ANUARIO HISPANO–LUSO–AMERICANO
DE DERECHO INTERNACIONAL
(AHLADI)

DIRECTORA
Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN
Miembro del IHLADI

SECRETARIO
Rubén CARNERERO CASTILLA
Miembro del IHLADI

COMITÉ CIENTÍFICO

Jean Michel ARRIGHI (Miembro, Uruguay)
Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE (Miembro, Brasil)
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS (Miembro, España)
Hugo LLANOS MANSILLA (Miembro, Chile)
Alfredo MARTÍNEZ MORENO (Miembro de Honor, El Salvador)
Ricardo MÉNDEZ SILVA (Miembro, México)
Rui Manuel MOURA RAMOS (Miembro, Portugal)
Rafael NIETO NAVIA (Miembro, Colombia)
Fabián NOVAK TALAVERA (Miembro, Perú)
Santiago TORRES BERNÁRDEZ (Miembro, España)
Raúl Emilio VINESA (Miembro, Argentina)

CONSEJO EDITORIAL

Bertrand ANCEL (Université Paris II, Assas, Francia)
Zlata DRNAS DE CLÉMENT (Miembro–Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)
Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (Un. Rey Juan Carlos Madrid, España)
Alejandro M. GARRO (Columbia Law School, EE UU)
Henri LABAYLE (Universidad de Pau, Francia)
Stephan LEIBLE (Universidad de Bayreuth, Alemania)
Carlos Mauricio LÓPEZ CÁRDENAS (Universidad del Rosario, Colombia)
Loretta ORTIZ–AHLF (Asociado–Universidad Iberoamericana, México)
Carmen OTERO GARCÍA–CASTRILLÓN (Universidad Complutense de Madrid, España)
Sixto SÁNCHEZ LORENZO (Miembro–Universidad de Granada, España
Paul TORREMANS (Universidad de Nottingham, Reino Unido)

REDACTORES

Óscar César BENITEZ (Asociado, Argentina)
Lidia MORENO BLESA (UCM, España)
Marta IGLESIAS BERLANGA (UCM, España)

CONTACTO
DIRECCIÓN POSTAL
Facultad de Derecho – Universidad Complutense de Madrid
Ciudad Universitaria s/n
28040 Madrid (España)

TELÉFONO
(+34) 913945603

CORREO ELECTRÓNICO
ihladi@ugr.es

ANUARIO

HISPANO–LUSO–AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL (AHLADI)

VOL. 24 (2019–2020)

Publicación bienal

Editado por
Instituto–Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional
www.ihladi.org

Madrid – 2019

Edición:
Iprolex, S.L.
Mártires Oblatos, 19, bis 2<
8224 Pozuelo, Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 709 00 65
Fax: (34) 91 709 00 66
e–mail iprolex@iprolex.com
http://www.iprolex.com

Redacción:
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
Ciudad Universitaria s/n
28040 Madrid
Teléfono: (34) 913945603
e–mail ihladi@ugr.es

Impresión:
Torreblanca Impresores
Paseo Imperial, 57
28005 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 365 20 07

ISSN: 570–4316
Depósito Legal: Z–451–1962
Impreso en España

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeren, plagiaren, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

@ Instituto Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional
http:/ihladi.net

El Anuario Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional es una publicación bienal del Instituto Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional que ofrece estudios doctrinales en lengua española y portuguesa sobre temas de Derecho internacional público y Derecho internacional privado.

El Anuario está abierto tanto a los miembros y asociados del Instituto como a cualquier especialista en Derecho internacional que tenga interés en divulgar sus trabajos científicos originales.

Ni el Anuario ni el IHLADI se identifican necesariamente con las opiniones o juicios que los autores de las ponencias, comunicaciones y demás trabajos exponen en el ejercicio de su libertad intelectual.

ÍNDICE

Pág.

Presentación 15

XXX CONGRESO DEL IHLADI

PONENCIAS

Ricardo Méndez Silva

Terrorismo y Derechos Humanos. Revisión de las Resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 19

Gonzalo Javier Aguilar Cavallo

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en situaciones de emergencia 53

Patricia Galvao Teles

Direitos Humanos e Alterações Climáticas 93

Rubén Carnerero Castilla

Grupos vulnerables en situaciones de riesgos y amenazas. El caso de los desastres naturales 133

COMUNICACIONES

Zlata Drnas de Clément

Los derechos de las víctimas de terrorismo 161

Pablo César Revilla Montoya

Terrorismo y Derechos Humanos: La responsabilidad de los Estados que no controlan parte de su territorio 175

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra

Responsabilidad social de las Empresas en situaciones de riesgos y amenazas 185

Beatriz Ramacciotti

Democracia, Derechos Humanos, Transparencia: Los desafíos de la lucha anticorrupción en el Sistema interamericano 201

María Torres Pérez

Los conflictos armados recientes y la protección del patrimonio cultural . 213

Dário Moura Vicente

¿Aplicación extraterritorial del derecho al olvido en Internet? 225

Hugo A. Llanos Mansilla

El cambio climático y sus efectos en determinados Derechos Humanos 237

Rose Gladys Cave Schnohr

El Derecho al agua y la responsabilidad (¿necesidad?) de proteger 247

Daniel Gracia Pérez

La tragedia de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo: desplazamientos climáticos ante la subida del nivel del mar 257

Graciela R. Salas

Asilo, refugio y protección subsidiaria 269

Hugo Ignacio Llanos Mardones

Los desplazados forzosos como grupo vulnerable sin estatutos de protección privilegiada 283

