otra autoridad competente.

El Acuerdo fue revisado y renegociado en 1910, nuevamente en París, entrando en vigor en 1920 después de ser ratificado por cuarenta y un Estados. El cambio más importante fue el reconocimiento de la trata a nivel interno, que obligaba a los Estados signatarios a “castigar severamente” a los tratantes (Dunbar, 1999; Reanda, 1991).

Con la creación de la Sociedad de Naciones en 1919, el movimiento feminista europeo consiguió otra palestra que sirviera para impulsar sus demandas. Así, a la lucha de Josephine Butler se unieron Avril de Sainte-Croix⁵ y Marcelle Legrand-Falco⁶ en Francia, quienes realizaban activismo e incidencia a favor de los derechos económicos de las mujeres, los derechos civiles y la abolición de la esclavitud. El tema de la trata fue tan central para la Sociedad de Naciones que el artículo 23 de su documento constitutivo establece “la supervisión general sobre la ejecución de convenios en materia de trata de mujeres y niños” (Metzger, 2007).

Comienza así una era de nuevos instrumentos jurídicos en atención al fenómeno de explotación. En junio de 1921 la Sociedad organizó una conferencia internacional en Ginebra, en la cual se derogó el término racial “trata de blancas” a los fines de comenzar a utilizar “trata de mujeres y niños”, se estableció los Estados y asociaciones no gubernamentales debían enviar informes anuales sobre el fenómeno de la trata dentro de su territorio y las acciones tomadas para erradicarlo, y se propuso la creación de un nuevo tratado (García, 2012; Marcovich, 2002).

En septiembre de ese mismo año se aprueba el Convenio Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Niños, que exhortaba a los Estados signatarios a tomar “medidas legislativas o administrativas concernientes a la autorización y supervigilancia de las agencias y oficinas de colocación, en dictar reglamentos en este sentido, a fin de asegurar la protección de las mujeres y de los niños que busquen trabajo en otro país” (artículo 7). Sin embargo, de acuerdo con Chuang (1998) este documento causó confusión a nivel internacional, pues no distinguía claramente entre la trata y la prostitución comercializada.

De igual forma, la Sociedad de Naciones creó una Comisión Consultiva contra la Trata de Mujeres y Niños, constituida por nueve representantes de distintos Estados y cinco representantes de organizaciones internacionales, que se apoyaba en expertos internacionales, como abogados y psiquiatras. Cabe destacar que, entre las representantes gubernamentales, estaba la abolicionista Paulina Luisi⁷, de Uruguay y como una de las representantes de las organizaciones internacionales de mujeres, Avril de Sainte-Croix (García, 2012).

Dos grandes investigaciones del Comité, en 1927 y 1932, concluyeron que la reglamentación de la prostitución –en lugar de su abolición– “favorecían la trata nacional e internacional” (Marcovich, 2002), lo que dio pie a la aprobación del Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933, que por primera vez no tomaba en cuenta el consentimiento de la mujer que ejercía la prostitución: “Deberá ser castigado quienquiera que para satisfacer pasiones ajenas, haya conseguido, arrastrado o seducido, **aun con su consentimiento**, a una mujer o muchacha mayor de edad para ejercer la prostitución en otro país” (artículo 1, subrayado propio), una victoria del movimiento abolicionista.

⁵ Avril de Sainte-Croix (1855-1939) fue una feminista, periodista y filántropa francesa que en 1901 fundó la Sociedad Libertadora de Trabajo, recuperación y reclasificación para niñas.

⁶ Marcelle Legrand-Falco (1880-1985) fue una feminista francesa que en 1926 fundó la rama del movimiento abolicionista en Francia.

⁷ Paulina Luisi (1875-1950) fue una feminista y doctora uruguaya, siendo la primera mujer que cursó estudios en la Facultad de Medicina de Universidad de la República de Uruguay.

La próxima gran victoria del abolicionismo será el borrador de la Convención contra la adquisición nacional e internacional de adultos que manifiesten su consentimiento de 1937, que agrupará todos los tratados anteriores. La abolición de los burdeles, penas para sus administradores y rehabilitación para las mujeres que ejercían la prostitución es central. En palabras de Demleitner (1994), la comunidad internacional concluyó “que la existencia del burdel ya no era un asunto puramente doméstico, ya que era el centro del sistema de trata” (p. 171). Sin embargo, dicha convención nunca fue aprobada, pues tensiones en aumento en Europa desplazaron el debate cuando un par de años después comienza la Segunda Guerra Mundial y con ella, la Sociedad de Naciones desaparece (García, 2012).

La trata de personas volvió a estar en la agenda pública con el fin de la guerra y sus horrores y el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El 21 de junio de 1946 se crea la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU, y después de su primera sesión la comisión estableció las siguientes metas:

- (1) igualdad política, basada en la igualdad en la participación en el gobierno;
- (2) igualdad civil, incluida la igualdad en el matrimonio y la igualdad de derechos relativos a la tutela de los niños, la nacionalidad y la propiedad;
- (3) igualdad social y económica, incluida la prevención de la discriminación contra la mujer en contextos sociales y económicos y **la abolición de la prostitución y la trata de mujeres**;
y
- (4) igualdad de oportunidades educativas (Toepfer & Wells, 1994, p. 95, subrayado propio).

Estos objetivos recibieron el auspicio del Consejo Económico y Social, que, además, en su cuarto período de sesiones aprobó la resolución 43 (IV), que instruyó al entonces Secretario General, Trygve Lie⁸, a retomar el borrador de 1937, actualizando y enmendando el texto y unificando lo contenido en las convenciones existentes en la materia, además de realizar incidencia internacional para ver las posibilidades de aprobación de este (Reanda, 1991).

Como se encuentra documentado por la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas:

El Secretario General, de conformidad con esa resolución, presentó un proyecto de Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (E/1072) a la Comisión de Asuntos Sociales en su cuarto período de sesiones, celebrado el 23 de diciembre de 1948, en el que se estableció un Comité de Redacción para que examinara determinados artículos y un Comité de Estilo para que examinara el texto de todo el convenio. En su cuarto período de sesiones, la Comisión de Asuntos Sociales aprobó un proyecto de convenio modificado por 10 votos contra ninguno y 5 abstenciones. En su informe al Consejo Económico y Social (E/1359), la Comisión recomendó que se concluyera un convenio internacional sobre la base del proyecto propuesto, teniendo en cuenta las opiniones expresadas en el noveno período de sesiones del Consejo Económico y Social. Recomendó también que el proyecto, junto con las actas de las deliberaciones del Consejo Económico y Social, se presentara a la Asamblea General, y que se solicitara al Secretario General que informara de la recomendación a los gobiernos de los Estados Miembros y las partes en los cuatro instrumentos vigentes (s.f., p. 4).

Así, el 2 de diciembre de 1949, la Asamblea General mediante la resolución 317 (IV) aprobó el **Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena**, que se mantendría por casi medio siglo como el tratado más importante en materia de trata de personas. Los Estados comenzaron a firmar y ratificar el Convenio a partir del 21 de marzo de 1950 y el mismo entró en vigor el 25 de julio de 1951, enmarcándose, como sostiene Marcovich (2002) “en el espíritu humanista de la época”.

⁸ Trygve Lie (1896-1968) fue un político noruego, primer Secretario General de las Naciones Unidas, desde 1946 hasta 1952.

3. El Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1951

El movimiento feminista abolicionista obtuvo su más grande victoria a nivel internacional con el Convenio de 1951, que sostiene: “La prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”.

Su artículo 1 establece que los Estados parte deben comprometerse a castigar a toda persona que “concertare la prostitución de otra persona, **aun con el consentimiento de tal persona**”, cimentando una visión robusta contra la prostitución como un hecho ilícito que debe ser totalmente eliminado.

Incluso, en su artículo 6 se sostiene que se “conviene en adoptar todas las medidas necesarias para derogar o abolir cualquier ley, reglamento o disposición administrativa vigente, en virtud de la cual las personas dedicadas a la prostitución tengan que inscribirse en un registro especial para poseer un documento especial o que tengan que cumplir algún requisito excepcional para fines de vigilancia o notificación”, es decir, eliminar cualquier forma de regulacionismo de los Estados parte.

Como establece Rivas (2010) el Convenio de 1951 equipara:

La trata de personas a la prostitución; e implica, por lo tanto, considerar que cualquier persona que ejerce la prostitución es víctima de una violación de derechos humanos; para lo cual, su consentimiento es irrelevante. La prostitución, para este planteamiento, es concebida per se como una forma de esclavitud, tanto si la persona es obligada a ejercerla coercitivamente, como si ha prestado su consentimiento; negando en todo caso que se pueda ejercer la prostitución de forma voluntaria, ya que en todos los casos y siempre el consentimiento prestado estaría viciado. (p. 9, subrayado propio)

Por ende, y a pesar de la postura radical frente a la prostitución, las mujeres que la ejercen siempre son consideradas víctimas, y nunca recae la responsabilidad penal sobre ellas (Staff, 2009). Así, se debe castigar a todos los que “concertare[n] la prostitución de otra persona [...] y explotare[n] la prostitución de otra persona” (artículo 1) así como “mantuviere[n] una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento [o] diere[n] o tomare[n] a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena” (artículo 2), incluso aquellos que incurrieren en “toda tentativa de cometer las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 y todo acto preparatorio de su comisión” (artículo 3) y en “participación intencional” (artículo 4).

Además, el Convenio fue innovador en poder permitir a las víctimas “constituirse en parte civil respecto a cualquiera de las infracciones mencionadas en el presente Convenio” (artículo 5) y las condenas anteriores en qué hayan incurrido los tratantes o proxenetas en otro Estado parte podrán ser utilizadas para “determinar la reincidencia e inhabilitar al infractor para el ejercicio de sus derechos civiles o políticos” (artículo 7) e incluso puede extraditar a los infractores o castigarlos cuando regresen a su país de origen, bajo ciertas circunstancias (artículos 8, 9 y 10).

Los Estados parte también tienen que establecer un servicio encargado de investigar todos los casos de prostitución y trata que sean documentados, así como compilar toda la información que pueda servir para prevenir dichos casos, y que debe mantenerse en constante comunicación con los servicios equivalentes de otros Estados a los fines de suministrar “1) Información detallada respecto a cualquiera de las infracciones mencionadas en el presente Convenio o a las tentativas de cometerlas; 2) Información detallada acerca de cualquier enjuiciamiento, detención, condena, negativa de admisión o expulsión de personas culpables de cualquiera de las infracciones mencionadas en el presente Convenio, así como de los desplazamientos de tales personas y cualesquiera otros datos pertinentes” (artículos 14 y 15).

El Convenio también exhorta a adoptar medidas para prevenir tanto la prostitución como la trata, incluyendo la protección de migrantes, con particular énfasis en mujeres y niños, la rehabilitación de las víctimas y

brindar apoyo a través de servicios de “carácter educativo, sanitario, social, económico y otros servicios conexos” así como inspecciones las agencias de colocación de empleo, y de ser necesario, la repatriación de la víctima al país de origen, de forma voluntaria (artículos 16, 17, 18, 19 y 20).

Vemos entonces como el Convenio de 1951 vincula a los Estados parte a través de tres maneras distintas: en primer lugar, a través de un principio en contra de la trata de personas, luego, con medidas coercitivas específicas y finalmente, con un enfoque social, al tener el deber de rehabilitar y apoyar a las víctimas. De igual forma, este fue el primer tratado en utilizar terminología neutral a nivel de raza y género, al dejar de usar “trata de mujeres” o “trata de blancas”, y al mismo tiempo, entender que la trata no sólo ocurre a nivel internacional (Toepfer & Wells, 1994; Demleitner, 1994). Como sostiene Chuang (1998), también fue la primera vez que se consideró a la prostitución como un problema de derecho internacional y no sólo un problema de derecho nacional.

Sin embargo, este documento cuenta con varias debilidades, a pesar de que puede considerarse la génesis de un sistema internacional de prevención en contra del fenómeno de la trata. Una de estas fallas es que nunca se define explícitamente qué se entiende por “trata de personas” o “prostitución” (Simm, 2004). Asimismo, para Staff (2009) “el artículo 2 ha podido ser utilizado como instrumento de represión de las mujeres prostituidas, violando así uno de sus derechos humanos más elementales como es el derecho a una vivienda” (p. 3) pues en algunos Estados parte, se ha documentado que los agentes de seguridad persiguen a las mujeres que alquilan viviendas para ejercer la prostitución, bajo instrucciones del proxeneta. En general, el instrumento permite una aplicación difusa al considerar personas involucradas en la periferia.

Reanda (1991) plantea que la falta de supervisión internacional es una falla en sí misma, pues según el artículo 21 sólo bastaba con comunicar “al Secretario General de las Naciones Unidas las leyes y reglamentos que ya hubieren sido promulgados en sus Estados y, en lo sucesivo, comunicarán anualmente toda ley o reglamento que promulgaren respecto a las materias a que se refiere el presente Convenio”. Sin embargo, no fue sino hasta dos décadas después, en los años setenta, que se implementó un mecanismo para recabar y analizar la información enviada, lo que impidió que se llevara un control adecuado de su implementación.

Otro punto importante que generó controversia es que el artículo 22 establece que cualquier conflicto entre los Estados parte debe ser llevada ante la Corte Internacional de Justicia, lo que evitó que muchos gobiernos ratificaran el Convenio. Siete años después de su entrada en vigor, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su recomendación 161 solicitó a los Comité de Ministros de los Estados europeos que presionaran a sus gobiernos para ratificar el documento, pues este había “sido ignorado por la mayoría de los Estados miembros” (párr. 3). En agosto de 2021 sólo 82 Estados son parte del Convenio (Naciones Unidas, Colección de Tratados, 2021).

Aunque la Convención fue un documento importantísimo en su momento para avanzar la lucha contra la trata de personas, a setenta años de su entrada en vigor muchos estados la consideran “poco más que una declaración [que] no ha tenido un impacto práctico” (Bassiouni, Rothenberg, Higonnet, Farenga, & Invictus, 2010, p. 442).

4. Nuevos tratados en la materia y el Protocolo del año 2000

A lo largo de los setenta años en que el Convenio de 1951 ha estado vigente, han surgido diversos tratados internacionales en materia de trata de personas con la intención de minimizar las debilidades de este documento base.

Son clave la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud de 1956 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, donde se cimenta la prohibición de la esclavitud como norma de *ius cogens*, entendiendo a la trata como una forma de esclavitud moderna (Maus, 2021). La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 establece en su artículo 6 “los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las

formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”. También se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y sus Protocolos facultativos relativos a la participación de niños en los conflictos armados de 2000 y a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía de 2000.

Finalmente, con la creación de la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer se comenzó a generar un nuevo tratado universal que rigiera la trata de personas. Esta relatoría destacó que “aunque la industria sexual era el sector con mayor demanda para la trata de mujeres y niños, separar la trata de la prostitución y unirla a la migración colocaba los derechos humanos de las mujeres tratadas en el centro” (George, Vindhya, & Ray, 2010, p. 65).

Una nueva resolución es adoptada por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1998 (Hyland, 2001). La negociación de este documento fue una oportunidad para las organizaciones feministas de la sociedad civil, tanto abolicionistas como regulacionistas, de realizar activismo e incidencia en pro de sus agendas (Simm, 2004).

Eventualmente y en conexión con tratados contra la delincuencia organizada⁹, surge el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que plantea que la trata de personas no es sólo un problema de derechos humanos, sino también un problema de una industria delictiva que moviliza miles de millones de dólares anualmente.

El artículo 3 tipifica, por primera vez a nivel internacional, a la trata de personas como:

- a) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b) el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.

La trata de personas dejó entonces de implicar solamente la explotación sexual enmarcada en la prostitución forzada, sino también muchas otras formas de explotación que no eran reconocidos a mediados del siglo pasado: embarazos y matrimonios forzados, el turismo sexual, la mendicidad forzada, la servidumbre, la compra y venta de menores de edad, los niños soldados, el tráfico de órganos, la experimentación biomédica y el uso de personas para el tráfico y venta de drogas y armas (Capriles, 2021). De acuerdo con Simm (2004), esta definición puede entenderse como un compromiso entre los movimientos abolicionistas y regulacionistas, pues “la inclusión de ‘explotación sexual’ en la definición [...] evita la cuestión de si la prostitución puede o no ser voluntaria” (p. 145).

El Protocolo de Palermo ha sido mucho más exitoso que el Convenio de 1951 al momento de ser ratificado, pues hasta agosto de 2021 cuenta con 178 Estados parte (Naciones Unidas, Colección de Tratados, 2021). Finalmente, en 2004, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas –antecesora del Consejo de Derechos Humanos–, a través de la Recomendación 2004/110 creó la Relatoría Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que vigila la implementación del Protocolo del 2000, así como otras fuentes de *soft law*, como los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas (E/2002/68/Add.1).

⁹ Específicamente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000

5. Conclusiones: el potencial de la sociedad civil organizada

Como en lo planteado por Christoplos *et al.* (2014), históricamente, la *sociedad civil organizada* pretende representar y capturar los cambios deseados por las comunidades o colectivos, buscando proveer servicios a través de dichos cambios. Cómo sostienen Gheyntanchi y Moghadam (2014) los movimientos sociales se miden con conceptos como la oportunidad, el proceso político y la movilización de recursos.

Este fenómeno, diferente tanto al Estado como a la economía, puede comprender organizaciones no gubernamentales, caridades, lobistas, asociaciones políticas, asociaciones de vecinos u organizaciones sin ánimos de lucro, pero fundamentalmente, como analizado por Young (1994), la sociedad civil organizada implica “actividad pública asociativa y voluntaria” (p. 77), con la capacidad de generar cambio social, a través de la justicia.

En su trabajo biográfico sobre mujeres activistas en el movimiento “Suffragette”, Riddell (2019) reflexiona sobre el comienzo y la estructura del feminismo como actividad pública: “¿Cómo se define un movimiento que aboga por el reconocimiento de las mujeres en un mundo que han navegado desde el amanecer de los tiempos?” (Riddell, 2019, p. 17. Traducción libre)

La historia de los movimientos feministas es una compleja y aún hoy, en continua construcción y deconstrucción, pero en diversas instancias es posible observar las ondas y el impacto que las agendas feministas crearon en espacios públicos y, en el caso que nos amerita, plataformas de creación jurídica e intelectual que atendieran luchas vinculadas con la explotación en todas sus formas.

Aunque los movimientos feministas a los que nos hemos referido en este trabajo –aquellos tempranos y con epicentro geográfico e intelectual en el mundo occidental– eran liderados por mujeres pertenecientes a élites sociales, sus agendas operaban no de forma ajena a otros movimientos progresistas.

Varios autores reconocen que los movimientos feministas

Han cambiado la manera en que problemas [sociales] se han enmarcado [en el imaginario público] así como han ayudado a alterar la estructura de oportunidad política. La presencia de las mujeres históricamente ha significado movimientos no-violentos que tienen como objetivo generar cambio social a través de medios pacíficos, mientras que sus asociaciones no-jerárquicas y redes [networks] han generado coaliciones de forma más sencilla. (Gheyntanchi y Moghadam, 2014, p. 20)

Grandes fenómenos en cambio social, pasados y presentes, han sido empujados por mujeres activistas, desde el sufragismo hasta en la lucha de las mujeres contra los *saloons* estadounidenses y el alcoholismo –movimiento conocido como “la Cruzada de las Mujeres”–.

Paglia (2008) sostiene que el feminismo siempre ha estado ligado a la democracia. Los diversos instrumentos jurídicos sobre trata de personas aquí analizados, aunque con génesis en espacios limitados y controlados, son un ejemplo de plataformas que se han visto influenciadas y democratizadas al moldearse inevitablemente con demandas de movimientos feministas.

Con el Protocolo de Palermo del año 2000, vemos como se define por primera vez a nivel internacional la trata de personas, así como se deslinda de la prostitución como única forma de explotación. Este instrumento modernizó el espíritu de la norma, entendiendo que hay variadas formas de explotación sexual –incluyendo matrimonios y embarazos forzados– así como no sexual: desde la laboral hasta el tráfico de órganos y la experimentación forzada en seres humanos.

Es vital destacar que la lucha contra la trata de personas y su inclusión en la agenda internacional estuvo innegablemente influenciada por la movilización de la sociedad civil organizada –en este caso, los movimientos esencialmente feministas– que catalizó la creación de estos instrumentos a través del activismo y la incidencia en actores clave que tenían la capacidad de tomar decisiones en el ámbito político e internacional.