Amalia Uriondo de Martinolli

La sustracción internacional de menores en situaciones de especial vulnerabilidad como los movimientos migratorios masivos 293

ARTÍCULOS

Gustavo Alonso Martínez

La regulación jurídica del visado de tránsito aeroportuario en el Código de visados 325

Elen de Paula Bueno y Victor Arruda Pereira de Oliveira

O Congresso de Viena de 1815 e suas contribuições para o direito internacional público 359

Antônio Augusto Cançado Trindade

As sete décadas de projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948–2018) e a necessária preservação de seu legado 381

Lidia Moreno Blesa y Esther Alba Ferré

El derecho de nacionalidad y extranjería para combatir los actos de terrorismo 413

Camilo Villajos de Silva

Las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia en el Asunto relativo a "Le financement du terrorisme et la discrimination raciale en Ukraine" (Ukraine c. Fédération de Russie): Importante referente en la protección de las minorías en Derecho Internacional 431

Recensiones bibliográficas 457

Noticiario del IHLADI 471

Conclusiones del XXX Congreso 509

Normas de publicación 531

PRESENTACIÓN

Fiel a su cita, ve la luz un nuevo volumen del Anuario del Instituto Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional Privado, el vigésimo cuarto. Como es obligado, el Anuario recoge las ponencias y comunicaciones presentadas en el XXX Congreso del Instituto, celebrado en Sevilla en junio de 2018, así como las conclusiones que se adoptaron con ocasión de dicho Congreso.

En esta ocasión, el último Congreso del Instituto se ha celebrado en torno al tema "La protección de los derechos humanos en situaciones de riesgos y amenazas". A pesar de que la protección de los derechos humanos configura ya una materia ampliamente consolidada en el Derecho internacional, los efectos cambiantes de la sociedad globalizada, así como las nuevas amenazas que en los últimos tiempos acechan a la comunidad internacional, provocan que dicha protección se enfrente a nuevos retos normativos de cara a que resulte realmente eficaz. Es por ello que, comprometido como está el Instituto con el análisis de los problemas más actuales que debe afrontar el Derecho Internacional, fuera elegido dicho tema como eje central del XXX Congreso, sobre el cual han pivotado las cuatro ponencias principales.

En esta línea, a nadie se le escapa que una de las mayores amenazas que afronta en las últimas décadas la comunidad internacional es la del terrorismo yihadista, acentuada por la irrupción de Daesh, la cual tiene una muy especial proyección en relación con los derechos humanos. Los problemas de la población civil que huye de las zonas en conflicto, los refugiados o los derechos de las víctimas del terrorismo constituyen tan solo algunos de esos retos sobre los que se ha tenido la oportunidad de debatir en el Congreso.Si hay un ámbito dentro de los derechos humanos que ha sufrido un crecimiento realmente exponencial, ese es el de los derechos económicos sociales y culturales. La realidad social ha ido progresivamente poniendo en el lugar que le correspondía a estos mal llamados derechos de segunda generación, cuyo corolario ha sido la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Ecómicos, Sociales y Culturales de 2008. No obstante lo anterior, hay contextos donde la debida protección de estos derechos afronta aún importantes retos, como lo son las situaciones de emergencia. De igual manera, el creciente fenómeno del cambio climático lleva aparejado importantes problemas en relación con los derechos humanos; más concretamente, la imposibilidad con que se encuentran algunas personas de acceder a ciertos derechos fundamentales, como el agua o la alimentación, lo que conduce a hablar de una nueva categoría de refugiados, los

"medioambientales". Finalmente, no debe perderse de vista que los cambios acaecidos en la comunidad internacional, que traen aparejadas situaciones de riesgos y amenazas, conllevan la aparición de nuevos colectivods que son vulnerables a la debida protección de los derechos humanos en dichas situaciones.

Como es habitual, al hilo de las cuatro ponencias presentadas en el XXX Congreso se han presentado numerosas e interesantes comunicaciones que complementan adecuadamente las mismas, en la medida que, bien abundan en el tema analizado, bien afrontan problemas colaterales y sustanciales a los abordados en ellas. El conjunto de las ponencias y comunicaciones ha llevado a un debate enriquecedor y constructivo que se ve reflejado en las Resoluciones adoptadas por el Instituto las cuales recogen las Conclusiones aprobadas por los miembros y asociados y que aparecen al final del Anuario.

Comprometido con su vocación de apertura, necesaria para el fructífero debate, el presente volumen recoge interesantes trabajos de especialistas en Derecho internacional ajenos a la Institución, la mayoría de los cuales abordan temas igualmente incardinados con la debida protección de los derechos humanos, como son los relativos a los diversos problemas de pérdida de nacionalidad que plantea la amenaza terrorista ya aludida, o los derechos de las minorías en casos de secesión que son analizados al hilo de la demanda planteada por Ucrania contra Rusia ante la Corte Internacional de Justicia. A los que se une el interesante repaso de las siete décadas de protección internacional de los derechos humanos realizado por el magistral trazo del juez Cançado Trindade.

El volumen del Anuario se completa con el ya habitual Noticiario del XXX Congreso, que en esta ocasión cuenta con el valor añadido de recoger el emotivo homenaje que el Instituto dedicó en el mismo a uno de sus más ilustres miembros, el profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, con motivo de celebrarse el mismo en la Universidad que le vio crecer y consagrarese como uno de los iusinternacionalistas más destacados de nuestro tiempo.