La captura y explotación de personas ha sufrido profundas transformaciones como fenómeno: desde sus más normalizados usos, como lo fuera la esclavitud como forma esencial de dominación y creación de riqueza en los amaneceres de la historia humana, a el más contemporáneo rechazo y repulsión casi universal que despierta en las sociedades hoy. Estos cambios no se han producido sin el impacto de grupos esencialmente feministas que, en su actividad *pública, asociativa y voluntaria* han promovido agendas que han empujado el marcador social, moral y jurídico con el que medimos la explotación de personas.

Los movimientos feministas abolicionistas han “jugado un rol vital en la creación de un pánico moral global relacionado con la trata de personas, y sus demandas han sido incorporadas en políticas gubernamentales, legislación y en prácticas por el cumplimiento de las leyes. La cruzada moral, descrita por Witzer es una de las fuerzas que transforman una condición social en un ‘problema’” (Swanson, 2016, p. 595).

Este “pánico moral”, más que causar alarma superficial en el tejido social, fue impulsor de una nueva valoración colectiva de la trata de personas y sus varias formas de explotación, como una amenaza a los derechos fundamental. Valoración que reajusta los compases morales, sí, pero también permea los espacios políticos y jurídicos donde se determina y distingue, en acuerdo razonado, lo legítimo de lo ilegítimo.

Es innegable ver el impacto de los movimientos feministas y las agendas de los grupos feministas abolicionistas¹⁰ en los tratados internacionales y resoluciones en materia de trata de personas. El lenguaje utilizado en estos instrumentos, su *spiritus legis* y pretensiones reflejan demandas y reflexiones de estos grupos que posicionan su razonamiento y rechazo a las prácticas de explotación que han afectado tan marcadamente a las mujeres.

Es también innegable ver el impacto y contexto de estructuras sociales y de pensamiento patriarcales y socialmente tradicionales en estos documentos –el pánico moral relacionado con la trata de personas responde en medida significativa a su relación con la prostitución y las ansiedades morales a su alrededor, por lo que no debe simplificarse la existencia de estos instrumentos a una mera victoria de grupos feministas– sus contextos sociales y morales son mucho más complejos y su impacto no definitivo. Expresiones contemporáneas de la sociedad civil y del movimiento feminista podrán y efectivamente se relacionarán con estos Convenios y sus estructuras de nuevas formas en la actividad pública del mañana.

El derecho, incluso del derecho internacional, aunque considerado alejado o inmóvil por muchos, es tan maleable y adaptable como las sociedades que lo generan. Un ejemplo fundamental de esta realidad se vislumbra en este trabajo, al identificar todos los íres y venires de los instrumentos de la materia –en especial el triunfo y caída en desuso del Convenio de 1951 frente al más sofisticado Protocolo del 2000. Estos instrumentos evolucionaron como el pensamiento de la sociedad civil organizada que empuja la causa. Los instrumentos jurídicos, como la actividad pública y el pensamiento y estrategias de cambio social, son perfectibles, a los fines de que pueda responder adecuadamente a las necesidades y conflictos contemporáneos.

El potencial de la ciudadanía para influir en la toma de decisiones al más alto nivel no es inexistente cuando la actividad pública y voluntaria se organiza y ejerce presiones y presencia estratégicamente.

6. Referencias bibliográficas

Angulo, D. (2020). Trata y otras violencias contra las mujeres. *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 25(54), 11-17.

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. (1958). *Calling for speedy ratification of the International Convention of 2nd December 1949 for the Suppression of the Traffic in Persons and of the*

¹⁰ Recordando que el movimiento regulacionista surge como una iniciativa ordenada en la década de los ochenta (García del Blanco, 2019).

Exploitation of Prostitution. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14198&lang=en>

- Bassiouni, C., Rothenberg, D., Higonnet, E., Farenga, C. & Invictus, A. (2010). Addressing International Human Trafficking in Women and Children for Commercial Sexual Exploitation in the 21st century. *Revue internationale de droit pénal*, 81, 417-491. <https://doi.org/10.3917/ridp.813.0417>
- Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (s.f.). Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1950. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/uncstpepo/uncstpepo_ph_s.pdf
- Capriles, V. (2021). Trata de mujeres venezolanas en el contexto de la crisis migratoria y de refugiados: Respuestas de Colombia, México y Trinidad y Tobago (2017-2020). En Brewer-Carías, A. & Ayala, C. (Coords.), *Libro Homenaje al Dr. Pedro Nikken Tomo I*. (pp. 419-450). Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.
- Christoplos, I., Funder, M., McGinn, C., & Wairimu, W. (2014). Conclusions: what role for civil society? In *human rights perspectives on climate change adaptation: Civil society experiences in Cambodia and Kenya* (pp. 51–58). Danish Institute for International Studies.
- Chuang, J. (1998). Redirecting the Debate over Trafficking in Women: Definitions, Paradigms, and Contexts. *Harvard Human Rights Journal*, 11, 65-75.
- Convención internacional para la supresión de la trata de mujeres y menores (1921). https://www.se-nado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Convencion_ITM.pdf
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016, 20 de octubre). *Sentencia caso trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf
- Daich, D. (2012). ¿Abolicionismo o reglamentarismo? Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución. *RUNA XXXIII*, (1), 71-84.
- Demleitner, N. (1994). Forced Prostitution: Naming an International Offense. *Fordham International Law Journal*, 18(1), 163-197. <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol18/iss1/5>
- Dunbar, M. (1999). The Past, Present, and Future of International Trafficking in Women for Prostitution, *Buffalo Women's Law Journal*, 8(17), 103-128. <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/bwlj/vol8/iss1/17>
- Farrior, S. (1997). The International Law on Trafficking in Women and Children for Prostitution: Making it Live up to its Potential. *Harvard Human Rights Journal*, 10, 213-216.
- García del Blanco, V. (2019). Lucha contra la trata de personas con finalidad de explotación sexual: la regulación de la prostitución. En M. Cano y A. Muro (Coord.), *Algunas reflexiones en torno al pacto mundial por una migración regular, segura y ordenada* (pp. 57-76). Dykinson.
- García, M. (2012). The League of Nations and the Moral Recruitment of Women. *International Review of Social History*, 57, 97-128.
- George, A., Vindhya, U., & Ray, S. (2010). Sex Trafficking and Sex Work: Definitions, Debates and Dynamics — A Review of Literature. *Economic and Political Weekly*, 45(17), 64-73.
- Gheyntanchi, E., y Moghadam, V. N. (2014). Women, Social Protests, And The New Media Activism In The Middle East And North Africa. *International Review of Modern Sociology*, 40(1), 1–26.

- Hauge, C. (1995). Prostitution of Women and International Human Rights Law: Transforming Exploitation into Equality. *N.Y. INT'L. L. REv.*, 8, 23-34.
- Hyland, K. (2001). The Impact of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children. *Human Rights Brief*, 8(2), 30-31.
- International Agreement for the Suppression of the "White Slave Traffic," 18 de mayo de 1904, 35 Stat. 1979, 1 L.N.T.S. 83. <http://hrlibrary.umn.edu/instreetree/whiteslavetraffic1904.html>
- Kempadoo, K., & Doezema, J. (Eds.). (1998). *Global Sex Workers: Rights, Resistance, and Redefinition* (1st ed.). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315865768>
- Malekian, F. (2011). Slavery. En *Principles of Islamic International Criminal Law*, Malekian, F. (ed). Brill | Nijhoff. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004203969.i-452>
- Marcovich, M. (2002). *Guide de la Convention de l'ONU du 2 décembre 1949: Pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui*. Coalition Against Trafficking in Women. http://www.mercops.org/Vigentes/106.G_Convencion_UNU.pdf
- Maus, E. (2021). La prohibición de la esclavitud en H. Ramírez & J. Soberanes (Coord.), *El artículo 1º Constitucional: Una teoría de los derechos humanos* (pp. 269-310). Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Metzger B. (2007) Towards an International Human Rights Regime during the Inter-War Years: The League of Nations' Combat of Traffic in Women and Children. En Grant K., Levine P., Trentmann F. (Eds.) *Beyond sovereignty*. Palgrave Macmillan. https://doi.org/10.1057/9780230626522_4
- Organización de las Naciones Unidas, Colección de Tratados. (2021). *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=en
- Organización de las Naciones Unidas, Colección de Tratados. (2021). *Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others*. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7
- Organización de las Naciones Unidas. (2014). First decade of the mandate of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Trafficking/FirsDecadeSRon_%20trafficking.pdf
- Organización Internacional para las Migraciones. (2006). *Trata de personas: Aspectos básicos*.
- Paglia, C. (2008). Feminism Past and Present: Ideology, Action, and Reform. *Arion: A Journal of Humanities and the Classics*, 16(1), 1-18.
- Reanda, L. (1991). Prostitution as a human rights question: problems and prospects of United Nations action. *Human Rights Quarterly*, 13, 202-228.
- Riddell, F. (2019). *Death in ten minutes: The Forgotten Life of Radical Suffragette Kitty Marion*. Hodder & Stoughton. Londres.
- Rivas, A. (2010). La trata de personas es la nueva forma de esclavitud en el siglo XXI. *En la calle: revista sobre situaciones de riesgo social*, Nº. 17, 7-12.
- Simm, G. (2004). Negotiating the United Nations Trafficking Protocol: Feminist Debates, *The Australian Year Book of International Law Online*, 23(1), 135-160. <https://doi.org/10.1163/26660229-023-01-900000007>

- Staff, M. (2009). Recorrido histórico sobre la trata de personas. Programa Andino de Derechos Humanos. https://www.academia.edu/33096297/Recorrido_hist%C3%B3rico_sobre_la_trata_de_personas
- Stark, C. y Hudon, E. (2020). Colonization, Homelessness, and the Prostitution and Sex Trafficking of Native Women. National Resource Center on Domestic Violence. https://vawnet.org/sites/default/files/assets/files/2020-02/NRCDV_ColonizationHomelessnessandProstitution-Jan2020.pdf
- Swanson, J. (2016). Sexual liberation or violence against women? The debate on the legalization of prostitution and the relationship to human trafficking. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 19(4), 592–639.
- Toepfer, S. & Wells, B. (1994). *The Worldwide Market for Sex: A Review of International and Regional Legal Prohibitions Regarding Trafficking in Women*, 2 Mich. J. Gender & L. 83. <https://repository.law.umich.edu/mjgl/vol2/iss1/4>
- Young, I. (1994). Civil Society and Social Change. *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, 83/84, 73–94.

La mujer y la paz y la seguridad: algunas cuestiones jurídicas a 21 años de la adopción de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

Women and Peace and Security: some reflections 21 years after the adoption of United Nations Security Council resolution 1325

 Hugo Ignacio Llanos Mardones

Embajada de Chile en Nueva Zelanda
llanos.ignacio@gmail.com

Recibido: 1/11/2021

Aceptado: 22/2/2022

Resumen

La resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad lanzó en Naciones Unidas la Agenda de la mujer y la paz y la seguridad. Un conjunto de diez resoluciones ha contribuido a consolidar la Agenda, creando un *corpus juris* que desarrolla y, en ocasiones, revisa normas del derecho internacional, incorporando una perspectiva de género en el conflicto armado y en el post-conflicto. Desde un inicio se presentaron divergencias entre algunos aspectos de la Agenda y el derecho internacional humanitario. El desarrollo normativo se ha realizado a través de instrumentos de *soft law*. La resolución 1325 (2000) ha sido el punto de partida de una norma consuetudinaria que incorpora la perspectiva de género en el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos. A partir de la resolución 1820 (2008) la violencia sexual contra las mujeres y niñas en un conflicto armado y en el post-conflicto es una cuestión que atañe al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en el sentido de la Carta de Naciones Unidas. La Agenda ha impactado las relaciones con fuentes convencionales del derecho internacional.

Palabras clave

Resolución 1325 del Consejo de Seguridad, Agenda de la mujer y la paz y la seguridad, derecho internacional, Derechos de la mujer

Abstract

Security Council Resolution 1325 (2000) launched the Women and peace and security Agenda at the United Nations. A set of ten resolutions has contributed to consolidating the Agenda, creating a *corpus juris* that develops and, on occasions, revises International Law norms, incorporating a gender perspective. From the beginning, there were divergences between aspects of the Agenda and International Humanitarian Law. The normative development has been carried out through soft law instruments. Resolution 1325 (2000) has been the starting point of a customary norm that incorporates a gender perspective into International Humanitarian Law and International Human Rights Law. As from resolution 1820 (2008), sexual violence against women and girls in an armed conflict and in post-conflict situations is an issue that concerns the maintenance of international peace and security within the meaning of the United Nations Charter. The Agenda has impacted relations with conventional sources of International Law.

Keywords

Security Council Resolution 1325, Women and peace and security Agenda, International law, Women's Rights

Cómo citar este artículo: Llanos Mardones, H. I. (2021). La mujer y la paz y la seguridad: algunas cuestiones jurídicas a 21 años de la adopción de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), 029. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe029>

1. Introducción

En 2020 se conmemoró el 20º aniversario de la resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre la mujer y la paz y la seguridad, lo que representa una oportunidad propicia para abordar algunas cuestiones jurídicas que plantea esta resolución, así como el conjunto de resoluciones que la sucedieron. El periodo transcurrido desde 2000 coincide con una creciente atención prestada a la perspectiva de género para analizar el impacto del conflicto armado, en sus distintas dimensiones, en las mujeres y las niñas. El tema “La mujer y la paz y seguridad” forma actualmente parte de la agenda temática del Consejo de Seguridad.¹ El propósito del presente artículo es revisar el estado del arte de la Agenda de la mujer y la paz y la seguridad, y la evolución de la perspectiva de género en el discurso sobre la paz y la seguridad internacionales, identificando los desafíos pendientes, así como examinar las relaciones de la Agenda con fuentes convencionales del derecho internacional. Para ello se analizan documentos oficiales de Naciones Unidas, esto es, las resoluciones relevantes del Consejo de Seguridad, declaraciones de gobiernos y otros actores, así como literatura especializada e instrumentos convencionales.

2. La resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad

La resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad, adoptada por unanimidad, lanzó en Naciones Unidas la Agenda de la mujer y la paz y la seguridad, abordando el impacto del conflicto armado en las mujeres y niñas. Se trata de una agenda amplia y transversal, que fue radicada en el Consejo de Seguridad, pero que bien podría haber sido impulsada desde la Asamblea General, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) o el Consejo de Derechos Humanos. La elección del foro ha impreso en la Agenda un sesgo de securitización del que no ha logrado desprenderse.

La resolución 1325 (2000) reconoce la importancia de la participación de las mujeres en pie de igualdad, así como de la incorporación de la perspectiva de género en la negociación y aplicación de los acuerdos de paz, la planificación para el desarme, la desmovilización y la reintegración, las operaciones de mantenimiento de la paz y la consolidación de la paz en las situaciones de post-conflicto. Se ha dicho que la resolución 1325 (2000) envuelve una visión transformadora.² La misma se organiza en torno a 3 pilares: protección (frente a la violencia); prevención (frente la violencia y ampliación de derechos) y participación (en la consolidación de la paz y reconstrucción post-conflicto).

a. Resoluciones posteriores

Un conjunto de 10 resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad bajo este ítem ha contribuido a consolidar la Agenda con elementos de *lege ferenda*, creando un *corpus juris* que desarrolla y, en ocasiones, revisa normas del derecho internacional, incorporando una perspectiva de género.³ La incorporación de la perspectiva de género (gender mainstreaming) tiene por objeto lograr la igualdad de género.⁴ La resolución

¹ El tema “La mujer y la paz y la seguridad” forma parte de la agenda del Consejo de Seguridad desde el 24 de octubre de 2000. El Consejo de Seguridad intencionalmente incluyó la conjunción copulativa “y” entre “las mujeres” y “la paz y la seguridad” para limitar las cuestiones relativas a las mujeres a ser tratadas por el Consejo, de acuerdo con las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas. Como consecuencia, el enunciado del tema tiene sólo 2 componentes.

² Informe del Secretario General sobre las mujeres y la paz y la seguridad, S/2015/716, 16 de septiembre de 2015, párrafo 66.

³ Resoluciones del Consejo de Seguridad 1325 (2000), 1820 (2008), 1888 (2009), 1889 (2009), 1960 (2010), 2106 (2013), 2122 (2013), 2242 (2015), 2467 (2019) y 2493 (2019). Estas resoluciones fueron adoptadas unánimemente por el Consejo de Seguridad, excepto la resolución 2467 (2019), en la que China y la Federación de Rusia se abstuvieron.

⁴ Women, Peace and Security. Study submitted by the Secretary-General pursuant to Security Council resolution 1325 (2000), párrafo 13.

1325 (2000) y resoluciones posteriores tienen relación *ratione materiae* con el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

La resolución 1820 (2008) reconoce por primera vez la violencia sexual como arma y táctica de guerra. Señala que la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir un crimen de guerra, un crimen contra la humanidad, o un acto constitutivo de genocidio. La resolución hace un llamado al adiestramiento de tropas para prevenir y responder a la violencia sexual y a que se despliegue a más mujeres en las fuerzas de policía o en el mantenimiento de la paz. Asimismo, reconoce que la violencia sexual puede agudizar las situaciones de conflicto armado y constituir un impedimento para el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales.

La resolución 1888 (2009) reitera que la violencia sexual puede agudizar el conflicto armado y constituir un impedimento para el restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales. Hace un llamado a los dirigentes civiles y militares a combatir la violencia sexual en los conflictos armados. Exhorta al Secretario General a designar a un equipo de expertos en el país donde ocurra violencia sexual.

La resolución 1889 (2009) subraya la necesidad de que se siga aplicando la resolución 1325 (2000) e insta a establecer indicadores mundiales para vigilar su aplicación. Hace un llamado a que la mujer participe en los procesos de paz y a incorporar la perspectiva de género en todos los procesos de adopción de decisiones después de un conflicto.

La resolución 1960 (2010) reitera la exigencia a todas las partes en conflictos armados a poner fin a todos los actos de violencia sexual. Pide al Secretario General compartir información pertinente sobre la violencia sexual con los Comités de Sanciones de Naciones Unidas. Reafirma que es imprescindible poner fin a la impunidad. La resolución también solicita al Secretario General que incluya en los informes anuales sobre la resolución que presente en cumplimiento de las resoluciones 1820 (2008) y 1888 (2009) información detallada relativa a las partes en conflictos armados sobre las cuales pesen sospechas fundadas de que han cometido o han sido responsables de actos de violación y otras formas de violencia sexual y a incluir una lista de las partes en conflictos armados sobre las cuales pesen sospechas fundadas de que han cometido o han sido responsables de actos sistemáticos de violación y otras formas de violencia sexual.

La resolución 2106 (2013) afirma que la violencia sexual puede constituir un crimen de lesa humanidad o un acto constitutivo con respecto al genocidio. Recuerda además que la violación y demás formas de violencia sexual grave en los conflictos armados son crímenes de guerra y exhorta a los Estados Miembros a que cumplan sus obligaciones de seguir luchando contra la impunidad. Subraya la importancia de que en las situaciones de conflicto armado y post-conflicto se adopte un enfoque amplio de la justicia de transición que abarque medidas judiciales y no judiciales. Asimismo, pone de relieve la función que pueden desempeñar las mujeres, la sociedad civil, incluidas las organizaciones de mujeres, y los dirigentes comunitarios para ejercer influencia sobre las partes en los conflictos armados en lo que respecta a hacer frente a la violencia sexual.

La resolución 2122 (2013) afirma que la paz sostenible requiere un enfoque integrado que se base en la coherencia entre las actividades en los ámbitos de la política, la seguridad, el desarrollo, los derechos humanos, incluida la igualdad entre los géneros. Reconoce la necesidad de que la resolución 1325 (2000) se aplique sistemáticamente. Subraya la necesidad de que se corrijan las deficiencias y se refuercen los vínculos entre la labor de Naciones Unidas en materia de paz y seguridad sobre el terreno, derechos humanos y desarrollo como medio de hacer frente a las causas profundas de los conflictos armados y las amenazas para la seguridad de las mujeres y las niñas en la búsqueda de la paz y la seguridad internacionales.

La resolución 2242 (2015) insta a los Estados Miembros a que evalúen sus estrategias y su asignación de recursos para la implementación de la agenda sobre las mujeres y la paz y la seguridad. Reitera su llamado a los Estados Miembros para que velen por una mayor representación de las mujeres en todos los niveles de decisión de las instituciones y mecanismos de prevención y solución de conflictos. Acoge con beneplácito los esfuerzos realizados por los Estados Miembros para aplicar la resolución 1325 (2000), incluida la formulación de planes de acción nacionales. Crea un grupo oficioso de expertos sobre las mujeres, la paz y la

seguridad. Reconoce que el terrorismo y el extremismo violento tienen un impacto diferente en los derechos humanos de las mujeres y que con frecuencia son atacadas directamente por los grupos terroristas, y expresa su preocupación por el hecho de que los actos de violencia sexual y por razón de género son parte de los objetivos estratégicos y la ideología de ciertos grupos terroristas, que los utilizan como táctica de terrorismo.

La resolución 2467 (2019) reconoce que la violencia sexual en los conflictos ocurre en un “continuo” de violencia contra las mujeres y las niñas. Reconoce la apropiación y la responsabilidad nacionales para abordar las causas profundas de la violencia sexual en situaciones de conflicto armado y post-conflicto. Reconoce también la necesidad de un enfoque centrado en el sobreviviente. Insta a los Estados Miembros a que mejoren el acceso a la justicia de las víctimas de la violencia sexual en situaciones de conflicto y post-conflicto, incluidas las mujeres y las niñas.

La resolución 2493 (2019) insta a los Estados miembros a que implementen plenamente las disposiciones de la Agenda y sus prioridades. Pide a los Estados Miembros que promuevan todos los derechos de las mujeres, incluidos los derechos civiles, políticos y económicos.

b. Posiciones

Desde un inicio se presentaron divergencias entre algunos aspectos de la Agenda de la mujer y la paz y la seguridad y el derecho internacional humanitario (DIH). Tales divergencias se refieren al pilar de protección, en particular a las disposiciones del DHI y si éstas son adecuadas para la protección de la mujer. Ello ha creado una tensión que no ha sido resuelta hasta ahora. Una posición postula que el DHI⁵ es adecuado para abordar los desafíos que plantea la Agenda de la mujer y la paz y la seguridad. Para esta posición no sería necesario revisar el derecho existente (Oosterveld, 2009, p. 402).⁶ Correspondería mejorar activamente la implementación del DIH.

La Crítica Feminista, en cambio, afirma que el DIH acusa deficiencias, ya que carece de una perspectiva de género (Benoune, 2007, p. 390).⁷ Agrega que en el DIH existen estereotipos sobre la debilidad relativa de la mujer, lo que perpetúa la discriminación en su contra. Afirma, además, que en el DIH la violencia contra la mujer es vista desde una perspectiva muy estrecha, resultando en una protección menor. Considera que la violencia sexual es un crimen de género. Para esta posición, la Agenda de la mujer y la paz y la seguridad, no es complementaria, sino alternativa al Derecho Internacional Humanitario.

El consenso actual, tal como se refleja en las disposiciones de las resoluciones relevantes del Consejo de Seguridad, no cuestiona el DIH. En efecto, las resoluciones hacen llamados genéricos a los Estados y a las partes no estatales en los conflictos armados a que cumplan o respeten plenamente “las obligaciones emanadas del derecho internacional aplicable”, sin mencionar explícitamente los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. Tales instrumentos son mencionados expresamente sólo en dos de las diez resoluciones relevantes,⁸ en un lapso de 21 años, convirtiéndolos en los grandes ausentes de este proceso normativo. Esta situación ha dejado espacio para la creación de derecho. El consenso predominante incluye la afirmación de que el DIH confiere a las mujeres y a los niños una protección general como parte de la población civil durante los conflictos armados y una protección especial habida cuenta de que pueden estar expuestos a riesgos específicos.

⁵ El Derecho Internacional Humanitario está contenido en los Convenios de Ginebra de 1949, sus Protocolos Adicionales de 1977 y sus Comentarios, así como el Derecho Consuetudinario.

⁶ Esta posición se identifica con la asumida por el CICR, que ha declarado que está convencido de que el respeto y el cumplimiento del derecho del conflicto armado es el mejor camino para asegurar la protección de las vidas de aquellos que no son partes en el conflicto armado. Declaración del CICR durante la sesión abierta del Consejo de Paz y Seguridad de la Unión Africana para celebrar la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, Adis Abeba, 17 de octubre de 2019.

⁷ Se ha sugerido que una manera de abordar los problemas descritos sería actualizar los Comentarios de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos incorporando la perspectiva de género.

⁸ Resolución 1325 (2000), párrafo operativo 9 y resolución 2467 (2019), párrafo preambular 3.

Un aspecto en que la mención expresa de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977 merece destacarse, es que ésta permite sostener que la resolución 1325 (2000) es aplicable a los conflictos armados internacionales y no internacionales (Barrow, 2010 a, p. 231).

3. La Agenda de la mujer y la paz y la seguridad y la *soft law*

El desarrollo de la Agenda se ha producido principalmente a través de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que enuncian una serie de compromisos para los Estados y para las partes no estatales en un conflicto armado. No se trata de resoluciones obligatorias del Consejo de Seguridad adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. El desarrollo normativo se ha realizado a través de instrumentos de *soft law*, los que en ciertos aspectos crean normas cuasi-jurídicas. Como tal, la *soft law* se sitúa en un terreno entre la norma vinculante y la norma no vinculante (Shaffer y Pollack, 2010 a, p. 1147 y ss.).

Según Shaffer y Pollack, los Estados elegirán la *soft law* cuando los costos de transacción de crear *soft law* puedan ser menores que los costos de crear *hard law*. Los compromisos no vinculantes asumidos por los Estados mediante instrumentos de *soft law* crean expectativas acerca de lo que constituye el comportamiento apropiado. Los compromisos resultantes tienen efecto jurídico en la medida en que la norma de *soft law* informa la comprensión o percepción de los Estados acerca de lo que constituye un comportamiento conforme. En el ámbito de la *soft law*, el costo de incumplimiento se presenta bajo la forma de pérdida de reputación, retaliación o incumplimiento recíproco (Shaffer y Pollack, 2010 b, pp. 1160 y 1161).

Desde el punto de vista de las fuentes de derecho internacional, es posible afirmar que la resolución 1325 (2000) ha sido el punto de partida de una norma consuetudinaria que incorpora la perspectiva de género en el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del conflicto armado y post-conflicto.

4. Cuestiones particulares

a. La mujer como víctima

Los promotores de la Agenda han criticado fuertemente el enfoque de la mujer como víctima que, consideran, atraviesa el DIH. El concepto de la mujer como víctima estaría presente en las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra, en los que la respuesta a la violencia sexual se basa en la integridad moral, en lugar del daño físico o psicológico (Barrow, 2010 b, p. 224). Por el contrario, en la Agenda la mujer juega múltiples roles en el conflicto armado, incluyendo su participación en la toma de decisiones a todos los niveles.

b. La violencia sexual y por razón de género en situaciones de conflicto armado y post-conflicto

Desde un punto de vista de la protección, los abusos que sufren las mujeres y niñas en el conflicto armado, tales como asesinato, tortura o trato inhumano, son considerados violaciones graves de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I. No obstante, los abusos específicos de género, como la violencia sexual, no son considerados como violaciones graves.⁹ Ello ha dejado un espacio para la creación de derecho, la que ha tenido lugar a través de la elaboración de normas de protección relativas a la violencia sexual y por razón de género cometida contra las mujeres y niñas en conflictos armados y en situaciones de post-conflicto, incidiendo en el desarrollo progresivo del derecho internacional a través de la incorporación de la perspectiva de género.

⁹ Informe del Secretario General sobre las mujeres y la paz y la seguridad, S/2015/716, 16 de septiembre de 2015.

En el conjunto de resoluciones que conforman la Agenda se establece que el derecho internacional prohíbe todas las formas de violencia sexual. Prescribe que el DIH prohíbe la violación y demás formas de violencia sexual y que estas obligaciones incluyen prevenir la violencia sexual y combatir su impunidad. La resolución 1820 (2008) agregó otra forma de violencia sexual: la violencia sexual como método o táctica de guerra,¹⁰ mientras que la resolución 2467 (2019) incluyó la violencia sexual como táctica de terrorismo.¹¹ La resolución 2106 (2013) afirma que la violencia sexual puede constituir un crimen de lesa humanidad o ser un acto constitutivo del crimen de genocidio. En los conflictos armados, la violación y demás formas de violencia sexual grave son constitutivas de crímenes de guerra.

De las diez resoluciones adoptadas a la fecha por el Consejo de Seguridad sobre “La mujer y la paz y la seguridad”, nueve contienen referencias explícitas a la violencia sexual. A partir de la resolución 1820 (2008) es posible advertir un marcado énfasis en el tratamiento de la problemática de la violencia sexual, al punto que ésta aparece como “una agenda dentro de la agenda”. Ello, en desmedro de los otros pilares de la Agenda y su tratamiento equilibrado. Este desarrollo normativo en favor de uno de los pilares de la resolución 1325 (2000) fue observado en el Estudio Mundial sobre la aplicación de la resolución 1325, 15 años después de la adopción de la resolución 1325 (2000).¹² En el mismo sentido, Barrow afirmaba que la presentación de una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad enfocadas en la violencia sexual podía debilitar más que fortalecer la resolución 1325, al diluir la cristalización de importantes normas sobre mujeres y la paz y la seguridad, dirigidas a empoderar y proteger a las mujeres (Barrow, 2010 c, p. 232).

c. Violencia sexual y mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales

La resolución 1820 (2008) se centra en la violencia sexual en el conflicto armado. En su preámbulo, reafirma la determinación de eliminar todas las formas de violencia contra la mujer y la niña, poniendo fin a la impunidad y asegurando la protección de la población civil, en particular de las mujeres y niñas, en los conflictos armados y después de éstos. A partir de esta resolución la violencia sexual contra las mujeres y niñas en un conflicto armado y en el post-conflicto es una cuestión que atañe al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales en el sentido de la Carta de Naciones Unidas. Ello representa desarrollo progresivo del derecho internacional.

La resolución 1820 (2008) crea derecho en cuanto fortalece la protección de las mujeres y niñas más allá de las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, incidiendo en el desarrollo progresivo del derecho internacional en la materia.

d. El futuro de la Agenda

El debate abierto anual en el Consejo de Seguridad sobre la mujer, la paz y la seguridad, que coincidió con el 20º aniversario de la resolución 1325 (2000), se enfocó —elocuentemente— en promover una mejor implementación de ésta y las resoluciones conexas. Aunque gran parte de la discusión se centró en el impacto del COVID-19 y los nuevos desafíos que éste trajo consigo, quedó de manifiesto que el progreso en la implementación de la Agenda ha sido lento, por falta de voluntad política, especialmente a nivel de los planes de acción nacionales, a lo que se suma la falta de financiamiento.¹³ No se adoptó ninguna resolución tras el debate, dado que un proyecto de resolución ruso no concitó el apoyo necesario.

Sin perjuicio de lo anterior, en los últimos años ha comenzado a evidenciarse una falta de acuerdo en el Consejo de Seguridad, especialmente entre sus miembros permanentes, sobre la manera de seguir avanzando

¹⁰ Resolución 1888 (2009).

¹¹ Resolución 2467 (2019), párrafo operativo 6.

¹² En palabras del Secretario General de Naciones Unidas, “[e]s alentador observar que el hincapié en la violencia sexual y por razón de género que dominó muchas resoluciones ha comenzado a verse acompañado de un mayor hincapié en la participación”. Informe del Secretario General sobre las mujeres y la paz y la seguridad, op.cit., nota 2, párrafo 148.

¹³ Celebrado el 29 de octubre de 2020.

en la Agenda y sus diferentes pilares. Entre los temas controvertidos están el de la rendición de cuentas y el rol de la Corte Penal Internacional en este ámbito y la creación de un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad que se encargue del seguimiento de esta temática. Sobre este último punto, la iniciativa de crear un Grupo de Trabajo ha sido resistida hasta ahora por China y la Federación de Rusia.

5. La Agenda y fuentes convencionales de derecho internacional

Se ha producido una influencia recíproca entre la Agenda y fuentes convencionales de derecho internacional, tanto universales como regionales. Ello ha impulsado la cristalización de normas de protección en instrumentos convencionales.

a. Violencia sexual en el Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma de 1998 considera crimen de lesa humanidad la “Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”.¹⁴

Por otra parte, el Estatuto considera crimen de guerra “Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”.¹⁵

En el caso del genocidio, el Estatuto de Roma reprodujo *verbatim* la definición de genocidio contenida en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (artículo II), sin incorporar una perspectiva de género.

b. La Recomendación General N° 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979 no aborda directamente la problemática de la mujer en el conflicto armado. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer puede hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes.¹⁶ En uso de tal facultad, el Comité elaboró en 2013 la Recomendación General N° 30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos.¹⁷ Entre otros, la Recomendación incluyó en su procedimiento de presentación de informes, aquellos relativos a la aplicación de los compromisos del Consejo de Seguridad sobre las medidas que han adoptado los Estados partes para aplicar las disposiciones de la Convención, incluidas las disposiciones en materia de prevención de conflictos y situaciones de conflicto y posteriores a conflictos (Párr. 27).

El Comité de la CEDAW reconoció el valor de la Agenda de la mujer y la paz y la seguridad, afirmando que las resoluciones relevantes “constituyen marcos políticos importantes para fomentar la promoción respecto de las mujeres, la paz y la seguridad” (Párr. 25).

¹⁴ Cuando los actos se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Artículo 7 párrafo 1, letra g).

¹⁵ Cuando los actos se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. Artículo 8 párrafo 2 apartado e) número vi.

¹⁶ Artículo 21 párrafo 1.

¹⁷ CEDAW/C/GC/30, 1º de noviembre de 2013.

c. El Protocolo de Maputo

El Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres Africanas o Protocolo de Maputo, adoptado en 1981, precedió a la Agenda de la mujer y la paz y la seguridad. Se trata del primer instrumento regional que protege a la mujer de todas las formas de violencia, incluyendo sexo forzado o no deseado, sea que ocurra en privado o público –actualmente en vigor–. El Protocolo, concebido para aplicarse en tiempo de paz, contiene empero una disposición que hace extensiva la protección a la mujer en situaciones de conflicto armado o guerra (artículo 11).

d. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994, conocida como Convención de Belém do Pará, establece deberes para los Estados partes, incluyendo la adopción de medidas que deben tener en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad (artículo 9).

e. El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul) fue adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011 –actualmente en vigor–. La violencia contra la mujer se reconoce como una violación de los derechos humanos y como una forma de discriminación. Su preámbulo reconoce las violaciones constantes de los derechos humanos en situación de conflictos armados que afectan a la población civil, y en particular a las mujeres, en forma de violaciones y de violencias sexuales generalizadas o sistemáticas y el aumento potencial de la violencia basada en el género tanto antes como después de los conflictos. Para fines del presente artículo interesa destacar que el Convenio se aplica en tiempo de paz y en situaciones de conflicto armado (artículo 2, párrafo 3).

6. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015, contiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de alcance mundial y 169 metas. Uno de sus objetivos es el de promover la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas. En efecto, el ODS N° 5 tiene por finalidad: “Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas”.

Aunque las 5 metas del ODS 5 no se refieren específicamente a la Agenda de la mujer y la paz y la seguridad, es posible inferir que ésta está implícita en este Objetivo. Por otra parte, otras secciones de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible mencionan dicho rol.¹⁸ La Agenda de la mujer y la paz y la seguridad es compatible con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Así se ha reflejado en la práctica en Naciones Unidas¹⁹.

¹⁸ Por ejemplo, el párrafo 35 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible señala que “... Debemos redoblar nuestros esfuerzos para resolver o prevenir los conflictos y apoyar a los países que salen de un conflicto, incluso velando por que las mujeres desempeñen su papel en la consolidación de la paz y la construcción del Estado...”.

¹⁹ Informe del Secretario General sobre las mujeres y la paz y la seguridad, *op.cit.*, nota 2, ~~párrafo~~ 71.

7. Conclusiones

La resolución 1325 (2000) lanzó en Naciones Unidas la Agenda de la mujer y la paz y la seguridad, abordando el impacto del conflicto armado en las mujeres y niñas. La Agenda se organiza en torno a 3 pilares: protección, prevención y participación. La perspectiva de género se ha desarrollado como una cuestión transversal. Desde un inicio se presentaron divergencias sobre algunos aspectos de la Agenda y el DIH. Tales divergencias se refieren al pilar de protección, en particular a las disposiciones del DIH y si éstas son adecuadas para la protección de la mujer.

La Agenda abandona el paradigma de la mujer como víctima en el conflicto armado, ha ampliado su protección y la ha empoderado en todas las etapas del conflicto. El avance normativo se ha logrado en base a un conjunto de resoluciones del Consejo de Seguridad, las que se sitúan en el ámbito de la *soft law*. A 21 años de la adopción de la resolución 1325 (2000), los instrumentos de *soft law* siguen siendo el medio privilegiado para avanzar en la Agenda.

Desde el punto de vista de las fuentes de derecho internacional, es posible afirmar que la resolución 1325 (2000) ha sido el punto de partida de una norma consuetudinaria que incorpora la perspectiva de género en el DIH y el derecho internacional de los derechos humanos, en el ámbito del conflicto armado y post-conflicto.

La resolución 1820 (2008) crea un vínculo indisoluble entre la violencia sexual contra las mujeres y niñas en el conflicto armado y en el post-conflicto, y la paz y la seguridad internacionales. Esta resolución crea derecho en cuanto fortalece la protección de las mujeres y niñas frente a la violencia sexual en el conflicto, más allá de las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, introduciendo una perspectiva de género, incidiendo así en el desarrollo progresivo del derecho internacional.

La violencia sexual ha sido “una agenda dentro de la agenda”, en particular a partir de la resolución 1820 (2008). Ello ha tenido lugar en desmedro de los otros pilares de la Agenda. Este desarrollo normativo en favor de uno de los pilares de la resolución 1325 (2000) afecta el tratamiento equilibrado de los distintos pilares de la Agenda.

La Agenda ha impulsado la cristalización de normas de protección en instrumentos convencionales, como el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y a través de la jurisprudencia de órganos de tratados, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

En el derecho internacional contemporáneo, la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres. Ella puede constituir un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra o ser un acto constitutivo del crimen de genocidio. Además, la violencia contra la mujer puede ser usada como táctica de guerra o de terrorismo.

Por último, la Agenda ha ampliado la protección de las mujeres y las niñas, más allá de las prescripciones del DIH, y en el empoderamiento de la mujer en el conflicto armado y en el post-conflicto, en el campo del derecho internacional de los derechos humanos.

8. Referencias bibliográficas

a. Artículos

Barrow, A. (2010). UN Security Council Resolutions 1325 and 1820: constructing gender in armed conflict and international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, 92 (877), 221-234. <http://doi.org/10.1017/S1816383110000081>

- Bennoune, K. (2007). Do We Need New International Law to Protect Women in Armed Conflict. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 38(2), 363-391. <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol38/iss2/6>
- Oosterveld, V. (2009). Feminist Debates on Civilian Women and International Humanitarian Law. *Law Publications*, 104, 385-402. <https://ir.lib.uwo.ca/lawpub/104>
- Shaffer, G. C. y Pollack, M. A. (2010). Hard Versus Soft Law in International Security. *Boston College Law Review*, 52(4), 1147-1241. <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol52/iss4/1>

b. Resoluciones

- Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, A/RES/70/1. <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>
- Resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. [https://undocs.org/es/S/RES/1325%20\(2000\)](https://undocs.org/es/S/RES/1325%20(2000))
- Resolución 1820 (2008) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. [https://undocs.org/es/S/RES/1820%20\(2008\)](https://undocs.org/es/S/RES/1820%20(2008))
- Resolución 1888 (2009) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. [https://undocs.org/es/S/RES/1888%20\(2009\)](https://undocs.org/es/S/RES/1888%20(2009))
- Resolución 1889 (2009) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. [https://undocs.org/es/S/RES/1889%20\(2009\)](https://undocs.org/es/S/RES/1889%20(2009))
- Resolución 1960 (2010) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. [https://undocs.org/es/s/res/1960%20\(2010\)](https://undocs.org/es/s/res/1960%20(2010))
- Resolución 2106 (2013) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. [https://undocs.org/es/S/RES/2106\(2013\)](https://undocs.org/es/S/RES/2106(2013))
- Resolución 2122 (2013) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. [https://undocs.org/es/S/RES/2122\(2013\)](https://undocs.org/es/S/RES/2122(2013))
- Resolución 2242 (2015) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. [https://undocs.org/es/S/RES/2242\(2015\)](https://undocs.org/es/S/RES/2242(2015))
- Resolución 2467 (2019) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. [https://undocs.org/es/S/RES/2467\(2019\)](https://undocs.org/es/S/RES/2467(2019))
- Resolución 2493 (2019) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. [https://undocs.org/es/S/RES/2493\(2019\)](https://undocs.org/es/S/RES/2493(2019))

c. Instrumentos convencionales

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1494/convencion-interam-2011.pdf>
- Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. <https://rm.coe.int/1680462543>
- Estatuto de la Corte Penal Internacional. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)
- Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres Africanas. <http://www.sajj.gob.ar>
- Recomendación General N° 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/30, 1° de noviembre de 2013. <https://undocs.org/es/CEDAW/C/GC/30>

Otros documentos

ICRC Statement during the AU Peace and Security Council (PSC) open session to celebrate UNSC Res 1325. International Committee of the Red Cross (ICRC). Statement Delivered by Mr. Valery Mbaoh Nana, Deputy Head of Delegation to the AU. Adis Abeba, 17 de octubre de 2019.