Sixto SÁNCHEZ LORENZO
Secretario General del IHLADI

Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN
Directora del AHLADI

PONENCIAS
DEL XXX CONGRESO

TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS. REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL Y DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS

Ricardo MÉNDEZ SILVA (México)*

Sumario: I. Planteamiento. II. La Asamblea General. 1.Resoluciones. 2. Resoluciones Precursoras. 3. Resoluciones de la Asamblea General bajo el nombre de Medidas para Prevenir el Terrorismo Internacional. 4. Resoluciones de la Asamblea General bajo el nombre de Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional. 5. En la cosecha de Resoluciones, la AG se abrió a otro capítulo dedicado al tema de los Derechos Humanos. 6. Declaración del Milenio y Declaración del Sesenta Aniversario de las Naciones Unidas. 7. Estrategia Global contra el Terrorismo. III. Consejo de Seguridad. 1. Resoluciones. 2. Toma de Rehenes.3. Atentado contra las Embajadas en África. 4. Resolución 1267 (1999). 5. Resolución 1373 (2001). 6. Armas de Destrucción Masiva. 7. Los Combatientes Terroristas Extranjeros. IV. Conclusiones. Anexo.

Resumen: El terrorismo ha sido un flagelo de larga data en la historia de la Humanidad. En la época de las Naciones Unidas los dos órganos principales, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, principalmente, se han encargado del problema dentro de sus respectivos ámbitos competenciales, la primera atendiendo a su labor declarativa y el segundo, en una parte, con determinaciones no vinculantes y, en un campo más amplio con carácter vinculante, en apego a lo previsto en el capítulo VI y al capítulo VII de la Carta. La Asamblea General inició pronunciándose sobre este crimen en el año de 1972 con motivo de la matanza de atletas israelitas en la Olimpiada de Múnich. De su parte, el Consejo de Seguridad tuvo que atender desde sus inicios problemas relacionados con el terrorismo, en función de la violencia que se desató con la constitución del Estado Israelí en 1948. La conflictividad del mundo abriría otros escenarios amenazantes por el radicalismo religioso del islam combativo, señaladamente los atentados en 1998 contra las embajadas norteamericanas en Kenia y Tanzania, preludio de una escalada que culminaría dramáticamente ante los ojos del mundo en Nueva York, Washington y Pensilvania en el despertar del siglo XXI. Dada la magnitud del desafío, los dos órganos principales de la ONU asumieron posiciones para concertar la acción de los Estados y definir rumbos conceptuales y conductuales para encarar lo que se visualizaba en forma indubitable como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Es de destacarse que a esa tarea concurrieron organismos especializados del sistema "onusiano" por las dificultades que planteaba el criminal desafío, fruto de ese entramado institucional fue la elaboración y aprobación de 19 tratados sobre la materia. En el presente trabajo se realiza una revisión de las principales resoluciones de los dos órganos aludidos.

*Palabras clave:*Terrorismo. Derechos Humanos. Asamblea Gneral. Consejo de Seguridad. Naciones Unidas.

* Miembrio del IHLADI. Coordinador del Área de Derecho Internacional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Antiguo Presidente de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales.

Abstract: Along History terrorism has been a continuing scourge for Mankind. Consequently, the two main organs of the United Nations, the General Assembly and the Security Council, have engaged in the fight against terrorism and issued an important body of resolutions in the fulfilment of their respective commitments. The General Assembly has adopted resolutions with a declaratory nature while the Security Council have approved resolutions lacking binding or with legal force in accordance to Chapters VI and VII of the Charter. The General Assembly firstly emitted pronouncements on terrorism after the massacre of Israeli athletes in the 1972 Munich Olympics. The Security Council dealt with this crime since the beginning of its tasks in regard of the violence surrounding the creation of the State of Israel in 1948. The world conflictivity have produced new terrorism threats mainly by religious extremism and the radical Islam such as the attacks against the United States Embassies in Kenia and Tanzania in 1998 and reached a high level of destruction with the tragic events of New York, Washington and Pennsylvania at the beginning of the current century. In response to this challenge both organs have developed significant efforts to coordinate the State's policies and actions to adopt conceptual guidance and measures against these threats to international peace and security. It is worth noting that some of the specialized organizations of the United Nations family have engaged together with the GA to face this problem by drafting 19 treaties on terrorism. This article analyzes the most relevant resolutions adopted by the above–mentioned organs on terrorism.

Keywords: Terrorism. Human Rights. General Assembly. Security Council. United Nations.

I. Planteamiento

El terrorismo y los derechos humanos se enlazan de manera indisoluble en al menos tres sentidos:

a) Primeramente porque los ataques indiscriminados contra personas inocentes provocan el espanto colectivo, dejan una estela lastimosa de muertos, heridos, mutilados, traumas psicológicos en las víctimas directas e indirectas, así como daños inconmensurables en las estructuras económicas y financieras de los países y, como sucede en el caso del fallido Estado Islámico, arrasan con bienes históricos y arqueológicos, herencia insustituible de la Humanidad.

La actividad terrorista genera daños diversos en los Estados afectados, suele posesionarse de grandes extensiones territoriales dentro de algunos de ellos, blanco de su obsesión destructiva e imponen represiones desalmadas, extorsiones y abusos incalificables a los pobladores, al tiempo que impactan a la seguridad de los Estados con alarmantes ramificaciones que comprometen a la paz mundial.

b) En segundo lugar porque en la lucha para abatir al terrorismo, algunos de los Estados afectados desconocen los derechos elementales de los presuntos terroristas y de quienes participan en la larga y compleja cadena de este crimen cuando son apresados y encauzados judicialmente, en ocasiones sometidos a circunstancias de aislamiento, prácticas de tortura y tratos degradantes reñidos con las garantías esenciales de un Estado de Derecho y del debido proceso, quebrantando la normatividad que determina a la convivencia internacional.

c) En tercer lugar porque las medidas tomadas en la escala internacional, particularmente en el seno del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, vulneran a veces el régimen de los derechos humanos como lo rebelaron en su momento las sanciones impuestas al Irak por la invasión e intento de anexión de Kuwait en agosto de 1990 que produjeron una tremebunda crisis humanitaria afectó a los sectores más sensibles de la población como lo son las mujeres y la infancia[1].