Informe del Secretario General sobre las mujeres y la paz y la seguridad, S/2015/716, 16 de septiembre de 2015. <https://undocs.org/es/S/2015/716>

Women, Peace and Security, Study submitted by the Secretary-General pursuant to Security Council resolution 1325 (2000). <https://www.un.org/ruleoflaw/files/womenpeaceandsecurity.pdf>

“First they killed my father” Una perspectiva iusinternacionalista

“Se lo llevaron: Recuerdos de una niña de Camboya”

An international law perspective

 Carlos Gil Gandía Universidad de Murcia, España
carlos.gil@um.es

Recibido: 12/8/2021

Aceptado: 25/8/2021

Resumen El film *Firts they killed my father: A Daughter of Cambodia Remembers* (2017) está basado en el libro homónimo de Loung Ung (2001), en el que narra su historia personal, vivida y padecida, de los crímenes atroces que cometieron los Jemeres Rojos en Camboya. La mirada de Loung es la mirada de un testigo, de una víctima que nos muestra la cara más oscura y deleznable del ser humano con el objetivo de que la lógica de la memoria se imponga a la del olvido a fin de garantizar, además, la no repetición de lo sucedido.

Palabras clave genocidio, víctima, memoria histórica, derechos humanos, derecho internacional.

Abstract The film *Firts they killed my father: A Daughter of Cambodia Remembers* (2017) is based on the book of the same name by Loung Ung (2001), in which she narrates her personal story, lived and suffered, of the atrocious crimes committed by the Khmer Rouge in Cambodia. Loung's gaze is the gaze of a witness, of a victim who shows us the darkest and most despicable side of the human being with the aim of ensuring that the logic of memory prevails over that of oblivion in order to guarantee the non-repetition of what happened.

Key words: genocide, victim, historical memory, human rights, international law

Cómo citar este artículo: Gil Gandía, C. (2021). “First they killed my father”: Una perspectiva iusinternacionalista. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4) e016. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe016>

1. La perspectiva. *Canto del pueblo judío sacrificado* (Isaac Kaztnelson)

El Derecho “como el aire, está en todas partes” (Nino, 1987, p. 1). Mas aun cuando hoy, cine y Derecho, de forma conjunta y no por separado, forman una simbiosis de suma importancia para el *homo videns* (Sartori, 2005).

La película no está narrada desde la perspectiva jurídica, sino desde la perspectiva histórica merced a la memoria de Loung Ung¹: víctima de los Jemeres Rojos, y en cuyo libro se basa el filme, con la inestimable ayuda de otra víctima de la dictadura, Rithy Panh, que igualmente plasmó sus vivencias en *La eliminación* (Anagrama, 2013).

El filme se analiza en clave *Derecho Internacional*, aunque también según fundamentos de filosofía jurídico-política en tanto la trama se presta a ello. Para el desarrollo de la crítica me serviré de versos de poetas que han vivido y/o han reflexionado sobre hechos de violencia indómita que marcaron a sangre y fuego la historia del *corto* siglo XX, apelando al adjetivo dado por Hobsbawm (Hobsbawm, 2012, p. 9).

2. Contexto. *The theater of war. Offstage a cast of thousands weeping* (“Scenario”, Denise Levertov)

Contextualicemos. La película comienza en forma de documental mostrando bombardeos norteamericanos desde los cielos sobre suelo camboyano², a Nixon y a Kissinger como actores principales, hacedores de la mentira y no *lapsus mentis*, como bien deja patente la directora en el filme por exponer magníficamente las contradicciones de ambos: no se invade Camboya, porque es neutral en el conflicto vietnamita, pero finalmente se ataca (“esto no es una invasión de Camboya”, Nixon), incumpliendo los artículos 2.4 y 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas³; y como actores secundarios, aunque de enorme importancia por el contenido de sus palabras –que merecen interpretación desde el Derecho Internacional General–, reflejando una mirada desemejante a los gobernantes aludidos, aparecen en primer lugar, un soldado a quien se pregunta si quiere estar en Camboya, responde, inequívoca y tajantemente, *no* (el *sacrificio* como arte poético-patriótico); en segundo lugar, un periodista que afirma que “actúan como si no hubiera frontera” y, en tercer lugar, otro que manifiesta que “con el pretexto de que la guerra es necesaria (¿para quién? me pregunto aún hoy), entran en Camboya”. En este sentido, se recuerda a la película *Los gritos del silencio* (1984) de Roland Joffé, donde se plantean cuestiones similares al filme presente y que se expondrá en lo sucesivo.

El minidocumental dura apenas dos minutos. El discurso de los gobernantes demuestra la noción que de diplomacia siempre ha defendido EE.UU., *necesidad de ganar y bombardear* por Humanidad y derechos humanos –desvirtuando tales nociones– (“lo que estamos haciendo es ayudar a los camboyanos a ayudarse a sí mismo”, Nixon) con la forma *Far West*, obedeciendo a factores objetivos exteriores (unilateralismo universal) y a factores subjetivos interiores (instrumentalización del electorado).

En el *underground* de lo anterior se halla la relación entre *poder* y *derecho*: a medida que aumenta el poder de un Estado en las relaciones internacionales más posibilidades de vulneración hay de las normas internacionales si la perspectiva utilizada es la hegemonía unilateral. Eso se relaciona, por lo tanto, con la propia noción de

1 El título, con la noción *Remembers*, ya señala el punto sobre el cuál se desarrolla la narración cinematográfica.

2 Recordemos que Camboya pidió al Consejo de Seguridad en 1964 (S/RES/189) que examinara posibles actos de agresión (crimen que sin castigo) cometidos por Estados Unidos y fuerzas de Vietnam del Sur contra la población camboyana y contra su territorio.

3 El bombardeo se llevó a cabo bajo pretexto de una necesidad militar o por necesidad moral, que realmente supone una espada de Damocles sobre la publicación civil y un vaciamiento de las obligaciones internacionales.

operatividad que del ordenamiento jurídico internacional conceden en Washington⁴, esto es, se da en el campo de batalla, pues es ahí donde el fundamento de la fuerza crea de forma firme el Derecho. En otras palabras, la idea del derecho asociada con la guerra, que ha de seguir unas formalidades jurídicas y rituales (que limitan el principio de eficacia de la *Realpolitik* hegemónica) establecidas en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; empero, EE.UU. y sus senescales aplican en el caso de la invasión a Camboya un derecho prehistórico y universal, más propio del s. XVI (época caracterizada por la legitimidad del recurso a la fuerza y a favor de la guerra) que del XX, y en consecuencia, se vulneran los principios de soberanía, integridad territorial, prohibición del uso de la fuerza armada amén de no cumplir con la protección de civiles de conformidad con el Convenio de Ginebra de 1949. Así, puede advertirse con claridad que apostar por el *ius ad bellum* supone emular al arquetipo de policía duro que lucha contra lo que considera injusto sobre la base de la línea escuálida que, en no pocas ocasiones, separa la legalidad de la ilegalidad; es decir, se actúa como *Harry el sucio* en las relaciones internacionales con un militarismo desenfadado más propio de los pueblos no civilizados, que civilizados o semicivilizados, rememorando a Von Liszt (Von Liszt, 1927, p. 29).

De lo anterior se puede plantear la siguiente cuestión que se somete al parecer del lector: ¿La actuación hegemónica universal de un Estado puede implicar una incrustación “dictatorial” en el Estado de Derecho en el plano internacional?

3. Nuevo orden jurídico-político. *Órdenes, insultos y vagas promesas, en todas las lenguas de la tierra* (“Sonata”, Álvaro Mutis)

Después del minidocumental, se muestra la ciudad de Phnom Penh, soleada y viva por sus gentiles gentes. En el balcón de su casa se halla la pequeña Loung Ung, visualizando un helicóptero que sobrevuela su vivienda mientras sus hermanos bailan al son de música jemer y en la televisión se da la noticia del abandono norteamericano de Camboya, evacuando al personal de su embajada. Retirada que preocupa al padre de la niña⁵ (aunque también sabe que los norteamericanos han hecho daño a Camboya) que, en ese instante, está sentado en casa con uniforme militar gubernamental junto con un compañero, con el que se comunica en francés, educado posiblemente en la Camboya perteneciente a la Unión Francesa, mientras Ung pinta un perro en un discurso de Lon Nol, escrito en francés y fechado el 15 de agosto de 1970.

Posteriormente, bandera blanca en mano, los militares gubernamentales entran en la capital gritando “todos somos hermanos, camboyanos”, en clara alusión a la reconciliación, necesaria después de una guerra (in)civil; sin embargo, minutos después aparecen en escena, poder del fusil en mano, los Jemeres Rojos (la cámara individualiza a un hombre del resto, ¿Pol Pot?), voceando palmariamente que no habrá apaciguamiento porque solo ellos son capaces de construir una nueva Camboya, liberada de las garras capitalistas y vietnamitas, y resguardar a *sus* gentes (no pueblo) con la protección del *Angkor*, aludiendo a la época de esplendor del imperio jemer, en consonancia con la política de pasiones propia del nacionalismo.

Expulsados de sus casas so pretexto de un posible bombardeo norteamericano que en ningún momento se causa, las gentes de la capital son llevadas a zonas rurales, donde viven los verdaderos hijos de la tierra en tanto así son considerados por los Jemeres Rojos que, influenciados por el comunismo vietnamita, y en clara

4 Recordemos que el contexto histórico en el que se enmarca el filme es el de la Guerra Fría, donde los dos grandes hegemonas, Estados Unidos y la URSS, están en conflicto declarado, aunque, dependiendo el énfasis, a veces se *lucha* y otras se *colabora*, dependerá de la coyuntura política y el escenario. En esta ocasión, el énfasis recae en la *lucha*. Ítem más, aquí se pone más de relieve la relación poder y derecho, reflejada, además, en el Consejo de (¿qué?) Seguridad con el derecho de veto y su paralización durante la Guerra Fría.

5 El padre de Loung Ung trabajaba en el gobierno de Lon Nol, militar apoyado por Estados Unidos.

insinuación al primer volumen de *El capital* de Marx, saben que la acumulación primigenia del capital en las ciudades es un triunfo de estas sobre el campo (Marx, 1980, p. 666): tópico recurrente, además, para estímulos literarios⁶.

La familia de Loung quiere quedarse en casa de familiares campesinos (“yo apoyo la revolución”, manifiesta uno de ellos), pero estos traicionan a aquella por miedo (“la familia ya no importa”, una de las máximas de los Jemeres), pues saben que son gente de ciudad y antiguos funcionarios de Lon Nol: requisitos indispensables para lograr la muerte a manos de los Jemeres. Por segunda vez la familia Loung es expulsada, y su próximo destino son los campos rurales de los Jemeres Rojos.

La bienvenida a la nueva “vivienda” se realiza con las consignas morales de la revolución agraria: “¡Rechazo a todo lo que ha formado parte de una sociedad imperialista!”, “¡las posesiones extranjeras corrompen a este país!”, “¡renunciad a cualquier propiedad privada!”, “¡rechazad vuestra mentalidad egoísta!”,... rigurosa vía que se ha de seguir a fin de evitar la muerte pero no así el tormento de humillaciones, mortificaciones y vejámenes (un soldado escupe al padre de Loung) como proceso iniciático que cualquier orden o secta o dictadura sabe que tiene que imponer a sus porvenires miembros mediante el terror físico y moral.

En los campos tiraniza el sistema de ruralización establecido por los Jemeres para construir la nueva Kampuchea. Este se fundamenta en el antagonismo (raíz de toda identidad) schmittiano amigo-enemigo, sobre la base del honor maltrecho del pueblo camboyano a manos del occidentalismo, y cuyo sistema normativo no es la ley del Parlamento sino la de la tierra, la ley del estado natural del ser humano: gobierna el más fuerte; sobrevive el más fuerte (en el filme se expone el fallecimiento de niños por malnutrición; asimismo, los niños más fuertes deben recibir instrucción militar para convertirse en niños-soldado). No hay derecho estatal, sino de comunidad y consuetudinario (Savigny suena de fondo).

¿Cuáles son las consecuencias de este nuevo marco jurídico-político? La pérdida de identidad y del individuo –por ende, los derechos individuales– que desaparecen en favor de la colectividad. El *Lager* impuesto por los Jemeres Rojos supone la destrucción de la *dimensión material*⁷ y la *dimensión psíquica*⁸ del ser humano, porque los Jemeres no pretenden solamente el exterminio, sino destruir a los individuos que no se adecuan, de origen, al canon del nuevo sujeto-agrario de la revolución, como el padre y madre de Loung, que son asesinados no como individuos sino como objetos lanzados por el arbitrio de la dominación del sujeto verdadero y único impuesto por Pol Pot.

Como observará el lector y espectador, la comunidad rural no es sociedad, porque esta está formada por un conjunto de individuos con derechos y con voluntad de perseguir y defender sus intereses y deseos independientemente de los demás, mientras aquella es un gran cuerpo que solo protege a los fuertes. Bien puede valer este filme, en este sentido, para poner de relieve la importancia de la protección del individuo, sus derechos y obligaciones, por el Derecho Internacional configurado en 1945 porque la realidad anterior del *Derecho de las naciones* era muy diferente: el individuo no existía, por ende, el crimen de crímenes internacionales cometidos por la Kampuchea de Pol Pot, genocidio, tampoco.

4. Crímenes internacionales. *Lo veo arar los rastros, y devorar un mendrugo, y declarar*

6 Como se da en el caso del libro *Civilización y barbarie*, de Domingo Faustino Sarmiento.

7 Domicilio (familia expulsada de su casa), vestimenta (todas deben descolorirse. Aquí la madre de Ung preserva una camisa blanca para mantener la esperanza), abalorios (reloj que el padre entrega al soldado) ...

8 Pérdida de la identidad, que en el caso de la familia Ung comienza cuando el padre dice ser obrero en un control político-militar de los Jemeres y termina con la invención de un nombre por y para Loung como respuesta a la pregunta “¿cómo te llamas?”, formulada por una compañera mientras comen; Saryn, responde Loung, ante la atenta y sorprendida mirada de su hermana.

con los ojos que por qué es carne de yugo (“El niño yuntero”, Miguel Hernández)

El aspecto iconográfico del filme es zona rural, donde se recrea magníficamente lo que se cree que ocurrió realmente. La cámara representa las selvas camboyanas, con un uso de la fotografía, ambientación y sonido muy cuidados, incluso se puede imaginar el olor a naturaleza, pero particularmente el hedor a muerte. Además, se pone ante los ojos del espectador un escenario árido y vacío que pronto se llenará de humanos convertidos en no-humanos rodeados por tres de los cuatro jinetes del Apocalipsis –Muerte, Guerra y Hambre (faltaría Peste) –: Hambre monta a la grupa del caballo de la Guerra contra el enemigo, porque mientras se lucha contra este la muerte campa a sus anchas por el campo de concentración, que es la *Zona Gris* (2001, Tim Blake Nelson) donde se lleva a cabo el proceso de exterminio. Así, se transmite al público de forma brillante que en esas circunstancias la vida no vale absolutamente nada y que es, quizá, preferible la muerte a fin de reencarnarse (hete aquí la cuestión socio-cultural camboyanas) en otro lugar lejano y nada parecido a este, y en este sentido se pronuncia Loung en el diálogo sostenido con su hermana sobre qué hay después de la muerte, al hilo del fallecimiento por esclavitud de su hermana mayor.

Mayores y niños son esclavizados y torturados a horas perennes de trabajo, de sol a sol, en el campo, y bajo promesa de castigo físico: arar, plantar, segar, construir, combatir..., son verbos instaurados en el día a día; en cambio, comer, dormir, descansar apenas existen en la vida diaria. La muerte perturba toda la vida de Loung en el campo: muerte por malnutrición infantil; muerte por trabajo esclavo; muerte por asesinato por motivos políticos; muerte por minas antipersonales (que la propia Loung soterró)⁹... Mientras las dos primeras se dan preferiblemente en los niños, la segunda acontece a los mayores. En el filme no aparece la sepultura de los niños; sí, por el contrario, la de los mayores, que se da en fosas comunes.

Tortura, persecución política, asesinato, esclavitud, encarcelamiento..., son crímenes que de forma selecta y para nada exhibicionista narra la directora del filme en el campo de concentración. Crímenes (genocidio, lesa humanidad y de guerra¹⁰) que, cuarenta años después, han sido probados judicialmente por las Cámaras Especiales de Camboya, que no solamente hacen rendir cuentas a algunos culpables sino también visibilizan el daño sufrido por las víctimas y, por lo tanto, deben repararse, como en el caso Duch (*Trial Chamber*, 26 de julio 2010, pp. 240-243).

5. *Perdón. Estoy listo. Listo para ser cada uno de los animales que dejas atrás* (“Acción de Gracias 2006”, Ocean Voung)

Asesinado el padre de Loung, su madre hace entrega a sus hijos de varias fotografías y les dice que deben huir por separado. Se trata de un plan elaborado por los progenitores a fin de salvar a sus hijos y de perpetuar, a través de imágenes, los recuerdos familiares. Al final del filme aparece Loung y sus hermanos en un templo budista (religión exterminada por los Jemeres Rojos, cuyos monjes son llamados parásitos en el filme por los revolucionarios, vulnerando de este modo el derecho a la libertad religiosa y de culto) rindiendo honor a la

9 Décadas después del genocidio camboyanos entró en vigor, 1 de marzo de 1999, la Convención sobre la prohibición de minas antipersonales. Camboya ratificó el tratado el 28 de julio de 1999 y entró en vigor el 1 de enero de 2000. Hoy por hoy, las minas antipersonas colocadas por los Jemeres Rojos continúan asesinando a la población camboyanas décadas después. En 2020 fallecieron más de 5.500 personas, víctimas, en su mayoría niños, de aquellos lodos. Véase Las minas antipersona dejaron más de 5.500 víctimas el último año, casi la mitad niños (europapress.es)

10 No son crímenes menores, los de guerra, fundamentados en el Derecho Internacional Humanitario. En este sentido, se observa los avances político-judiciales de los tribunales internacionales penales o internacionales porque los tribunales de Núremberg y Tokio no castigaron los crímenes de guerra, ¿por qué? Quizá para no causar situaciones incómodas a los vencedores.

memoria de sus progenitores, que fueron muertos sin adiós. Con ello se comunica, de un lado, la importancia del deudo de despedida (se despiden, según su tradición cultural, *para* volverse a ver) para dignificar tanto a los que no están como los que sí están. La despedida debida y adecuada no solo es un marco de protección cultural y psicológico, sino también jurídico por concebir al duelo como reparación simbólica¹¹. De otro, lo material perece en el tiempo, pero la memoria de los muertos, de los ausentes, debe permanecer en el porvenir.

Se debe formular, llegado este momento, la siguiente cuestión. Si después del terrible flagelo vivido por Loung, la agonía de los esclavos, el terror vivido por sus padres, la destrucción de su familia, el desamparo vivido por su orfandad, ¿podría haber cabida para la piedad, la esperanza y la mirada reconciliadora? La respuesta puede ser afirmativa, argumentándose con la siguiente escena de la película. Los miembros de las fuerzas gubernamentales capturan a un soldado de los Jemeres Rojos, a quien atan las manos y lo posicionan de rodillas en el suelo baldío. Este recibe golpes e insultos, bajo la atenta mirada de Loung, cuya mirada transforma al soldado en su padre, incluso grita “pa”. El linchamiento finalizado, se deja solo al prisionero, observado por Loung. Las miradas se encuentran, pero él no logra sostenerla y la baja, en claro acto de arrepentimiento y pidiendo perdón. Ella lo mira con piedad. Perdón y piedad son dos elementos indispensables para las relaciones quebrantadas por las conflictividades, y en la justicia transicional suelen darse merced a los postulados de la justicia restaurativa (centrada en la víctima, en su reparación y en la reconciliación). ¿Quién sabe si el nacimiento de un niño en las imágenes finales del filme, alejándose pues la Parca, en un puesto de asistencia humanitaria de la Cruz Roja, supone una nueva época?

6. La memoria. *Razonó (sintió) que la inmovilidad era un precio mínimo. Ahora su percepción y su memoria eran infalibles* (“Funes el memorioso”, Jorge Luis Borges)

La mirada sagaz de Loung Ung cumple con la función de dar voz y reivindicar a las víctimas del genocidio camboyano, para certificar que la lógica de la memoria se imponga al olvido (recordar para no olvidar, imperativo categórico de Adorno), por cuanto la memoria de las víctimas –al igual que el conocimiento de la Historia (sirve para analizar el presente)– debe garantizar la no repetición de lo sucedido de conformidad con las obligaciones internacionales contraídas por Camboya y de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El filme se puede calificar de *memoria histórica* a través de la verdad personal que no tiene por qué coincidir con la verdad objetiva y de defensa de los *derechos humanos* y, a la vez, instrumento de enseñanza, por narrar la masacre de un millón y medio de personas durante la dictadura de los Jemeres Rojos¹². En este sentido, no se trata de una película de interés *del* público, que se mide en interés *por* algo y de forma subjetiva, sino de interés público, de índole objetiva porque representa la defensa de valores y principios nacidos del consenso mundial después de la Segunda Guerra Mundial e instaurados en la Carta Internacional de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

7. Referencias bibliográficas

Caso Duch (2010). Caso 001, E188, 26 de julio de 2020, Judgment in Case 001 | Drupal (eccc.gov.kh), Hobsbawm, E. (2012). *Historia del siglo XX*. Crítica Editorial.

11 Y así se ha puesto de manifiesto en el sistema interamericano de derechos humanos, merced a la Corte Interamericana de Derecho Humanos y a las Comisiones de Verdad creadas en la mayoría de los países de América Latina, Argentina entre ellos (en España ni está ni se la espera). Véase *Atención integral a las víctimas de tortura en procesos de litigio* (2007), de Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

12 En este mismo sentido nos hallamos con la película *Hotel Rwanda* (Terry George, 2004) que el genocidio cometido contra la población tutsi.

Ficha técnica de la película

Título: *Se lo llevaron: Recuerdos de una niña de Camboya*

Título original: *Firts they killed my father: A Daughter of Cambodia Remembers*

Dirección: Angelina Jolie

País: Camboya

Año: 2017

Fecha de estreno: 18/02/2017

Duración: 136 minutos

Género: Drama. Biográfico.

Reparto: Sareum Srey Moch, Phoeung Kompheak, Sveng Socheata, Tharoth Sam, Mun Kimhak, Heng Dara, Sarun Nika, Khoun Sothea

Guión: Loung Ung, Angelina Jolie

Productora: Coproducción Camboya-Estados Unidos; Netflix, Bophana Production

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2007). *Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio: aportes psicosociales*. IIDH. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/24673.pdf>

Marx, K. (1980). *El capital. Tomo I*. Progreso.

Nino, C.S. (1987). *Introducción al análisis del Derecho*. Ariel.

Sarmiento, D. F. (1990). *Civilización y barbarie*. Cátedra.

Sartori, G. (2005). *Homo videns: la sociedad teledirigida*. Suma de Letras.

Von Liszt, F. (1927). *Le droit international: exposé systématique*. Pedone.

“Argo”

La responsabilidad internacional desde la dimensión del derecho diplomático y consular

“Argo”

The international responsibility from the dimension
of diplomatic and consular law

 María Concepción Juárez Castromejc1987@hotmail.com
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Recibido: 30/8/2021

Aceptado: 25/9/2021

Resumen El caso "de los rehenes de Teherán" refrendó la importancia del cumplimiento de las normas internacionales diplomáticas y consulares sean convencionales o consuetudinarias, al tiempo que confirmó su innegable aceptación universal. Como expresó la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de fondo (1980), la diplomacia va más allá del reconocimiento de los privilegios e inmunidades del personal diplomático y consular, se trata de una piedra angular del Derecho Internacional que permite a los Estados mantener sus relaciones y solucionar sus controversias.

Palabras clave responsabilidad internacional, inmunidades, privilegios, relaciones diplomáticas y consulares.

Abstract The “Teheran hostage” case validated the importance that compliance with international diplomatic and consular norms, whether conventional or customary, has and confirmed their undeniable universal acceptance. As the International Court of Justice expressed in its substantive judgment (1980), diplomacy goes beyond the recognition of the privileges and immunities of diplomatic and consular staff. It is a cornerstone of international law that allows States to maintain their relations and settle their disputes.

Keywords international responsibility, immunities, privileges, diplomatic and consular relations.

Cómo citar este artículo: Juárez Castro, M. C. (2021). “Argo”: La responsabilidad internacional desde la dimensión del derecho diplomático y consular. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), e018. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe018>

1. Introducción

Desde la Antigüedad, las normas jurídicas sobre inmunidades y privilegios se formaron mediante la costumbre y se codificaron hasta llegar a las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, las cuales tienen un elevado número de ratificaciones como resultado de su aceptación universal¹.

En 1979, el respeto a esas normas internacionales se cuestionó con el caso relativo al personal diplomático y consular de Estados Unidos de América en Teherán, Irán. El conflicto surgió en un escenario político de tensión, entre dos países con culturas distintas y adquirió relevancia debido a que el Estado receptor consintió las conductas cometidas contra el personal estadounidense.

La controversia se sometió a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), quien emitió su sentencia de fondo en 1980. Sin embargo, la disputa se resolvió hasta 1981. En 2012, una parte de la historia fue llevada a la pantalla bajo el título de *Argo* y, pese a algunas críticas por su relato occidentalizado, fue galardonada con el premio Oscar a la mejor película.

El caso "de los rehenes de Teherán" refrendó la importancia del cumplimiento de las normas internacionales diplomáticas y consulares sean convencionales o consuetudinarias, al tiempo que confirmó su innegable aceptación universal. Como expresó la Corte en su sentencia de fondo (24 de mayo de 1980), la diplomacia va más allá del reconocimiento de los privilegios e inmunidades del personal diplomático y consular, se trata de una piedra angular del derecho internacional que permite a los Estados mantener sus relaciones y solucionar sus controversias.

2. Sinopsis de la película

Argo fue un largometraje dirigido por Ben Affleck en 2012, que ganó el premio Oscar a la mejor película, al mejor guión adaptado y al mejor montaje. Su título hace referencia a la nave de la mitología griega utilizada por Jasón y los argonautas para buscar el vellocino de oro.

La película explica el contexto político de Irán hasta llegar a noviembre de 1979, cuando diversos manifestantes ingresaron a los locales diplomáticos y consulares estadounidenses y tomaron como rehenes a los miembros de la misión. En tanto, seis huyeron y se escondieron en la residencia del embajador de Canadá en Teherán.

Tony Méndez, agente de la Agencia Central de Inteligencia (CIA, por sus siglas en inglés), emprendió una operación de rescate de las seis personas bajo el argumento de la búsqueda de locaciones para un largometraje de ciencia ficción. Luego del éxito de *El Planeta de los Simios* y *La Guerra de las Galaxias*, los escenarios de Medio Oriente eran ideales para filmar. En la película se ironiza que las celebridades de Hollywood van a cualquier lugar que les parezca apropiado para su producción, sin importar los riesgos.

La caracterización del personal escondido, el estudio de sus nuevas identidades, los problemas de autorización en Estados Unidos de América (EE.UU.), la desconfianza de las autoridades iraníes y los filtros de seguridad logran que la hazaña se acerque a la emoción de un mito griego.

¹Para 2021, la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* adoptada en 1961 cuenta con 113 Estados Partes, en tanto, la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* de 1963 suma 111 (United Nations Treaty Collection, s.f.).

3. Contexto histórico

Durante la Segunda Guerra Mundial, Irán sirvió como corredor en la zona de Medio Oriente para realizar operaciones y transportar insumos a los Aliados, principalmente a Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, a la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y a EE.UU. Al concluir la guerra con la firma del Acta de Rendición de Japón, en septiembre de 1945, los tres países acordaron retirarse de territorio iraní antes de marzo de 1946. Mientras que los gobiernos inglés y estadounidense cumplieron con lo pactado, el soviético intentó establecer un régimen en Irán. El sah² Mohammad Reza Pahlavi, que tuvo una formación occidental, se opuso y pidió apoyo económico y militar a EE.UU. (Erkan, 2010, pp. 109-132). Después de obtener el respaldo estadounidense, el sah emprendió un plan de modernización, industrialización y reformas sociales. Sin embargo, esas acciones afectaron la economía y ocasionaron descontento entre los sectores más conservadores y nacionalistas. A esto se sumaron los abusos y la represión por parte de la Organización de Inteligencia y Seguridad Nacional (SAVAK), por sus siglas en farsi– en contra de la población.

En 1951, el primer ministro de Irán, Mohammad Mosaddeq, decretó la nacionalización del petróleo con apoyo del Parlamento y del Senado. Considerando las medidas adoptadas por el gobierno iraní, en 1953, la CIA y el Servicio de Inteligencia Secreto del Reino Unido, apoyaron un golpe en contra del Primer Ministro y el régimen absolutista del sah Pahlavi se fortaleció (BBC Mundo, 2013).

Transcurrieron varios años hasta que los líderes religiosos junto con comerciantes y artesanos se movilizaron en contra del régimen del sah (Marín Guzmán, 2003, p. 107). En enero de 1979, el sah Pahlavi fue derrocado y huyó al exilio. Un mes después, su líder opositor, el ayatolá³ Ruhollah Jomeini regresó y asumió el poder con el respaldo de distintos grupos, principalmente el religioso (Marín Guzmán, 2003, p. 109). Entonces, se propuso el respeto absoluto a las prohibiciones y tradiciones establecidas en el Corán y se condenó cualquier intervención occidental en los asuntos políticos. A finales de octubre de 1979, se comunicó al Ministerio de Asuntos Exteriores de Irán (MAE) que el sah depuesto ingresaría a territorio estadounidense para recibir tratamiento médico contra el cáncer que padecía (Corte Internacional de Justicia, 1980a, párr.15). En respuesta, las autoridades locales acordaron fortalecer la protección a la embajada y los consulados de EE.UU. en Irán.

4. La crisis de los rehenes de Teherán

A partir del 1º de noviembre de 1979, un gran número de personas se manifestaron afuera de la embajada estadounidense en Teherán para reclamar la extradición del *sah*. El 4 de noviembre de 1979, los manifestantes ingresaron al local diplomático y tomaron como rehenes a los miembros de la misión, a pesar de las llamadas que realizaron a la policía y al MAE. Al día siguiente, los consulados estadounidenses ubicados en Tabriz y Shiraz también fueron ocupados, aunque en ellos no había personas laborando desde febrero de 1979 (Corte Internacional de Justicia, 1980a, párr.14-21)⁴. El 7 de noviembre, el MAE iraní informó al Encargado de Negocios y a dos agentes diplomáticos que lo acompañaban, que no podían salir de la sede de ese órgano. El

² La Real Academia Española lo define como el rey de la antigua Persia, hoy Irán. También se utilizan las grafías anglicadas *shah* y *sha*.

³ De acuerdo con la Real Academia Española, proviene del árabe clásico *āyatu llāh*, que significa “señal de Dios”. Este término se refiere, entre los chiitas islámicos, al título de una de las más altas autoridades religiosas.

⁴ El 14 de febrero de 1979, un grupo armado atacó la embajada y los consulados estadounidenses en Irán, tomó como rehenes a los miembros de la misión y de las oficinas consulares, y ocasionó daños en la residencia del embajador. Las autoridades iraníes reaccionaron rápidamente y reconocieron los hechos. El 11 de marzo de 1979, el primer ministro de Irán envió una carta de disculpa a la embajada de EE.UU.

gobierno de EE.UU. envió un grupo negociador para solucionar el problema, no obstante, el Ayatola transmitió un mensaje radiofónico en el que prohibió a las autoridades nacionales reunirse con representantes estadounidenses.

El 9 de noviembre, el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) solicitó la pronta liberación de los rehenes y el presidente de la Asamblea General de esa Organización, Salim A. Salim, envió un mensaje a Jomeini. Mientras tanto, el gobierno de EE.UU. ordenó deportar a todos los estudiantes iraníes que tuvieran irregularidades con su visado, redujo el número de personal de la embajada de Irán en Washington DC, tomó represalias económicas y prohibió a sus ciudadanos viajar a territorio iraní. El 18 y 20 de noviembre, trece rehenes fueron liberados luego que el Ayatola pidiera dejar en libertad a las mujeres y personas afroamericanas, si éstas no eran espías (Corte Internacional de Justicia, 1980a, párr. 21)⁵.

El 29 de noviembre, EE.UU. incoó un procedimiento contencioso ante la Corte Internacional de Justicia sobre la violación de diversas obligaciones internacionales por parte de Irán. El 15 de diciembre, la Corte emitió de manera unánime, una providencia sobre medidas provisionales en la que ordenó liberar de manera inmediata a los rehenes y devolver el control sobre los locales diplomáticos y consulares estadounidenses.

Durante el mes de diciembre, el Consejo de Seguridad convocó a representantes iraníes a participar en sus sesiones, pero no asistieron, así que emitió las resoluciones 457 (1979) y 461 (1979) para condenar los hechos sin determinar ninguna sanción en contra de Irán. Del 1º al 3 de enero de 1980, el Secretario General de la ONU, Kurt Waldheim, visitó Teherán y pidió conformar una comisión para restablecer la paz, la cual comenzó a trabajar el 20 de febrero. Los esfuerzos de mediación no rindieron frutos y el 11 de marzo se suspendió su mandato.

El 7 de abril, el presidente Jimmy Carter rompió relaciones diplomáticas con Irán y pidió a los miembros de la misión y oficinas consulares de ese país que se retiraran de EE.UU. El 24 y 25 de abril, ordenó un ataque armado en territorio iraní para liberar al personal rehén. El 24 de mayo, la CIJ emitió su sentencia de fondo.

El 27 de julio, el *sah* murió víctima de cáncer en Egipto, lo que ocasionó que el Ayatola fijara nuevas condiciones para la liberación de los rehenes: transferir los bienes de Pahlavia Irán y descongelar los activos.

El 19 de enero de 1981, gracias a los buenos oficios argelinos, el conflicto se resolvió mediante la firma de la *Declaración del gobierno de la República Democrática y Popular de Argelia*, y la *Declaración de la República Democrática y Popular de Argelia sobre el establecimiento de quejas por el Gobierno de Estados Unidos de América y el de Irán*. En la primera, EE.UU. se comprometió a revocar las sanciones económicas interpuestas en contra de Irán, a no intervenir en los asuntos internos y a retirar todas las reclamaciones pendientes y futuras de EE.UU. o de un nacional, interpuestas ante la CIJ, que surgieran o pudieran surgir sobre los hechos ocurridos el 4 de noviembre de 1979. La segunda estableció un tribunal sito en La Haya para la solución de posibles controversias. El 20 de enero de 1981, los rehenes fueron liberados y regresaron a su país.

5. El problema de la responsabilidad internacional

El problema que surgió entre EE.UU. e Irán rompió la práctica reiterada por siglos sobre el reconocimiento de inmunidades y privilegios de los funcionarios diplomáticos y consulares (López- Bassols, 2006, pp. 1-26). Como producto de la costumbre, la comunidad internacional codificó diversos principios y usos en las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, y dio lugar a la redacción de otras normas internacionales como la Convención sobre las Misiones Especiales y la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra

⁵ En la embajada en Teherán se encontraban, al menos, veintiocho miembros del personal diplomático (cuatro de ellos laboraban en la Sección Consular), al menos veinte del personal técnico-administrativo, y dos nacionales que no tenían el carácter de agente diplomático ni funcionario consular; en el Ministerio Asuntos Exteriores iraní se hallaban el Encargado de Negocios y dos miembros de la misión.

personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos. Después de 1979, la ola de ataques en contra de embajadas y de su personal aumentó, a menudo para ejercer coerción sobre el desarrollo de las relaciones interestatales –i.e. en 1996, el secuestro del embajador de Japón en Perú, o el ataque terrorista en 1998 en contra de las embajadas estadounidenses en Kenia y Tanzania–. No obstante, los Estados receptores asumieron la responsabilidad de los actos, aun cuando éstos habían sido cometidos por individuos que no eran agentes estatales.

El análisis de la Corte sobre la responsabilidad internacional fue un aspecto relevante del litigio, ya que este concepto guarda relación con el debate sobre el carácter normativo del derecho internacional⁶. Para su estudio, la CIJ analizó los dos elementos que la constituyen, es decir, el subjetivo y el objetivo. Conforme al primero, si las conductas realizadas eran imputables al Estado iraní. Con el segundo, si esas conductas entrañaban la violación a una obligación internacional convencional –a la luz, principalmente, del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas, y Derechos Consulares celebrado en 1955 por ambos Estados– o consuetudinaria (Corte Internacional de Justicia, 1980a, párr. 56)⁷.

El tribunal consideró que el Estado iraní fue responsable de los actos realizados por los manifestantes, aunque no tenían un estatus oficialmente reconocido ni actuaban como agentes estatales o por cuenta de éste (Corte Internacional de Justicia, 1980a, párr. 58). Como Estado receptor incumplió su deber de prevención, consintió los actos por medio de sus declaraciones y omitió intervenir para cesar las conductas ilícitas. Aun después de haberse emitido la providencia sobre medidas provisionales, continuó incumpliendo diversas disposiciones del derecho diplomático y consular. Con esas consideraciones, la CIJ determinó que la inacción de las autoridades significó una violación clara y seria de las obligaciones que Irán tenía con EE.UU. (Corte Internacional de Justicia, 1980a, párr.67).

Asimismo, la Corte precisó que la intromisión estadounidense en los asuntos de Irán no justificó los hechos cometidos contra el personal. En cambio, existen diversos medios para que los Estados receptores sancionen las conductas que desnaturalizan las funciones diplomáticas y consulares –i.e. espionaje o intervenir en los asuntos internos–, como es la declaración de persona *non grata* o la ruptura de relaciones diplomáticas entre Estados. Máxime que el consentimiento mutuo es la piedra angular de las relaciones interestatales.

A pesar del extraordinario análisis que realizó la CIJ para resolver el litigio internacional, omitió estudiar la legalidad de las medidas coercitivas adoptadas por EE.UU., las cuales, buscaron ejercer presión sobre Irán y concluir la crisis. Del mismo modo, el caso se encontraba *sub judice* ante la Corte y uno de los puntos resolutivos de la providencia del 15 de diciembre de 1979 ordenó a las partes abstenerse de agravar la situación entre ellos o dificultar la solución a la disputa existente. Por tanto, EE.UU. agudizó el conflicto que se encontraba *pendente lite* y quebrantó uno de los corolarios del derecho internacional al atacar Irán. Estos hechos fueron destacados por los jueces Salah El Dine Tarazi y Platon Dmitrievich Morozov en sus votos disidentes.

Si bien el razonamiento realizado por el tribunal no fue exhaustivo, el caso de mérito se convirtió en un referente dentro del ámbito internacional debido a que su análisis comprendió elementos históricos, políticos y

⁶El argumento que cuestiona el carácter normativo del Derecho Internacional se basa en la falta de eficacia coercitiva para sancionar las violaciones a sus normas. De ahí radica la importancia de determinar quién y cómo es responsable cuando se transgrede una obligación internacional, "sin responsabilidad, no hay Derecho" (Pellet, 2010, p. 4). Los Estados son entidades que poseen derechos y obligaciones, que gozan de la capacidad para mantener sus derechos al presentar reclamaciones internacionales y para asumir su responsabilidad ante el incumplimiento de sus obligaciones (Crawford, 2012, p. 115). Cuando sobreviene la violación a una obligación imputable a un sujeto de Derecho, nace un conjunto de relaciones jurídicas para reparar ese hecho internacionalmente ilícito (Damrosch et al., 2009, p. 498).

⁷ Esta sentencia contribuyó al desarrollo de la premisa "*todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*" establecido en el artículo 1 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos que elaboró la Comisión de Derecho Internacional en 2001. Al respecto, la CIJ identificó los dos elementos señalados en el artículo 2 del Proyecto: "hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en acción u omisión: a) es atribuible al Estado en virtud del derecho internacional y b) constituye una violación de la obligación internacional del Estado".

jurídicos, incluyendo el estudio de la responsabilidad internacional, figura que guarda relación con el debate sobre el carácter normativo del derecho internacional.