De igual modo, porque, a fin de sancionar a las personas o entidades, responsables o bien presuntos responsables de participar en la comisión de actos terroristas, no se contemplaron mecanismos procesales de defensa de los derechos humanos como acaeció con el Comité 1267 (1999) del Consejo de Seguridad, constituido para integrar una lista de personas o entidades embarcadas en actividades terroristas para que sus fondos financieros y sus propiedades les fueran bloqueadas o incautadas, entre otras medidas, como la imposición de prohibiciones a persona gubernamental de viajar al extranjero. No fueron menores los problemas resultantes de esas medidas, al extremo de que fue necesario instituir en 2009, en el interior del susodicho Comité, la figura de una Ombudsperson para que auxiliara en la tarea de inclusión y exclusión de personas o entidades eventualmente sancionadas[2].

El presente ensayo aborda la actividad de la Asamblea General (AG) y del Consejo de Seguridad (CS) de la Organización de las Naciones Unidas a través de la revisión de las Resoluciones adoptadas en materia de terrorismo y su vinculación con el régimen de los derechos humanos.

Cabe recordar que el Preámbulo de la Carta de San Francisco subrayó como finalidad primordial de la institución naciente en 1945 *reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas*. Lo mismo procede tener presente que el artículo primero, párrafo 3, consagró como principio dominante e irrevocable de la Organización *el desarrollo y el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*. Consignas normativas que guían el actuar de los órganos fundamentales y, en general, de todo el sistema de las Naciones Unidas, de tal suerte que, para el combate al terrorismo, esa normativa tutelar de la persona debe regir tanto en beneficio de las víctimas como de aquellos que son considerados o acusados como terroristas.

La AG comenzó a tratar el problema en 1972 a raíz de los trágicos sucesos de la Olimpiada de Múnich en donde perdieron la vida 11 atletas de la delegación israelí.

[1] R. Méndez–Silva, *El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los Casos de Afganistán e Irak;* Universidad Nacional Autónoma de México 2014, pp. 133 ss.

[2] A. Rodiles, *México y la Promoción del Estado de Derecho en el Consejo de Seguridad*, en R. Dondisch; Editorial Debate, Secretaría de Relaciones Exteriores, Primera Edición; México 2012, pp. 213 ss.

En esa oportunidad la Asamblea inició la adopción de una larga serie de Resoluciones relativas a la necesidad de que se observaran en forma estricta los Derechos Humanos, el Derecho de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario de cara al creciente y enredado problema del terrorismo. Procede advertir que la preocupación por la salvaguarda de estos tres regímenes en materia tan delicada permanecería latente en el quehacer tanto de la misma Asamblea como en el del Consejo de Seguridad. Del ámbito competencial de la AG ha surgido un caudal de pronunciamientos que ha aportado guías y criterios de conducta, carentes ciertamente de obligatoriedad pero que pueden llegar a asumirla por la vía consuetudinaria y, más aún, porque su contenido ha influido en el de los tratados auspiciados por la ONU y cuya impronta se ha revelado también en el quehacer del Consejo de Seguridad.

En la esfera de las Naciones Unidas y en lo que respecta a este angustiante problema ha sido trascendente la labor de organizaciones especializadas, señaladamente la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), la Organización Marítima Internacional (OMI), el Organismo Internacional para la Energía Atómica (OIEA), la Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) que, en colaboración con la AG han enfrentado el desafío terrorista. Así mismo la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) ha jugado un rol de gran valía el de apoyo a los países para el diseño de leyes internas y el establecimiento de políticas que permitan a los Estados contar con respuestas jurídicas pertinentes ante el desafío del crimen en cuestión.

Uno de los logros de la AG ha sido precisamente en el impulso a la celebración de Tratados sobre los problemas dominantes propiciados por el terrorismo y que impactan inevitablemente a la paz y seguridad internacionales. Sabido es que en el derecho internacional no existe un cuerpo convencional único sobre este flagelo, sin embargo, merced a la cooperación internacional ha sido posible concretar 19 Convenios, Convenciones y Protocolos[3], sin contar a los Acuerdos Regionales que se han acordado para tratar de erradicar la amenaza del terrorismo y la consecución de sus crímenes.

Por añadidura, y esto es digno de remacharse, a falta de un ordenamiento jurídico general la AG y el CS han adoptado un numerosas e importantes Resoluciones, con valor de recomendación algunas y otras dentro de la competencia del CS, de rango obligatorio para que los Estados adecuen sus políticas internas y sus comportamientos a los criterios madurados en la esfera internacional.

De su parte, el Consejo de Seguridad se asomó al problema en 1948 durante el conflicto árabe–israelí pero poco hizo en los años siguientes debido a las desavenencias entre los Miembros Permanentes durante el periodo de la Guerra Fría. Fue hasta 1992 con motivo del atentado terrorista contra el avión de la compañía PAN

[3] La lista de los 19 Tratados aparece como anexo al final del texto.