6. Referencias bibliográficas

- BBC Mundo, (20 de agosto de 2013). La CIA admite su intervención en golpe de Estado en Irán en 1953. *BBC*. https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2013/08/130820_ultnot_cia_iran_am
- Corte Internacional de Justicia (15 de diciembre de 1979). United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran. *Request for the indication of provisional measures. Order of 15 December 1979*. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/64/064-19791215-ORD-01-00-EN.pdf>
- Corte Internacional de Justicia (24 de mayo de 1980a). *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran. Judgment, I.C.J. Reports*. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>
- Crawford, J. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford University Press.
- Damrosch, L. F. et al. (2009). *International Law. Cases and Materials*. West Academic Publishing.
- Erkan, S. (2010). The invasion of the Iran by the allies during World War II. *Codrul Cosminului*, 16(2), 109-132. <https://doaj.org/article/20bed4e5b08c408bbe3459c3213259f2>
- López- Bassols, H. (2006). *Tratado de Derecho Diplomático y Consular*. Porrúa.
- Marín Guzmán, R. (2003). Irán Contemporáneo: De la Monarquía a la República Islámica. Análisis de las luchas sociales y de la alternativa religiosa shi'íta frente al secularismo. *Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey*, 14, 91-126. <https://repositorio.tec.mx/handle/11285/573177>
- Pellet, A. (2010). The definition of responsibility in International Law. En J. Crawford et al., (Eds.), *The Law of International Responsibility* (pp. 3-16). Oxford University Press.
- United Nations Treaty Collection (s.f.). *Vienna Convention on Consular Relations, Vienna, 24 April 1963*. Organización de las Naciones Unidas. Recuperado el 2 de septiembre de 2021 de https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-6&chapter=3&clang=en
- United Nations Treaty Collection. (s.f.). *Vienna Convention on Diplomatic Relations, Vienna, 18 April 1961*. Organización de las Naciones Unidas. Recuperado el 2 de septiembre de 2021 de https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&clang=en

Ficha técnica

Título: *Argo*

Dirección: Ben Affleck

País: Estados Unidos de América

Año: 2012

Fecha de estreno: 12 de octubre de 2012

Duración: 121 min.

Género: Thriller, drama

Reparto: Ben Affleck, Bryan Cranston, John Goodman, Alan Arkin, Victor Garber, Clea DuVall, Kerry Bishé, Scoot McNairy, Tate Donovan, Rory Cochrane, Christopher Denham, Kyle Chandler, entre otros.

Guión: Chris Terrio

Productora: Warner Bros.

La estatalidad como un santo grial del uso geopolítico y legitimador del derecho internacional. Consideraciones a partir de un caso real interpretado en el cine

Statehood as the holy grail of the geopolitical and legitimizing use of international law. Considerations from an actual case as interpreted by the cinema

 Nicolás Carrillo-Santarelli

Universidad de Monterrey, México
nicolas.carrillos@gmail.com

 Ignacio de Casas

Universidad Austral, Argentina
idecasas@ius.austral.edu.ar

Recibido: 3/11/2021

Aceptado: 3/12/2021

Resumen

La película *La increíble historia de la Isla de las Rosas* (2020), basada en la historia real de aquel micro-Estado, es el puntapié para un doble ejercicio pedagógico y crítico. En una primera sección se estudian aspectos acerca de lo relativo al aprendizaje de instituciones y pilares básicos del derecho internacional, principalmente en cuanto a la subjetividad, aunque no solo ella. En la segunda, observamos cómo el análisis del filme también permite poner de manifiesto realidades y tensiones con una carga histórico-política que son inherentes al derecho internacional de forma central e incluso constitutivas del mismo. El “estatocentrismo” del derecho internacional queda patente en la época en que transcurre la narración, y vemos que, aún hoy día, buena parte de lo concerniente a las instituciones internacionales y su formación depende del filtro de los sujetos identificados con los entes colectivos construidos socialmente que llamamos Estados. En ambos análisis se puede observar cómo la estatalidad sigue constituyendo una figura muy atractiva, en la medida en que constituye la base de privilegios de actuación.

Palabras clave:

sujetos del derecho internacional, interacciones con el derecho internacional, derecho y literatura, análisis crítico del derecho, enseñanza del derecho internacional

Abstract

The film *Rose Island* (2020), based on the true history of this micro-State, is the starting point for a double pedagogical and critical exercise. We first study aspects related to the teaching of institutions and the basic pillars of international law, mostly - though not exclusively - regarding issues connected to subjectivity. Then, we look at how the analysis of the film also reveals historically and politically-charged realities and tensions that are inherent and even constitutive of international law. The “state-centrism” of international law is evident in the period in which the narrative takes place, and we can see that, even today, much of what concerns international institutions and their formation depends on the will of the subjects identified with the socially constructed collective entities we call States. In both analyses, we can see how statehood continues to be a very attractive figure, insofar as it constitutes the basis for privileges of action.

Keywords:

subjects of international law, interaction with international law, law and literature, critical analysis of law, teaching of international law

1. Introducción

Los estudios sobre derecho y literatura han ofrecido análisis muy interesantes que emanan de la consideración de que la vida social humana es percibida a través de interpretaciones moldeadas individual y culturalmente, razón por la cual nuestras experiencias perciben cierto *logos* que también constituye un objeto de experiencia vicaria a través de los personajes de obras literarias. Ello se predica, entre otras, de las realidades jurídicas, razón por la cual el análisis de la literatura con una perspectiva jurídica puede resultar reveladora en múltiples aspectos sobre cuestiones del impacto y relaciones del mundo del derecho (Carrillo-Santarelli, 2018).

En tanto manifestación artística narrativa, podemos entender que el denominado séptimo arte comparte, cuando menos, algunas de aquellas características, tanto por el hecho de que el arte transmite sensaciones (Tolstoy) e interpretaciones (o ficciones, Came, 2013) sobre la realidad y las vivencias, como por el hecho de que constituye una expresión de la tendencia humana a narrar historias en un medio propio (Leigh *et al.*, 2016) la cual puede tener entre otros fines tanto educativos como de cohesión social.

Al respecto, cabe preguntarse si acaso es posible inferir enseñanzas relativas al derecho internacional subyacentes (de forma intencionada o no) en determinadas películas. En el presente texto, analizamos cómo un estudio de caso de la película *L'incredibile storia dell'Isola delle Rose* confirma que ello es así, de dos maneras complementarias.

En un primer lugar, observamos que el filme en cuestión puede constituir una invaluable herramienta pedagógica que permite a docentes y otros agentes ofrecer un medio que permita, de forma lúdica y narrativa (la cual facilita el aprendizaje, Boris, 2017), transmitir información relativa a aspectos relevantes sobre el derecho internacional a estudiantes u otros interlocutores.

En un segundo nivel, más alusivo al cuestionamiento crítico, la narración en cuestión (basada en hechos reales, no menos, aunque probablemente con licencias poéticas e interpretaciones propias de sus autores — McIntosh, 2020) nos permite escudriñar y observar dinámicas probablemente soterradas y subyacentes a la construcción que es la institucionalidad jurídica internacional sobre las cuales las interacciones de los personajes del filme revelen elementos relevantes. Esto permite, a su vez, llevar al plano de la consciencia aspectos que moldean y determinan la práctica internacional y sus simbolismos relativos a relaciones de poder y legitimidad que, posiblemente, no son siempre advertidas de forma consciente. Así las cosas, la película puede facilitar catarsis o una toma de consciencia sobre aspectos que, por su manejo cotidiano, terminan pasando desapercibidas para las y los internacionalistas.

A continuación, examinaremos las anteriores cuestiones en dos secciones dedicadas a cada una de aquellas facetas de educación o revelación, a saber: una primera que estudia aspectos acerca de lo relativo al aprendizaje de instituciones y pilares básicos del ordenamiento jurídico internacional en cuanto a la subjetividad, aunque no solo ella. Y una segunda sección que se dedica a analizar dinámicas influyentes que explican aspectos relevantes de las tensiones de las interacciones con el derecho y se ven ejemplificadas en elementos del contenido de la obra examinada. En relación con ambos análisis, se puede observar cómo la estatalidad¹ sigue constituyendo una figura muy atractiva, en la medida en que constituye la base de numerosas instituciones debido a los privilegios de actuación que acarrea.

2. Una micronación en la pantalla grande, o la experiencia de utilizar el cine en clase para

¹ Con el sintagma “estatalidad” nos referimos a la condición o calidad de Estado. En inglés se utiliza la palabra *statehood* para nombrar el concepto al que nos referimos. En castellano no parece haber una sola palabra que identifique el concepto como en inglés, por lo que o bien se recurre a una perífrasis o sintagma pluriverbal, o —como hemos optado por hacer aquí— se usa la palabra “estatalidad”, aunque no se encuentre en el Diccionario de la Lengua Española. Hay quienes utilizan “estatidad”. El diccionario mencionado tiene la voz “estadidad”, que se utiliza en Puerto Rico para referirse a la condición de Estado de la federación de EE.UU., pero no es la condición de Estado soberano o miembro de la comunidad internacional.

la enseñanza del derecho internacional

—*Tengo un Estado, y voy contigo como mi abogada. ¿El derecho internacional es tu campo, no? Te ofrezco la mayor aventura de tu vida: salvar un estado independiente. ¿Vienes o no?*

Con esa línea, el joven e idealista ingeniero Giorgio Rosa intenta convencer a su exnovia Gabriella para que le ayude a salvar su creación, una isla artificial construida justo fuera de las aguas territoriales italianas, donde había declarado la independencia de la República de la Isla de las Rosas. Y aunque no logró embarcarla en su aventura en ese momento, sin duda obtuvo la atención y la simpatía de quienes somos amantes del derecho internacional. (¡A pesar de haber expresado su frustración, poco tiempo antes, diciendo “malditamente inútil que es el derecho internacional”, durante una discusión con la policía de tránsito!)

Giorgio, el ingeniero, y Gabriella, la asociada de derecho internacional, son los personajes principales de la comedia italiana de Netflix *L'incredibile storia dell'Isola delle Rose*, basada en la historia real de esa micronación. La película comienza en Estrasburgo en noviembre de 1968, cuando Giorgio acude al Consejo de Europa, un foro supuestamente dedicado a resolver disputas entre Estados, para presentar su caso. Allí explica el conflicto en el que ya está envuelto con el gobierno italiano, por lo que los espectadores repasamos en *flashback* los eventos anteriores.

Como abogados internacionalistas, no pudimos dejar de ver la gran cantidad de cuestiones legales que aborda la película y nos pareció que sería una buena idea utilizarla en los cursos de Derecho Internacional Público que impartimos. La tarea para la casa es fácil: ver la película en la famosa plataforma de *streaming* antes de la clase y luego discutirla colectivamente cuando nos encontramos.

El punto de partida es preguntar a los estudiantes cuántos problemas relacionados con el derecho internacional pudieron identificar. Alerta de *spoilers*: en los próximos párrafos estarán sujetos a una enumeración minuciosa de muchos pasajes de la película. El objetivo es brindar algunas ideas de lo que encontrará en la película y cómo podría usarse para despertar la atención de los alumnos y generar muchas discusiones que mejorarán su enseñanza.

Para empezar, Gabriella es una aspirante a profesora de derecho internacional. La vemos dando una clase en la histórica Universidad de Bolonia. Ella está hablando de los juicios de Nuremberg y Tokio, derecho positivo y natural, y la discusión subyacente sobre si priorizar aquello que es correcto por sobre la ley. Así, la película muestra no solo temas de derecho penal internacional, sino también algunos de los temas clásicos de filosofía del derecho.

Giorgio interrumpe su clase, y en la discusión que sigue es cuando él concibe probablemente por primera vez la idea de construir un mundo propio. Un par de meses después, comienza la construcción de una isla artificial frente a la costa de Rímini, célebre ciudad balnearia del Adriático. Lo tiene todo pensado: sitúa la construcción justo pasando la línea de 6 millas marinas desde la costa. “*A partir de aquí, estamos fuera de las aguas territoriales. Ya no estamos en Italia. Estamos en aguas internacionales. Aquí no manda nadie. Nadie puede decirnos qué hacer ni qué no hacer, Maurizio. ¡Somos libres!*” Abundan los temas sobre el derecho del mar: zonas marítimas, los límites que tenían en 1968 y ahora después de la Convención sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), la aplicación de la Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua de 1958 (ratificada por Italia en 1964), el régimen de alta mar y la naturaleza y estatus de las islas artificiales (porque pensó hacer una isla de arena pero lo encontró técnicamente imposible, por lo que finalmente la hizo de metal).

— *¿Te imaginas? Nuestra propia isla, donde podemos hacer lo que queramos. Donde podamos vivir según nuestras propias reglas.* Es por eso que Giorgio y su amigo Maurizio construyen la estructura, con la ayuda de trabajadores mal pagos o incluso no remunerados, lo que lleva a pensar en sus derechos laborales según la ley italiana, así como en la extraterritorialidad de las obligaciones de derechos humanos de Italia.

Un diálogo divertido tiene lugar durante la construcción cuando un barco de la guardia costera italiana se acerca a la isla no identificada y les pide que cesen de inmediato la actividad de transmisión de radio. Los

guardacostas sospechaban que ambos amigos habían instalado una antena, por lo que a pesar de que la estructura estaba fuera del territorio italiano, estaban preocupados por la posible ocupación ilegal de ondas públicas. El intercambio no puede ser más cándido:

— *¿Qué buscan en medio del mar?*

— *Bueno... ser un Estado independiente.*

— *¿Un Estado independiente con o sin radio?*

— *¡Sin radio! Un Estado sin radio.*

— *Perfecto. Gracias por su colaboración. ¡Buenos días!*

Otro elemento de la película que puede ser analizado por los estudiantes es si la llamada República de la Isla de las Rosas (a esta altura probablemente ya se hayan dado cuenta de que el nombre proviene del apellido de su creador) cumple con todos los elementos requeridos para ser considerada un Estado soberano de acuerdo con el derecho internacional. Sobre este punto abundaremos en el próximo título. Por ahora, tomemos como referencia la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados (1933), que declara que “el Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: I. Población permanente; II. Territorio determinado; III. Gobierno; y IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados”. La Isla de las Rosas solo tiene un residente permanente (un náufrago) y un apátrida (un desertor alemán) que se convierte en el titular del primer pasaporte emitido por la República. Sin embargo, cuando la noticia se difunde, comienzan a recibir miles de cartas de solicitud de ciudadanía, lo que lleva al análisis de cuestiones sobre nacionalidad y la renuncia a la misma, y la regla del *ius soli* (pues una de las integrantes del proyecto está embarazada y quieren que dé a luz en la isla). Con respecto al requisito de tener un territorio determinado, la pregunta es si el derecho internacional puede reconocer una isla como tal cuando no es “una extensión natural de tierra, rodeada de agua” (CONVEMAR, art. 121.1). Respecto del gobierno: Giorgio, Maurizio, el náufrago, el desertor y la embarazada, se convierten en el presidente y su gabinete, respectivamente. También adoptan una bandera y un idioma (esperanto), emiten sellos y tienen su propio ordenamiento jurídico (aunque parezca que carezcan de normas).

De acuerdo con la teoría declarativa que establece explícitamente el artículo 3 de la Convención de Montevideo, “la existencia política del Estado es independiente del reconocimiento de los demás Estados”. Ciertamente, el gobierno italiano (y la Santa Sede) se niega a reconocer a la isla como un Estado soberano. Sin embargo, nuestros amigos buscan reconocimiento y se lo piden a las Naciones Unidas y al Consejo de Europa. Y aquí es donde el gobierno se enoja y vemos al Ministro del Interior en acción declarando a la prensa que “*podrán estar en aguas internacionales, pero son ciudadanos italianos, y su seguridad es asunto nuestro*”.

Una conversación trascendental tiene lugar cuando Giorgio Rosa y el Ministro hablan por teléfono. Este último le dice a Giorgio que él también creó un país, ya que fue uno de los constituyentes que redactó la Constitución de la República Italiana, por lo que ambos serían padres fundadores. Pero la diferencia entre su propia nación de 40 millones de habitantes y la pequeña isla es que Italia tiene un arsenal que puede hacer volar la isla en pedazos. Al discutir esto en clase, mis alumnos dijeron que esto les recordaba el Diálogo de los melios: “Vosotros sabéis, como nosotros sabemos, que, tal como suceden las cosas en el mundo, el derecho es un tema del que tratan sólo los que son iguales entre sí por su poder, en tanto que los fuertes imponen su poder, tocándoles a los débiles padecer lo que deben padecer.” (Tucídides, 5, 89).

A continuación sigue una parte trepidante de la película que nos deja muchos otros puntos a considerar, tanto de *ius ad bellum* como de *ius in bello*: el uso de la fuerza y la amenaza de su uso, poderes de guerra, reglas de combate, prisioneros de guerra y, a medida que la película llega a su punto crítico, asistimos a la hasta ahora única invasión cometida por la República Italiana.

Podría seguir mencionando muchas escenas y diálogos que plantean temas de discusión, como cuando un nuevo gobierno asume en Italia (y nos preguntamos sobre el reconocimiento de gobiernos, y si éste es debido

cuando hay una transición constitucional); el curioso diálogo entre el presidente italiano y el cardenal Secretario de Estado en la Ciudad del Vaticano (que lleva a la consideración de asuntos como la moral pública, el bien común, igualdad, derechos humanos), y muchos más.

Finalmente, pensamos que la discusión en clase podría explorar lo que piensan los estudiantes sobre una tensión presupuesta en la película: que el derecho (internacional) puede ser represivo cuando trata de controlar todos los aspectos de la vida, por idiosincrásicos que sean, versus si el derecho (internacional) puede dejar ciertas lagunas o márgenes en la regulación de esos aspectos.

¿Por qué las películas son útiles para enseñar derecho internacional? A diferencia de cualquier libro de texto de derecho internacional que conozcamos, esta película tiene personajes entrañables, una banda de sonido fantástica, y un guión que combina diálogos ingeniosos con humor.

Jerome Bruner, un psicólogo que hizo importantes contribuciones a la psicología cognitiva y a las teorías del aprendizaje en psicología educativa, sostiene que existen dos modos de pensar: el paradigmático y el narrativo. El primero es la forma que usa la ciencia y se basa en la clasificación y categorización. Es el enfoque adoptado por la clase magistral y muchos artículos académicos y libros de texto. Por el contrario, el enfoque narrativo, según Bruner, organiza las interpretaciones cotidianas del mundo en forma de historias. El uso de una historia para transmitir ideas (y no en un formato tradicional, sino en una película) brinda a los alumnos más información, al tiempo que retiene algunas de las respuestas, que deben buscar y pensar por sí mismos. Las historias proporcionan “mundos posibles” (Bruner, 1986, pp. 11-43). Y cuantas más perspectivas / puntos de vista tenga una persona en su imaginación, más formas de comprender y resolver problemas tendrá. Más *mundos posibles* permitirían a los estudiantes ejercer la prudencia, como en un laboratorio del derecho, al estilo del método del caso. De hecho, Howard S. Becker ha sostenido que los casos imaginarios nos permiten describir en detalle las características fundamentales de una determinada realidad, aunque no haya sucedido, lo que nos permite comprender mejor la sociedad a partir de “lo que podría suceder” (Becker, 2014, p. 143). Ni qué decir tiene estudiar a partir de “La increíble historia de la Isla de las Rosas” pues ¡realmente sucedió!

3. La lucha por la joya de la corona: la condición de Estado

Podría aventurarse alguien a decir, en términos coloquiales, que el derecho internacional ha estado de larga data obsesionado con los Estados y la estatalidad. Y ello no sería propiamente errado. Desde la perspectiva de su práctica, la identidad estatal ha operado tanto un instrumento o reflejo de dominación como uno de emancipación. Al respecto, encontramos tanto el hecho de que la “mundialización” en las relaciones internacionales coincide con una generalización o, más exactamente, una expansión del modelo de relaciones basadas en los Estados originalmente con tintes eurocentristas (del Arenal, 2008) —en todo el sentido de la expresión histórica, en tanto incluía subordinación colonial; y posteriormente con la emancipación de antiguas colonias junto a la conquista que supuso la transición a un esquema de creación de Estados según el cual los reconocimientos de su existencia tenían una naturaleza declarativa en lugar de una constitutiva como elemento *sine qua non* de su creación (Becker Lorca, 2014). Empero, pese a su ausencia de trascendencia jurídico-formal al respecto, los reconocimientos no carecen de relevancia, pudiendo tener influencia práctica en la posibilidad de desplegar el potencial de relacionarse con otros actores en la práctica.

En un plano teórico, además, se ha criticado el hecho de que, aún hoy día, buena parte de lo concerniente a las instituciones internacionales y su formación depende del filtro de los sujetos identificados con los entes colectivos construidos socialmente que llamamos Estados, lo que explica la existencia de ciertos prejuicios relativos a la estatalidad (Lustig, 2018). No ha sido fácil incluso para algunos dar cabida desde un plano conceptual y normativo a los actores o sujetos no estatales; y en ocasiones incluso se habló de una subjetividad o personalidad jurídica internacional plena o limitada de algunos de ellos, dependiendo una u otra calificación de su mayor o menor coincidencia con determinadas características que presuntamente tienen los Estados.

Pues bien, en la película de la L'incredibile storia de ll'isola delle Rose (así, en italiano, lengua que según García Márquez ni siquiera debería escribirse en cursivas en un texto en castellano, al tratarse de una lengua “siamesa” —García Márquez, 2004) se pone de relieve cuán atractiva resulta la consecución de la estatalidad y su aparejada dimensión concretizada del derecho a la libre determinación (de los pueblos, noción igualmente interesante): los beneficios y derechos que apareja el tener aquella identidad ni son pocos ni son en modo alguno desdeñables. Esto explica la ambición de algunos de que se acepten los micro-Estados (Grant, 2013) u otros fenómenos.

Dicho esto, ¿qué trasfondo explica el interés que reviste alcanzar la estatalidad como mecanismo instrumental para obtener ciertos privilegios y beneficios? Al respecto, existen ejemplos históricos que ilustran sobre las razones que condujeron a tal contexto. Entre ellos, se encuentran casos de distintos actores que, al obtener una posición más favorable como consecuencia del reconocimiento de su estatalidad, quizás generaron el efecto de que otros aspirasen a imitarles, en virtud de su constitución como ejemplos paradigmáticos que confirmaban cuán conveniente resulta obtener la estatalidad.

Al respecto, es posible considerar que la denominada etapa “clásica” del derecho internacional coincide con la también llamada edad moderna (de nuevo, desde una perspectiva de narración histórica eurocentrista, indudablemente), en la cual diversos grupos políticamente organizados, algunos de los cuales previamente constituían componentes de estructuras imperiales, vieron reconocidos a su favor derechos que hoy podríamos catalogar como alusivos a la libre determinación en términos de identidad política y autonomía o protección frente a injerencias externas en sus propios asuntos, según se revela con el estudio de la posición de Leibniz frente a los componentes del Sacro Imperio Romano Germánico o del contenido los tratados que componen la llamada Paz de Westfalia (Nijman, 2004).

La consolidación de tales precedentes prácticos se vio ligada a una convicción de que los actores en cuestión debían verse revestidos de una protección jurídica institucional. Si bien la forma de los Estados constituye una de las posibilidades contingentes de organización política, la misma se erigió como componente central de la formación y participación en el mundo del derecho internacional tanto en virtud del papel de la costumbre como elemento fundante de muchas de sus instituciones (que reconocía el mismo Hans Kelsen —Kelsen, 2009, p. 160) y (a nuestro entender) la dominación que ejercieron ciertos Estados frente a distintos pueblos.

Pero además de verse protegidos en términos de su autonomía (relativa a la decisión y defensa formal frente a intervenciones en los propios asuntos internos y externos), el fortalecimiento de la posición jurídica de los Estados les llevó a ejercer su dominación del derecho que debía regir las relaciones *entre si* para erigirse como los actores centrales del derecho internacional, operando incluso como *filtros* que determinaban qué actores y consideraciones “merecían” o podían tener una consideración como destinatarios o sujetos de aquel ordenamiento jurídico, y buscando preservar o expandir sus privilegios.

En cierta manera, este proceder en términos de controlar qué se vierte o no en el contenido del derecho internacional sigue persistiendo en buena medida en nuestros días, como reconocen algunos en la doctrina (d'Aspremont, 2011, pp. 4-5) incluso a pesar de la existencia de desarrollos y llamados a la superación del “estatocentrismo” en términos de la protección de ciertos intereses y entes (Cañado Trindade, 2003, párrs. 4-10). Aunque resulte chocante, en la medida en que conduce a situaciones en las que el filtro del consentimiento de los Estados impide al derecho internacional cumplir con las expectativas que se tienen de él de que haga frente de forma adecuada a desafíos globales y comunes del planeta y la humanidad (paradoja advertida en Klabbers, 2013) sería ingenuo pensar que los Estados renunciarían con facilidad a sus enormes privilegios en términos de apoyo a su poder (fuerte, blando o “smart” de naturaleza política, económica, militar y jurídica) por parte del derecho positivo. Después de todo, salvo que se presenten revoluciones de naturaleza jurídica que canalicen la contestación, quienes se benefician de ciertas coyunturas normativas procuran mantenerlas (como ejemplo, vid. Berman, 1983, p. 87).

Dicho lo anterior, curiosamente, el mismo atractivo que supone la estatalidad, en la medida en que constituye un trampolín de acceso a ciertas ventajas de interacción e invocación de normas, ha hecho que actores políticos rezagados y ubicados en las periferias normativas luchasen por su inclusión y reconocimiento como

Estados (Becker Lorca, 2014). Esto contribuyó a la superación del esquema constitutivo del reconocimiento y su reemplazo por uno declarativo (al que aludimos en la primera sección —Carrillo-Santarelli y Olarte-Bacarés, 2019). Y llevó a actores en la periferia a apropiarse del lenguaje institucional del derecho internacional a que, una vez alcanzada su identificación como Estados, tratasen de actuar en su marco para moldearlo (con ciertos límites, dada la naturaleza colectiva de la transformación del derecho internacional y las reacciones de quienes se beneficiaban del mismo) en cierta medida más proclive a sus propios intereses y realidades.

Esto explica, en últimas, cómo un modelo en el que un puñado de grupos políticos se beneficiaba de un derecho hecho a su medida y beneficio —incluso llamado *ius publicum europaeum*— (Remiro Brotóns *et al.*, 2007, p. 59) terminase incluyendo a actores (supuestamente) representantes de pueblos antes oprimidos que ahora actúan como iguales en términos formales frente a antiguas metrópolis y opresores. Dicho esto, es curioso advertir cómo, según incluso han advertido algunos en el marco de los *Third World Approaches to International Law* o TWAIL, es menester reconocer la existencia de exclusiones y opresión no sólo en las relaciones *interestatales* sino además en las *intraestatales* (Bianchi, 2016, capítulo 10). Ello pone de relieve la importancia de reconocer aspectos inter e intranacionales, identificadas ya por algún autor clásico como Suárez (Gómez Robledo, 1989, p. 98). Proponemos como explicación de lo anterior el hecho de que el rótulo de Estado es, en sí mismo, (políticamente y en términos identitarios) excluyente, y en consecuencia, termina en ocasiones ocultando los privilegios y la exclusión en el plano interno de muchos individuos y comunidades frente a los gobiernos (en sentido amplio y no entendido únicamente como poder ejecutivo) y a grupos privilegiados en el plano subestatal.

No obstante lo anterior, en virtud de su atractivo, confirmado por el ejemplo de quienes han alcanzado la condición de estatalidad, la identificación o consideración de cierto ente como Estado constituye un innegable atractivo muy tentador para quienes consideren que los derechos y privilegios (por ejemplo, en materia de inmunidad) que acarrea su consecución son instrumentales para favorecer el logro de otros propósitos. Y esto puede explicar, en cierta medida, el fenómeno de los micro-Estados, ilustrado por la película.

Aquí se da una curiosidad. La superación del modelo constitutivo por uno que estima que los reconocimientos de Estados son meramente una declaración de una realidad ya existente en términos normativos (en tanto la identificación de sus elementos constitutivos dan pie al nacimiento de un Estado sin necesidad de reconocimiento alguno por parte de terceros) encuentra una correlación en términos de su protección con la existencia de elementos sustantivos y mecanismos procesales. Elementos y mecanismos que existen para proteger a actores considerados centrales en el sistema jurídico internacional y que permiten (a aquellos que pretendan ser incluidos en la “familia” internacional de los Estados y a quienes ya ostentan tal calidad) invocarlos incluso frente a la oposición de quienes sean reacios a considerar como Estado a determinado ente, según se observa en la película.

Más aún: la mera pretensión de estatalidad ofrece una herramienta simbólica muy interesante incluso complementaria a posibles recursos procedimentales. Consecuencia tanto de la legitimidad que en nuestra conceptualización construida al respecto socialmente asignamos a los Estados en el marco del derecho internacional como del hecho de que el mundo del derecho no es relevante únicamente en una etapa de adjudicación. Lo es también en todo proceso de interacción con el fenómeno jurídico, incluyendo el referente a su invocación para reforzar pretensiones propias (McDougal *et al.*, 1969; Gourgourinis, 2011, pp. 46-47, 57).

Siendo así las cosas, no sorprende que la estatalidad resulte tan llamativa. La película examinada nos permite llevar al plano de lo consciente las tensiones y explicaciones de tal fenómeno, en la medida en que ilustra dinámicas y oposiciones relativas a su identificación y reconocimiento, el cual incluso sin constituir un requisito constitutivo del Estado acarrea efectos simbólicos prácticos que determinan los cauces de interacción internacional que un ente podrá probablemente tener (o no) con terceros proclives o reacios a tratarle como determinado tipo de sujeto (Cortés Martín, 2008).

Es posible observar las dinámicas y tensiones a las que nos hemos venido refiriendo cuando, en las distintas escenas de la película, se ve que hay una lucha por y contra la consideración de la “isla” como Estado tanto ante el Consejo de Europa como tras bambalinas en corredores políticos (italianos y de la Santa Sede) y

sociales (jóvenes o de diversos grupos culturales que coinciden o se oponen a lo que entienden representa el presunto Estado en cuestión en términos de ciertos valores y paradigmas culturales). Ello, además, confirma cómo el derecho es *parte* de la vida socio-cultural y no la agota en absoluto. El mismo es una dimensión que, sin abarcarla o subsumirla, permite ofrecer un filtro o lente a través del cual puede comprenderse en parte. Pero también constituye un instrumento que puede emplearse para reforzar (o debilitar) posiciones, tendencias sociales o pretensiones a través de interacciones, incluidas las relativas a la generación o transformación (colectiva) del derecho (internacional).

4. Conclusiones

En la primera sección analizamos cómo la película es útil pedagógicamente para enseñar sobre pilares básicos del componente de la subjetividad jurídica internacional y ciertos elementos sustantivos e institucionales. En la segunda sección, demostramos que sirve para la facilitación del análisis crítico sobre realidades ocultas del derecho. Es decir, observamos cómo el análisis del filme también permite poner de manifiesto realidades y tensiones con una carga histórico-política que son inherentes al derecho internacional de forma central e incluso (parcialmente) constitutivas del mismo. Lo último pone de manifiesto que el aprendizaje no se agota en una etapa inicial, sino que ha de constituir una constante.

Curiosamente, podemos terminar identificando capas más profundas que subyacen a instituciones con las que nos hemos familiarizado, advirtiendo su contingencia y la dialéctica que lleva a la síntesis que comprenden en determinado momento histórico, siempre en flujo y escenario de contestaciones, en nuestro caso de quienes aspiran a erigirse en Estados o a impedir el reconocimiento de alguno (movimiento secesionista, aspirante con elementos constitutivos dudosos, u otros) de aquellos aspirantes. Quizás las películas como la analizada permiten facilitar de forma entretenida el aprendizaje de aquellos aspectos básicos y, además, a vernos forzados a examinar críticamente su contorno, contenido y trasfondo y advertir que, como diría Ntina Tzouvala, lo familiar esconde aspectos que pueden sorprendernos (Borderline Jurisprudence, 2021).

En definitiva ¿fue útil utilizar el cine en clase para enseñar derecho internacional? En nuestra experiencia, fue útil y divertido. Y nos gusta pensar que algunas de las lecciones (o mejor, las ideas) aprendidas serán más duraderas que si hubieran sido dadas en un formato más tradicional. En palabras de Giorgio Rosa: “*Hay que arriesgarse si quieres cambiar el mundo*”.

5. Referencias bibliográficas

- Becker Lorca, A. (2014). *Mestizo International Law*. Cambridge University Press.
- Becker, H. S. (2014). *What About Mozart? What About Murder? Reasoning From Cases*, University of Chicago Press.
- Berman, H.(1983). *Law and Revolution*. Harvard University Press.
- Bianchi, A. (2016). *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford University Press.
- Borderline Jurisprudence podcast (2021). Episode 2: Ntina Tzouvala on Critique and International Law.
- Boris, V. (2017). What Makes Storytelling So Effective For Learning? *Leading the way: Ideas and insights from Harvard Business Publishing Corporate Learning (Blog)*.
- Bruner, J. (1986). *Actual minds, possible worlds*, Harvard University Press.
- Came, D. (2013). The Themes of Affirmation and Illusion in *the Birth of Tragedy* and Beyond. En John Richardson y Ken Gemes, *The Oxford Handbook of Nietzsche* (pp. 209-225). Oxford University Press.

- Cançado Trindade, A. (2003). Voto concurrente a Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Carrillo Santarelli, N. (2018). A look into The Human Rights and Inter-State Abuses of Foreign Powers and Autocrats in García Márquez: An International Law and Literature Study. *DPCE Online*, Vol. 36, No. 3, 617-637.
- Carrillo-Santarelli, N. y Olarte-Bacarés, C. (2019). From Swords to Words: the Intersection of Geopolitics and Law, and the Subtle Expansion of International Law in the Consolidation of the Independence of the Latin American Republics. *Journal of the History of International Law*, Vol. 21, 378-420.
- Cortés Martín, J. M. (2008). *Las organizaciones internacionales: codificación y desarrollo progresivo de su responsabilidad internacional*. Instituto Andaluz de Administración Pública.
- d'Aspremont, J. (2011). Non-state actors in international law: oscillating between concepts and dynamics. *ACIL Research Papers*, 1-21.
- del Arenal, C. (2008). Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales. *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* (pp. 181-268).
- García Márquez, G. (2004). *Memoria de mis putas tristes*. Norma.
- Gómez Robledo, A. (1989). *Fundadores del derecho internacional: Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gourgourinis, A. (2011). The Distinction Between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, 31-57.
- Grant, T. D. (2013). Micro States. En *Max Planck Encyclopedias of International Law*. Oxford University Press.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Universidad de Buenos Aires.
- Klabbers, J. (2013). *International Law*. Cambridge University Press.
- Leigh, D. et al. (2016). *The Movie Book: Big Ideas Simply Explained*. DK.
- Lustig, D. (2018). Governance Histories of International Law. En Markus D. Dubber y Christopher Tomlins, *The Oxford Handbook of Legal History*. Oxford University Press.
- McDougal, M. S. et al. (1969). Human Rights and World Public Order: A Framework for Policy-Oriented Inquiry. *American Journal of International Law*, Vol. 63, 237-269.
- McIntosh, S. (2020). Rose Island: Netflix adapts the story of 'prince of anarchists' Giorgio Rosa. *BBC News*.
- Nijman, J. (2004). Leibniz's Theory of Relative Sovereignty and International Legal Personality: Justice and Stability or the Last Great Defence of the Holy Roman Empire. *IILJ Working Papers*, 1-57.
- Remiro Brotóns, A. et al. (2007). *Derecho internacional*. Tirant Lo Blanch.
- Tolstoy, L. *¿Qué es el arte?*

Tucídides. *Historia de la Guerra del Peloponeso*.

Ficha técnica

Título: La increíble historia de la Isla de las Rosas

Título original: L'incredibile storia dell'Isola delle Rose

Dirección: Sydney Sibilia

País: Italia

Año: 2020

Fecha de estreno: 9 de diciembre de 2020

Duración: 117 min.

Género: Aventura, comedia, drama

Reparto: Elio Germano, Matilda De Angelis, Leonardo Lidi, Tom Wlaschiha, Fabrizio Bentivoglio, Luca Zingaretti, François Cluzet.

Guion: Francesca Manieri, Sydney Sibilia

Productora: Groenlandia

Distribuidora: Netflix

El rol de los profesionales humanitarios frente al desplazamiento forzado

Raúl Gualtruzzi Asociación de Voluntarios para el Servicio Internacional (AVSI), Brasil

Últimamente la mayoría de los artículos académicos que se escriben sobre la situación de los refugiados en el mundo y el drama del desplazamiento forzado comienzan repasando las cifras que anualmente publica el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en un intento de dimensionar el drama de la crisis y redoblar los esfuerzos para que los gobiernos y nosotros mismos como sociedad, dejemos de mirar para otro lado y abordemos esta problemática con mayor empatía. No sólo acogiendo y protegiendo a las personas refugiadas, sino también, y aún mucho más importante, atacar las causas que se esconden detrás del desplazamiento, tales como la guerra, el conflicto y la persecución, así como también el hambre, las profundas desigualdades y el cambio climático, una mezcla de factores que representan el combustible que muchas veces aviva la llama de la mayoría de los conflictos que se conocen.

En 2020 el desplazamiento forzado batió nuevamente un récord histórico: 82,4 millones de personas forzosa-mente desplazadas, lo que equivale al 1% de la población mundial. De ese número, 26,4 millones son perso-nas refugiadas, es decir, personas que buscaron seguridad y protección en otro país. Asimismo, un dato no menor, el 86% son acogidas en países en desarrollo, tales como Turquía, Colombia, Paquistán o Líbano (ACNUR, 2021).

Cuando mencionamos este último dato no deja de sorprender, pues choca y desmitifica la imagen que comúnmente nos llega de los medios cuando se habla de crisis de refugiados en Europa, por ejemplo, cómo podemos observar en el reciente conflicto en la frontera de Polonia y Bielorrusia, o cuando asistíamos atónitos la construcción de un mega muro que Estados Unidos erigía en la frontera con México para impedir el acceso de migrantes y refugiados. Sin embargo, pese al mito, las imágenes de pateras que se hunden intentando cruzar el mediterráneo para llegar a Europa, las devoluciones “en caliente” o mismo la persecución legal a las organizaciones humanitarias que intentan rescatar a estas personas de morir ahogadas (cuando consiguen zarpar sus barcos de rescate si es que no lo impiden las mismas autoridades), sí son reales y dejan en evidencia las constantes y flagrantes violaciones a las normas más elementales que la comunidad internacional elaboró en materia de Derechos Humanos.

Párrafo aparte merece observar como en los últimos tiempos ha ido variando la dinámica de los conflictos armados que actualmente se conocen. Guerras de nunca acabar, con potencias que manejan recursos inago-tables para hacer la guerra en los países afectados, que se convierten en teatro de operaciones y rehenes de dinámicas geopolíticas que en definitiva terminan exponiendo a la población civil a las peores atrocidades. Países que quedan en ruinas, absolutamente devastados y, lo que es más difícil, sus entramados sociales profundamente quebrados. Lo vemos en Siria, un país que ya lleva una década sumido en la guerra, en Sudán del Sur, Ucrania, Libia, y una larga lista de etcéteras.

Cómo citar este artículo: Gualtruzzi, R. (2021). El rol de los profesionales humanitarios frente al desplazamiento forzado. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), 024. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe024>

Aún incluso más cerca, en nuestra región podemos observar la violencia y el conflicto por pandillas en los países del triángulo norte de Centroamérica, el conflicto armado de Colombia, que ya lleva décadas y cuyas cicatrices aún no cierran, y en Venezuela, país donde la violencia y las graves violaciones a los Derechos Humanos, sumado a una crisis humanitaria sin precedentes, ya ha expulsado de su país a más de 6 millones de personas.¹

Esta realidad necesitará, más que nunca, de profesionales del derecho dispuestos a abogar por la causa de los refugiados y trabajar en su defensa y acceso a derechos. Claro que desenvolverse en el ámbito humanitario no es una tarea fácil, aunque el sentido de servicio que puede dársele a nuestra profesión les aseguro que es absolutamente gratificante.

En efecto, muchos de los profesionales del Derecho y de otras áreas que de una u otra forma se involucran en el trabajo con personas migrantes y refugiadas lo hacen dentro del amplio abanico que envuelve el concepto de “protección internacional”, la cual puede definirse en términos sencillos como “la ayuda que se ofrece a una persona que está fuera de su país y no puede regresar allí porque su vida corre peligro”, la que no sólo está dirigida a personas refugiadas, solicitantes de asilo y apátridas, sino también a “personas que no son refugiadas, pero que igual necesitan de protección internacional, como aquéllas que cruzan una frontera internacional debido a un desastre natural”(ACNUR, 2018).² Así, bajo esta definición podemos englobar a todas las acciones destinadas a obtener el respeto total de los derechos de las personas, algo que naturalmente toma especial relevancia en situaciones de conflictos armados, violencia generalizada, desplazamiento forzado o mismo desastres, donde la población se encuentra con mayor vulnerabilidad, es expuesta a todo tipo de riesgos y muchas veces acceder a sus derechos más básicos representa un verdadero escollo.

Esto último resulta muy importante, porque cuando hablamos de desplazamiento forzado y, de movilidad humana en general, no debemos dejar de atender lo que Daniel Briggs (2020) califica como *negocios de la miseria*, aquéllos que se valen de la destrucción y desesperación de las personas, y entre los que se inscriben la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes, la explotación sexual y laboral, el tráfico de armas, los intereses detrás de cada guerra y una lista de nunca acabar.