AM en los cielos de Escocia que se lanzó a combatir al terrorismo, primeramente, con apego al Capítulo VI cuyas Resoluciones carecen de obligatoriedad y, más tarde, dada la magnitud creciente de la amenaza y de los atentados, dio un saltó al Capítulo VII de la Carta para dotar a varias de sus Resoluciones de obligatoriedad incontestable. Ello quedó patente con las sanciones aplicadas al Grupo Al Qaeda y a su líder Osama bin Laden en 1999 debido a los atentados contra las embajadas norteamericanas en Dar es Salam, Tanzania, y Nairobi, Kenia el 7 de agosto de 1998.[4] La audacia terrorista carburaba incendiaria sus desafíos y tomaba como blanco favorito a los Estados Unidos.

Europa, durante las décadas de los años sesenta y setenta estuvo surcadas por actos terroristas de distintas banderías que perseguían fundamentalmente establecer regímenes políticos y gobiernos de orientación ideológica izquierdista como lo demostraron en Alemania el Ejército Rojo, activo hasta 1998, en Italia las Brigadas Rojas, en Francia el colectivo Acción Directa, en Grecia el grupo 17 de septiembre, en Japón el Ejército Rojo y en nuestras tierras latinoamericanas Sendero Luminoso en Perú y en Argentina la herida que no acaba de cerrar, cuya mayor "hazaña" fue el atentado contra la Mutualidad Judía en 2009.

En el *mare magnum* de la conflictividad empezaron a ganar protagonismo los grupos islamistas, imbuidos por un sentimiento de irreductibilidad religiosa. En 1970 el grupo Septiembre Negro, rama de la Organización para la Liberación de Palestina, realizó en 1970 el secuestro de cuatro aviones en Jordania bajo el grito de guerra *Nadie es inocente*, consigna de los terroristas inscritos en el movimiento que hoy se conoce como la *Yihad*. En esta corriente se inscribió el desafío de Al Qaeda por sus acciones audaces coronadas simbólica y trágicamente por la masacre y el espanto del 11 de septiembre de 2001. Este atentado fue, a no dudarlo, un parteaguas en el quehacer de los órganos de Naciones Unidas, particularmente, en el del CS que se volcó a contrarrestar e intentar contener al terrorismo, misión inacabada hasta el presente y, que ha dado lugar a desplantes agresivos de mayor envergadura como los realizados por el llamado Estado Islámico (EI).

La influencia del factor religioso ha incidido, en un contrasentido espantable, ha incidido lo mismo en el aumento del número de atentados que en el aumento del número de víctimas. Datos retrospectivos debelan que a lo largo del Siglo XX solo una docena de atentados superaron la centena de muertos[5], en cambio, en el despegue de la nueva centuria el fanatismo ha cobrado ataques que superan esa cantidad, de lo cual dejan constancia los atentados del 11 de septiembre de 2001 con un saldo escabroso cercano a los 3 000 fallecidos.

---

[4] *Doble atentado sincronizado contra las embajadas de EE UU en Kenia y Tanzania;* El País; Nairobi 1998; Recuperado de: https://elpais.com/diario/1998/08/08/internacional/902527201_850215.html.

[5] B. Hoffman, "Una Nueva Era del Terrorismo"*, Revista Sistema*, vol. 132–133, 1996, p.293 ss.

Deviene oportuna la cita: *Para los terroristas religiosos la violencia es en primer lugar un acto sacramental o mandato divino ejecutado como respuesta directa a ciertas demandas o imperativos teológicos*[6]. Consecuentemente, la contienda que libran estos grupos enajenados desvalora la vida humana y atenta sin contemplaciones contra las entidades estatales y sus pueblos pues para los protagonistas del exterminio su propia vida carece de importancia terrenal y, convencidos como están de que encarnan una batalla entre el bien que ellos representan y el mal que identifica a los contrarios obtendrán la victoria en una dimensión intemporal ajena al suceder histórico[7].

Es obligado afirmar desde ahora que uno de los efectos de las campañas y golpes terroristas contra un Estado en lo individual o contra varios Estados socava las relaciones internacionales en su conjunto y se erige como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales.

A las claras el terrorismo ha crecido cuantitativamente y simultáneamente lo ha hecho en sus modos operativos, en los sitios que golpea, así mismo ha diversificado sus fuentes de financiamiento y ha usado novedosos medios violentos: explosivos potentes, bombas de confección casera y otras herramientas más elementales pero que difunden el terror y causan víctimas inocentes como lo son las armas blancas, los vehículos automotores que son ejemplo para potenciales seguidores, el *suicidio santo* y el uso de medios electrónicos con miras a sublimar los propósitos de exterminio a través de propio sacrificio o de la ejecución de personas.

Datos de fuentes especializadas como Global Terrorism Database[8], exhiben un paisaje espantable y descorazonador. Los datos referentes a 2017 (los últimos de que se disponen) revelan que en ese año ocurrieron 10 900 ataques terroristas en el mundo, realizados por 8 075 perpetradores, habiendo causado 18 482 víctimas mortales. El informe agrega que en tres países se concentran el mayor número de víctimas: 24% en el Irak, 23% en Afganistán y 8% en Siria, que en forma alguna quitan el sentido trágico de los actos en otros puntos donde campea infamante el terrorismo.

II. La Asamblea General

La competencia deliberativa de la AG tiene una importancia que no se puede regatear por el valor moral y político de sus pronunciamientos, al contrario, su labor ha ido más allá de la mera conceptualización ya que sus Resoluciones han despejado

[6] B. Hoffman, *Ibíd*.

[7] M. Juergensmeyer, *Terror in the Mind of God, the Rise of Religious Violence;* University of California Press; Los Angeles, USA 2000; 316 p.

[8] Global Terrorism Database; *Global Terrorism in 2017*; University of Maryland 2018; Recuperado de: https://www.start.umd.edu/pubs/START_GTD_Overview2017_July2018.pdf.

surcos para la comprensión de los problemas bajo su competencia y en el tema que nos ocupa ha contribuido a la toma de conciencia sobre el despliegue siniestro del terrorismo y de los daños que produce en las sociedades victimadas y en las relaciones internacionales en su conjunto.

Es de reconocerse la influencia que algunas de las Resoluciones de la AG han tenido en la confección de las Resoluciones del Consejo de Seguridad, incluyendo aquellas aprobadas al amparo del Capítulo VII, ejemplo de lo cual es la R. 1373 (2001), adoptada el 28 de septiembre de 2001, humeantes todavía los escombros que dejó el atentado del 11 de septiembre, y a la cual volveremos más adelante.

1. Resoluciones

La producción de Resoluciones de la AG en este campo es dable clasificarla en cuatro grupos:

a) Resoluciones precursoras que sentaron las bases de la concepción del problema en el Derecho Internacional,

b) Resoluciones bajo el título de medidas contra el terrorismo que pone en peligro vidas humanas, incentiva o causa su pérdida, compromete las libertades fundamentales y pone sobre relieve las causas subyacentes de las manifestaciones que adopta y de los actos de violencia que origina y que llevan a algunas personas a sacrificar sus vidas en un intento por lograr cambios radicales en la convivencia social,

c) Resoluciones bajo el título de medidas para eliminar el terrorismo internacional,

d) Resoluciones correspondientes a la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo.

2. Resoluciones Precursoras

a) Inminente la derrota de Alemania en 1945, la Carta de las Naciones Unidas (la Carta) aprobada en abril de ese año, contuvo en el Preámbulo el principio de la igualdad entre hombres y mujeres y a lo largo del texto aludió en varias ocasiones al tema de los derechos humanos. No en balde la Organización ha sido considerada una institución humanista a la par pacifista.

b) Si bien en las negociaciones de la Conferencia de San Francisco no fue posible redactar un instrumento paralelo sobre los derechos de la persona de manera complementaria a los dictados organizativos y funcionales de la Organización, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) en sus designios primerizos creó en 1946 a la Comisión de Derechos Humanos[9] y le encargó confeccionar un instrumento

[9] Resolución 9 (II) General de 21 de mayo de 1946.

especializado en materia tan trascendente como respuesta a los excesos sufridos durante la Segunda Guerra Mundial. Resultado de esa idea fuerza fue la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 precisamente por la AG.

c) Asociado al punto anterior, el Art. 30 de la Declaración concedió protección a los seres humanos contra actos que hoy podrían etiquetarse como terroristas: *Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo de personas o a una persona para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades protegidas por esta Declaración*.

El enunciado asume importancia notable pues fue elaborada por Estados y para Estados, pero su objetivo fue consagrar de manera irrebatible los derechos humanos de toda persona y avanzó en señalar a grupos e individuos como responsables susceptibles de violar y nulificar los avances de la histórica proclama. Como es sabido, la Resolución ha sido la más citada en la era de las Naciones Unidas y ha cobrado validez jurídica incontestable, vía consuetudinaria como lo manifestó la reunión de Naciones Unidas en Teherán, Irán, el 13 de mayo de 1968 a los veinte años de haber sido aprobada. Así, la Proclamación de Teherán postuló en forma solemne que la Declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia una concepción común de los derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declaró obligatoria para la comunidad internacional. Si hubiera dudas sobre los términos vinculantes del célebre Instrumento, estos fueron ratificados y ensanchados por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos y Sociales de 1966 que, junto con la Declaración componen la trilogía fundamental de los derechos humanos en el ámbito internacional.

d) Año de 1970, fastuosa celebración del veinticinco aniversario de la ONU fue la R. 2625 (XXV) aprobada por la AG simbólicamente el 24 de octubre de 1970, justo por día y mes en el aniversario de la entrada en vigor de la Carta de San Francisco. La Resolución llevó por nombre Declaración Relativa a los Principios de Derecho Internacional relativos a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de espléndida trascendencia pues codificó las directrices torales del derecho internacional prevalecientes entonces en la materia, cimiento indefectible de posteriores desarrollos normativos.

En el apartado correspondiente a la prohibición del uso de la fuerza, la Declaración afianzó el deber de los Estados de abstenerse de realizar actos que implicaran la organización, instigación y ayuda o participación en actos de guerra en otro Estado, enunciado correspondiente al principio de la no intervención. Mencionó sin ambages al terrorismo por su nombre y subrayó la obligación de los Estados de abstenerse de facilitar su territorio para la organización de actividades equivalentes

al uso de la amenaza y de la fuerza entre los Estados y de no promover actos terroristas contra otros Estados, conducta que se estima equivalente a un acto de guerra. Correspondencia de este precepto es la salvaguarda de los derechos humanos y puede apuntarse que con el transcurrir de los años esta previsión pareció haber sido hecha a la medida de la complicidad del Gobierno Talibán de Afganistán cuando acogió en su territorio al grupo terrorista Al Qaeda para entrenar a sus militantes y desde donde fueron ideados diversos atentados que ensombrecieron el despertar del Siglo XX.