Recuerdo mi primera experiencia, allá por el año 2015 en Roma mientras realizaba una pasantía profesional y que termina con una maestría en Relaciones Internacionales. La organización se llamaba Ciudadanos del Mundo³ y su principal misión era precisamente brindar asistencia y asesoramiento a migrantes y refugiados que buscaban comenzar de nuevo en el viejo continente. Fue mi primera misión con personas en situación de vulnerabilidad extrema y un camino de ida que me permitió encontrar el sentido a mi carrera y resignificó profundamente todo lo que había estudiado en mi carrera de Derecho.

Luego de ello, vendrían otras experiencias trabajando en barrios vulnerables de la ciudad de Buenos Aires, hasta que finalmente comencé a colaborar en ACNUR, como voluntario primero, y luego como oficial de elegibilidad asistiendo a la Comisión Nacional para los Refugiados en Argentina, cargo que desempeñé durante tres años. Allí tuve la oportunidad de conocer cientos de historias de personas que buscaban protección en nuestro país y solicitaban el reconocimiento de su condición de refugiadas. Para tener una idea, de acuerdo a las estadísticas oficiales, Argentina recibió entre 1985 y 2020 un total de 29.530 solicitudes del estatuto de refugiado. Entre las principales nacionalidades pueden encontrarse personas que vienen de Venezuela, Siria,

¹ Esta cifra representa la suma de refugiados, migrantes y solicitantes de asilo venezolanos reportados por los gobiernos anfitriones, de acuerdo a la R4V, Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela. Puede consultarse más información en <https://www.r4v.info/>.

² Quienes deseen ampliar sobre éstos conceptos, se sugiere la siguiente lectura: *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Introducción a la Protección Internacional Protección de las personas de la competencia del ACNUR : Módulo autoformativo 1, 1 Agosto 200.* Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/4714bd082.html>

³ Para más información ver: <https://www.associazionecittadinidelmondo.it/>

Colombia, Cuba y Haití, país que como sabemos ha sufrido enormes consecuencias producto de los recurrentes desastres que se sucedieron en 2010, 2016 y más recientemente, en agosto de 2021.

Recientemente tuve la oportunidad de viajar y servir por primera vez en el “terreno”, en Pacaraima, ciudad brasileña que se encuentra en la frontera con Venezuela y principal puerta de acceso a Brasil, donde por estos días tiene lugar a mayor operación humanitaria con personas migrantes y refugiadas en todo el continente. La iniciativa conocida como “Operación Acogida”, es liderada por el gobierno federal con el apoyo de distintas agencias del Sistema Naciones Unidas, organismos internacionales, organizaciones de la sociedad civil y componentes de las fuerzas armadas.

La operación tiene lugar principalmente en el estado de Roraima, y a partir de ella se brinda apoyo y asistencia a los flujos de personas desplazadas que ingresan desde Venezuela, a través de diferentes etapas que incluyen la recepción y el registro de las personas, la identificación, la inmunización sanitaria y la regularización migratoria sea a través del pedido de residencia o bien solicitando el reconocimiento de la condición de refugiados. Hasta junio de 2021, un total de 610 mil venezolanos habían ingresado a través de la frontera con Pacaraima, lo que representó un verdadero desafío a la hora de brindar una respuesta humanitaria acorde a las circunstancias. Todo ello se complementa con la acogida en los diferentes “abrigos”, albergues instalados a lo largo del estado para alojar a aquellas personas que se encuentran en mayor estado de vulnerabilidad y sin medios para sustentarse. Sólo a modo de ejemplo, miles de personas son alojadas en los 5 abrigos de Pacaraima y en los 12 que operan en Boa Vista, ciudad capital del Estado de Roraima. Allí las personas encuentran no solo alojamiento, sino también protección, seguridad, alimentación, atención en salud y actividades sociales y educativas.

En definitiva, este breve recorrido a través de mi humilde experiencia personal y profesional, pretende mostrar y revalorizar un ámbito de desempeño de la profesión muchas veces desconocido pero que, así las cosas, resulta absolutamente necesario dar a conocer, puesto que el presente y, lamentablemente el futuro, requerirá de profesionales formados en valores empáticos hacia este tipo de problemáticas cada vez más frecuentes. El cambio climático, los conflictos y la violencia e inseguridad auguran un escenario en donde el desplazamiento forzado continuará siendo una realidad acuciante y cada vez más compleja, llena de desafíos que requerirán, como mencionaba, de profesionales formados en el ámbito humanitario y que vean a la profesión desde el servicio al prójimo y a los más vulnerables.

Decía un lema de ACNUR que buscaba concientizar sobre la realidad de las personas refugiadas, que esta realidad es una locura, pero aún más loco es no hacer nada por ayudar. Parafraseando el mensaje de la Agenda 2030, quizás abogar por un mundo más justo y equitativo en donde nadie quede atrás sea una de las claves para cambiarla. Pero lo que hacemos en el mientras tanto, hasta que ese anhelo, si fuera posible, comience a cobrar impacto es lo que puede definir el sentido que le damos a nuestra profesión y vocación, realizando nuestro pequeño aporte desde el ámbito en el que nos hemos formado o desde donde creamos que podemos hacer una diferencia.

1. Referencias bibliográficas

ACNUR (2021). *Tendencias Globales, Desplazamiento Forzado em 2020*. <https://www.acnur.org/60cbddfd4.pdf>

ACNUR (2005). *Introducción a la Protección Internacional Protección de las personas de la competencia del ACNUR: Módulo autoformativo 1*. <https://www.refworld.org/es/docid/4714bd082.html>

ACNUR (junio 2018). *Protección Internacional, la esperanza de millones de personas*. https://eacnur.org/blog/proteccion-internacional-la-esperanza-de-millones-de-personas-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/

Briggs, D. (2020). *Climate Changed: Refugee Border Stories and the Business of Misery*. Routledge.

Primer lugar para la Universidad Nacional de La Plata: nuestro recorrido en el concurso de la CPI

Por Matías Acacio, Marco Bellotti, Victoria Issin y Ana Inés Sangiacomo

Cada año se celebra en La Haya, Países Bajos el Concurso de Simulación Judicial ante la Corte Penal Internacional (CPI), organizado por el Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional con el apoyo institucional de la Corte. Este concurso tiene como propósito difundir el mandato, actividades y jurisprudencia de la CPI sobre los crímenes de agresión, genocidio, lesa humanidad y de guerra, estimulando el conocimiento del derecho internacional penal en los países iberoamericanos. Sobre la base de un caso hipotético, en primer lugar, los equipos deben presentar observaciones escritas sobre determinados puntos de derecho que se encuentren controvertidos. Ello desde los roles de Fiscalía, Defensa y Representación Legal de las Víctimas. Luego, en una segunda etapa, se presenta la posibilidad de defender los argumentos jurídicos puestos en los memoriales en una audiencia pública.

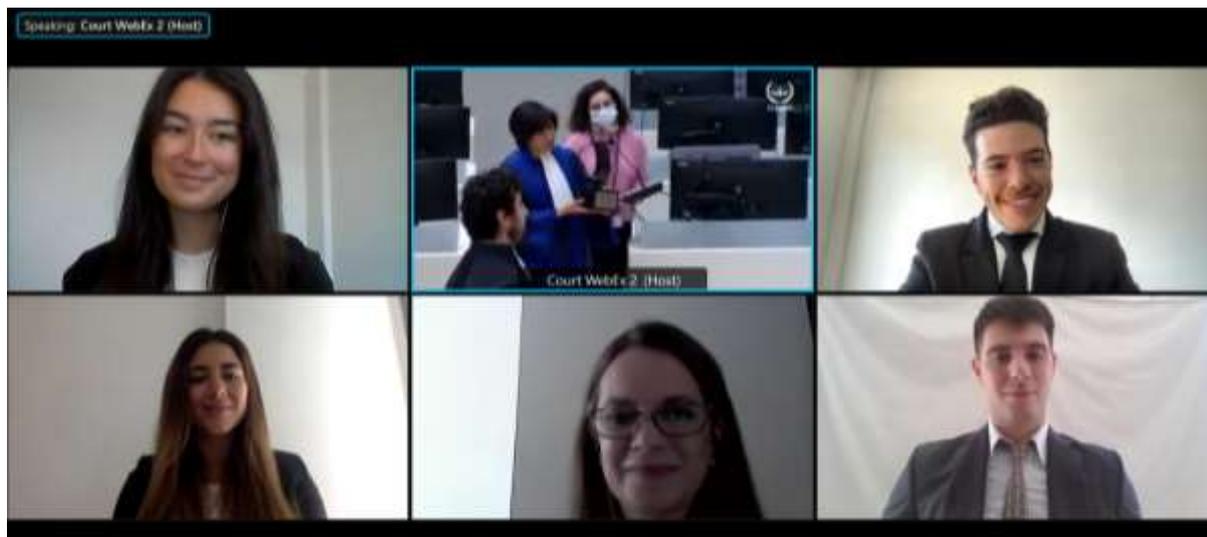


Día 6 de diciembre de 2021 en ocasión de recibir el beneplácito del Concejo Deliberante de la ciudad de La Plata, capital de la Provincia de Buenos Aires, Argentina.

La dinámica del Concurso cambió con la irrupción de la pandemia por Covid-19 (como todo en nuestra vida, tanto en lo personal como en lo académico). En marzo de 2019 nuestra Universidad Nacional de La Plata participaba por primera vez de este concurso, y, en ese momento, los estudiantes tenían la posibilidad de preparar los memoriales escritos en la Facultad y, posteriormente, viajar a la ciudad de La Haya, lugar donde se desarrollaron las audiencias citadas. En diciembre del año 2020, cuando se abrió nuevamente la convocatoria para formar al equipo que representaría a nuestra Facultad, el panorama era totalmente distinto, pero la emoción y la ilusión por ser parte de estos proyectos fue lo que nos unió a todos como equipo.

Cómo citar este artículo: Acacio, M., Bellotti, M., Issin, V. y Sangiacomo, A.I. (2021). Primer lugar para la Universidad Nacional de La Plata: nuestro recorrido en el concurso de la CPI. *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), 025. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe025>

Así, desde inicios del 2021 nos dedicamos al análisis del caso y a comenzar a construir la redacción para los memoriales escritos, cada uno desde su casa. Nuestro espacio común consistió en reuniones a través de la plataforma zoom que mantuvimos durante meses. Debemos reconocer que fue un gran desafío construir argumentos a partir de encuentros virtuales, en especial porque esta etapa requiere de un proceso previo de investigación sumamente profundo dadas las distintas posiciones procesales y las diferentes cuestiones jurídicas a discutir. Respecto de estas últimas, en general consisten en temas controvertidos del derecho penal internacional que incluso se encuentran en estos días bajo discusión en los tribunales internacionales.



Día 26 de noviembre de 2021 en ocasión de la Audiencia final ante la Sala I de la Corte Penal Internacional. Arriba, Victoria Issin oradora, la magistrada Presidente de la Sala I María del Socorro Flores Liera exponiendo el premio al primer lugar, y Matias Acacio orador. Abajo, Ana Inés Sangiacomo oradora del equipo, Laura Bono, profesora asistente y Marco Bellotti investigador del equipo.

Además, en la etapa escrita se valora en particular la capacidad de redacción de cada equipo, la creatividad de los argumentos y el conocimiento sobre la Corte Penal Internacional: su Estatuto, las Reglas de Procedimiento y Prueba, los Elementos de los Crímenes Y su jurisprudencia. Por último, se valora el conocimiento de la práctica de otros tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y para la Ex-Yugoslavia, entre otros.

La entrega de los memoriales escritos finalmente se dio en el mes de septiembre. Todos nos sentimos orgullosos de haber culminado con esa gran parte del Concurso y muy conformes con nuestro desempeño. A finales del mes de octubre recibimos los resultados: “De acuerdo con nuestra tabla final, los tres equipos que pasarán a la siguiente fase, es decir, a la audiencia oral final serán (...) Universidad Nacional de La Plata (equipo 3)”.

Cada uno desde su lugar sentíamos la felicidad, el orgullo y la sorpresa por haber llegado a la audiencia final. Ahora llegaría la preparación para una etapa completamente distinta a la anterior. La instancia oral suponía desarrollar la capacidad de reacción e interacción con los jueces de la Corte, mantener la originalidad de los argumentos, ajustar nuestras posiciones a un tiempo total de treinta minutos y apoyarnos en nosotros mismos como equipo para controlar los nervios y las vicisitudes que conlleva una audiencia virtual. Y lo más importante, la instancia oral implicaba que finalmente trabajaríamos juntos de manera presencial, lo que hizo muy llevadero el trabajo de un mes muy intenso.



Los magistrados de la Sala I de la Corte Penal Internacional: Letrada Magalí Bobbio, Magistrada Presidente de la Sala María del Socorro Flores Liera y Letrado Juan Pablo Caderón Meza.

26 de noviembre: llegó el día de la audiencia final donde pondríamos en práctica todo lo aprendido desde el inicio del año. Fue una experiencia sumamente enriquecedora donde pudimos tener un acercamiento a la profesión, una verdadera interacción con jueces de la Corte y con el resto de las partes procesales. Habló en primer lugar el equipo representante de la Fiscalía (Universidad de Nariño, Colombia), luego el de la Representación Legal de las Víctimas (Universidad Nacional Autónoma de México) y, por último, nuestro equipo, representando a la Defensa. Ana Inés y Matías intervinieron como oradores.

Una vez finalizado el debate y luego de cuarenta y cinco minutos de deliberación, finalmente los magistrados regresaron a la Sala de Audiencias I para comunicar el veredicto. El tercer lugar fue para la Universidad Nacional Autónoma de México. El segundo, para la Universidad de Nariño de Colombia. Y, el primer lugar, para la Universidad Nacional de La Plata de Argentina. Además, nuestra Universidad también obtuvo el reconocimiento al mejor memorial escrito en rol Fiscalía. Coronamos así, meses de trabajo y aprendizaje con el primer puesto en tan importante competencia internacional.

Sin dudas, esta experiencia nos enseñó el valor del trabajo en equipo, del esfuerzo para lograr un objetivo común, y la importancia de no abandonar los sueños pese a los obstáculos que se encuentren en el camino; todo es posible cuando detrás hay pasión y perseverancia. No cabe duda alguna que este concurso despertó en nosotros nuevos proyectos y esperanzas orientadas a poder desempeñarnos y seguir desarrollándonos en el ámbito del derecho internacional público que tanto nos apasiona.

Finalmente, no queríamos dejar de agradecer a todo el equipo docente que nos apoyó en estos arduos meses de trabajo: Laura Bono, Julia Espósito, Manuel Garrido y Mayra Scaramutti, su contención y acompañamiento fueron trascendentales para el logro alcanzado.

Esperamos que los próximos equipos puedan aprovechar estas instancias sumamente enriquecedoras que ofrece nuestra Universidad y, desde nuestro lugar, seguiremos con gusto apoyando y colaborando en la formación de los próximos estudiantes en pos de representar a nuestra querida casa de estudios de la mejor manera.



In memoriam
Juez James R. Crawford (1948-2021)

Judge James R. Crawford (1948-2021)

 Javier Surasky | Universidad Nacional de La Plata, Argentina | jsurasky@jursoc.unlp.edu.ar

Recibido: 26/7/2021

Aceptado: 28/7/2021

Cómo citar este artículo: Surasky, J. (2021). In memoriam: Juez James R. Crawford (1948-2021). *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, 4(4), -. <https://doi.org/10.24215/2618303Xe015>

El 31 de mayo falleció James R. Crawford. Para quienes no están involucrados en temas de derecho internacional (DI) es solo un nombre más, pero los que hemos hecho del DI parte de nuestras vidas sabemos que se ha ido uno de los hombre más creativo e inteligentes con que ha hemos contado.

Narrar su carrera profesional es impresionante: Relator Especial para la Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y autor del proyecto de artículos sobre el tema que hasta hoy utilizan los tribunales internacionales y Estados en la materia, Juez de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) desde 2015 hasta su deceso, redactor del primer borrador del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, miembro del *curatorium* de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, director del Centro Lauterpacht de Derecho Internacional y profesor principal de Derecho Internacional en la Universidad de Cambridge son algunos de los espacios que supo ocupar tomados de una lista extensa.

Sin embargo, Crawford fue mucho más que eso. Su exquisita sensibilidad para comprender y aplicar las normas del derecho internacional lo han convertido en uno de sus mejores exponentes. Su último curso en la Academia de La Haya, dictado en 2013 bajo el título “Oportunidad, orden, transformación” es una pieza jurídica imprescindible. Allí confronta tres preguntas fundamentales:

- ¿Es el derecho internacional realmente “derecho”?
- ¿En qué aspectos es sistémico?
- ¿Respeto el DI el estado de derecho como “un bien humano incondicional” o puede siquiera respetarlo?

Alejado de visiones épicas del derecho internacional, en ese texto Crawford nos recuerda que

The international system condones discrimination based on economic, political and technical endowments, even if consequent to colonial oppression, natural impoverishment or exploitation by developed countries. What can be said, however, is that if international law did not regulate resources at all, the international order would be that much more unjust (Crawford, 2013, p. 361).

Esta lectura del derecho internacional saltaba de sus textos a sus acciones. Baste aquí recordar que Crawford fue parte del equipo que llevó adelante la demanda interpuesta por Costa Rica contra Nicaragua ante la CIJ¹. En una entrevista que le hiciera el gobierno de Costa Rica para definir su contratación, dijo a sus entrevistadores “No sé si su gobierno me contratará o piensa en otro profesional. Sin embargo, déjenme darles un consejo, no contraten una firma de abogados, no les dejará nada. Yo creo que los países deben tener participación en sus casos internacionales y crear conocimiento y experiencia para sus profesionales nacionales, y ninguna firma internacional les dejará eso” (como se cita en Ugalde, 2021).

Poco después, cuando Nicaragua ocupó militarmente parte del territorio en disputa, Costa Rica decidió volver a la CIJ y envió a su embajador Sergio Ugalde Godínez, quien luego sería Juez de la Corte Penal Internacional, a Londres para preparar la demanda. Ugalde llamó a Crawford apenas aterrizar y lo puso al tanto de la situación “vengase ya, aquí lo espero” fue su respuesta y así se involucró en la preparación de la demanda y estrategia jurídica a seguir, Crawford se negó a cobrarle a Costa Rica su trabajo en la preparación de la demanda.

Esta coherencia también se refleja en algunos de los casos que llevó, como representante de parte, ante la Corte Internacional de Justicia antes de convertirse en uno de sus jueces, tales como Timor Leste vs. Portugal (1995) y la Caza de Ballenas del Japón (2014).

¹Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v Nicaragua), Judgment, ICJ Reports 2009.

Este compromiso con la justicia internacional era ya marca personal en Crawford. Su primer caso ante la CIJ fue nada menos que “Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)” presentado en 1989 y con sentencia final en 1993. Crawford, australiano, representó a Nauru y su acción jurídica representó una condena contra su propio país, con una reparación por 103 millones de dólares en favor de Nauru por explotación de recursos naturales cuando era todavía una colonia australiana.

Su último voto como juez de la CIJ fue en el caso sobre “Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)”, donde emitió su voto con la mayoría de sus colegas en el sentido de la falta de jurisdicción del tribunal. Esto ocurrió en febrero de 2021.

Su primer libro, publicado en 1979, fue tan breve como influyente: “La creación de Estados en el Derecho Internacional” (The Creation of States in International Law). Su última obra fue su trabajo en la 9ª edición de los Principios de Derecho Internacional del Ian Brownlie (*Brownlie’s Principles of International Law*) publicado en 2019. Un recorrido que demuestra tanto su faceta como innovador como su sólido conocimiento del pensamiento clásico de la ley internacional. Su proyecto inconcluso era una obra que recorriese toda la historia del Derecho Internacional. Si alguna vez alguien se atreve a realizarlo, deberá sin dudas dedicarle un capítulo.

1. Bibliografía de referencia

Crawford, J. (2007). *The Creation of States in International Law*. Second edition. Oxford: Oxford University Press.

Crawford, J. (2013). *Chance, Order, Change: The Course of International Law. General Course on Public International Law*. The Hague International Law Academy.

Crawford, J. (2019). *Brownlie’s Principles of International Law*. Ninth edition. Oxford University Press.

Ugalde Godínez, S. (11 de junio de 2021). El legado de James Crawford. *La Nación* (Costa Rica). <https://www.nacion.com/opinion/foros/el-legado-de-james-crawford/OQI4F64QYBC2NDAD7B5KKS6CTM/story/>