Es de destacarse que el contenido de la R. 2625 fue recogido en Resoluciones de la AG en momentos posteriores cuando el flagelo terrorista se proyectaba incontenible[10]. También fue mencionada en Resoluciones del CS, entre ellas vale la pena resaltar la R. 1373 del 28 de septiembre de 2001, ya antes aludida y aprobada como se advirtió un par de semanas después de los atentados de septiembre de 2001 en los Estados Unidos.

e) En la secuencia de Resoluciones precursoras es obligado tener en mente a la R. 3314 (XXIX) de 1974 sobre la Definición de la Agresión. Vale reiterar algo que es ampliamente sabido, la imposibilidad de la comunidad de Estados para ponerse de acuerdo en la adopción de una noción aceptable para todos relativa a la agresión, crimen resbaladizo en el terreno conceptual.

En esta Resolución se lograron consensos y se estimó como un acto de agresión el envío por un Estado, en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que llevaran al cabo actos de fuerza armada contra otro, de tal gravedad que encajaran en los supuestos listados como actos de agresión.[11] Si bien no

[10] R.50/186 de la sobre Derechos Humanos y Terrorismo del 6 de marzo de 1996; la R. 59/195 relativa igualmente a los Derechos Humanos y Terrorismo del 22 de marzo de 2005.

[11] Art. 1. La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición.

Art. 3. Con sujeción a las disposiciones del art. 2 y de conformidad con ellas, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión:

a) La Invasión o el ataque por las fuerzas armadas del Sellado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aun temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión mediante el uso de la fuerza del territorio de otro Estado o parte de él;

b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado;

c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado

d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea;

e) La utilización de las fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo;

mencionó expresamente a los grupos terroristas, estos quedaron sin duda cubiertos bajo el supuesto del envío de bandas armadas, grupos irregulares y mercenarios contra otro Estado.

Hasta el cansancio sabemos que toca al Consejo de Seguridad determinar la existencia o comisión de un acto de agresión tal como lo indica el Capítulo VII de la Carta, si bien en la práctica el Consejo rara vez ha fundamentado su participación en un asunto con base en el crimen de agresión, acaso por las posturas divergentes que persisten todavía sobre su significado y alcance, en cambio ha optado por cobijarse bajo el supuesto de una amenaza a la paz y la seguridad internacionales que obsequia un campo libérrimo para validar su intervención y adoptar las medidas que estime pertinentes en las crisis bajo su conocimiento y que pueden comprender actos de terrorismo.

3. Resoluciones de la Asamblea General bajo el nombre de Medidas para Prevenir el Terrorismo Internacional que pone en peligro vidas humanas, incentiva o causa su pérdida o compromete las libertades fundamentales, y el estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, los agravios y la desesperanza y conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluidas las propias en un intento de lograr cambios radicales

Bajo esta sombrilla normativa de nombre extenso, la AG inauguró en 1972 su quehacer en el ámbito del terrorismo[12]. Objeto de ese instrumento fue tratar de disminuir y eliminar precisamente las acciones terroristas[13] ya en un ascenso desafiante que ya desde antes de los años setenta mostraban su ímpetu destructivo. En 1972, el evento que provocó una conmoción de alcances globales, como ya se anticipó, fue el atentado cometido por el colectivo Septiembre Negro, contra los atletas israelitas en las Olimpiadas de Múnich. El acto desplegó una resonancia global por haber acontecido nada menos que en una gesta motivada por el ideal de la fraternidad

f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado;

g) El envío por un Estado o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos enumeraos o su sustancial participación en dichos actos.

[12] R. 3034 del 12 de diciembre de 1972.

[13] Secuestro del avión de Aerolíneas Argentinas, 1966.Atentando contra el vuelo 284 Cyprus Airways, noviembre 1967. Terroristas de Omán hicieron estallar el buque transatlántico MV Dará, matando a doscientas ochenta y ocho personas.1961 Dos explosiones ocurrieron en Saigón en 1965 con el resultado de cuarenta y dos víctimas mortales y 80 heridos. 1965. Ataque con bombas en Tel Aviv produciendo la muerte de una persona y cincuenta y un heridos, 1968. Atentado contra las oficinas centrales de la Banca Nazionale dell'Agricoltura en Milán, 1969 y seguidamente otros ataques contra la misma ciudad italiana de Milán y contra Roma con el saldo de diecisiete muertos y ochenta y ocho heridos.

universal y en contra de jóvenes deportistas cuya vida fue truncada que participaban en una competición asociada a los ideales de concordia y de confraternidad.

La AG sostuvo en esa oportunidad que el colonialismo era una de las causas probables del desasosiego social que podía alimentar los brotes de la inconformidad social y del actuar despiadado de los terroristas. En 1960 la AG aprobó la histórica R. 1514 que se pronunció por la aceleración del proceso de descolonización, tema dominante durante las décadas subsiguientes, sin embargo, nada en el instrumento ni en los siguientes aprobados por la Asamblea en este tenor pretendieron justificar al terrorismo como una vía legal a favor de la emancipación de los pueblos subyugados.

Tras un compás de espera, en 1978 la AG[14] incursionó de nuevo en este tema. Movida por la convicción de que no pueden hacerse distingos entre un terrorismo bueno y un terrorismo malo, condenó todos los actos de terrorismo internacional que ponen en peligro vidas humanas y causan pérdidas indecibles. Censuró, sí, en un tiempo histórico en el que se daba la liquidación de los imperios, los actos de terrorismo emprendidos por los regímenes coloniales, racistas y extranjeros contra las poblaciones privadas de su libertad y llamó a los Estados a erradicar las causas subyacentes del terrorismo en forma unilateral o a través de la cooperación internacional.

La AG volvió a la carga en su calidad de punta de lanza institucional en la lucha contra el terrorismo en 1985[15], estimulada por el aumento de los actos terroristas en el mundo y por la estela doliente de víctimas. Censuró *todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo donde quiera y con quien quiera fueran cometidos, incluidos los que ponen en peligro las relaciones de amistad entre los Estados y su seguridad*. Texto empleado en lo sucesivo, palabras más palabras menos, para cubrir los distintos actos de este tipo y que asumiría un tono casi sacramental en la conceptualización de la lucha contra el terrorismo en su seno e inclusive en el del CS que en su turno se manifestó insistente contra este abominable crimen que carece de justificación sea cual fuere la motivación política o la fuerza ideológica que lo alentara.

4. Resoluciones de la Asamblea General bajo el nombre de Medidas para Eliminar el Terrorismo Internacional.

Queda claro que en 1992 la AG adoptó la recomendación para que se adoptaran medidas que enfrentaran al problema del terrorismo que experimentaba un ascenso tan desafiante como peligroso[16]. En esta inteligencia, reconoció la labor que al iniciarse la última década del Siglo XX estaban emprendiendo entidades

[14] Resolución 34/145 de 1978.
[15] Resolución 4061 del 9 de diciembre de 1985.
[16] Resolución 51/210 del 17 de enero de 1992.

internacionales públicas en esta materia como la Organización de la Unidad Africana, la Organización de los Estados Americanos, la Organización de la Conferencia Islámica, la Asociación Meridional para la Cooperación Regional, la Unión Europea, el Consejo de Europa, el Movimiento de los Países No Alineados, el Grupo de los Siete, otros países del mundo industrial y la Federación Rusa, señal de que la sociedad internacional estaba padeciendo los embates terroristas y ya nada le restaría al problema su carácter global por lo que insistió en que se elaborara una convención general sobre el terrorismo internacional que incluyera una definición valedera y aceptable para todos los países, propósito que encontró reiteraciones en instrumentos sucesivos y que, sin embargo, hasta la fecha ha quedado en un voto de buenas intenciones.

La Resolución recomendó, así mismo, que los sistemas de seguridad de los Estados deberían efectuar consultas para aumentar su capacidad de prevenir y, en su caso, investigar las acciones terroristas contra instalaciones públicas, en particular contra los medios de transporte y recomendó que se prestara atención al uso de sistemas y de redes de comunicación electrónica para enfrentar al terrorismo, recurso que en un boomerang la inventiva delincuencial se apropiaría para potenciar sus propios designios criminales y que llegaría a alcanzar en los años siguientes una importancia irrefrenable.

Develó otro aspecto que exigía una acción concertada y que quedaría instalada en la agenda de la AG y, posteriormente, en la del CS con un carácter prioritario: la alianza invisible de los terroristas con organizaciones y asociaciones privadas dedicadas a fines caritativos, sociales o culturales que servían de pantalla para canalizar recursos y patrocinar las causas del terrorismo. Tal diagnóstico quedaría estampado en el quehacer de la Organización conforme el desafío crecía.

A mediodía del 26 de febrero de 1993 estalló un camión repleto de explosivos en uno de los estacionamientos subterráneos de la Torre Norte del World Trade Center en Nueva York. La destrucción fue significativa en las áreas del estacionamiento del impresionante edificio pero por fortuna el endemoniado propósito de los autores falló pues de haber tenido una mayor carga explosiva y de haberse estacionado en otro punto estratégico de los estacionamientos subterráneos, la Torre se hubiera colapsado y quién sabe si en su derrumbe hubiera arrastrado a la otra[17]. La amenaza de la violencia islámica ya se manifestaba en este atentado, pero sus alcances estaban lejos todavía de imaginarse.

Como anécdota digna de mencionarse, algún testigo de este acontecimiento, mirando hacia la altura, mencionó una frase profética: *el próximo atentado vendrá del cielo.*

[17] M. Juergensmeyer, *op. cit*., pp. 61 y 62.

Un año después, en 1994, la AG[18] calificó al terrorismo como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales con independencia de su signo de identidad, política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa o de cualquier otro tipo. En esa oportunidad, dejó de lado las menciones que venía haciendo sobre la libre determinación de los pueblos acaso porque los avances de la descolonización eran evidentes cercano el fin del Siglo XX, y tal vez porque la dinámica terrorista estaba cobrando un escandaloso protagonismo que era preciso abatir sin contemplaciones.

La AG no hizo mención de algún Estado o de algunos Estados, pero censuró el apoyo que algunos grupos o incluso personas prestaban a las formaciones terroristas, por ejemplo, el caso de Sudan que en esos años le había abierto las puertas a un saudita todavía desconocido para el grueso de la opinión pública mundial y que daría mucho de qué hablar años adelante: Osama bin Laden. Instó a los Estados a que se abstuvieran de organizar y de permitir la organización de actos terroristas en su territorio, ello en consonancia con los planteamientos precursores de la R. 2425 sobre los principios de amistad y la R. 3314 sobre la definición de la agresión, citadas páginas atrás.

Solicitó a los Estados que antes de conceder asilo a una persona, verificaran que no hubiera sido acusada o condenada por delitos relacionados con el terrorismo o bien que una vez otorgado, vigilaran en forma estricta al individuo o los individuos beneficiados para impedir que se involucraran en la preparación y organización de actos terroristas, punto que resucitara en Resoluciones del porvenir.

Un año después[19] reiteró su preocupación por la subsistencia e incremento del terrorismo *en el mundo entero* asumiendo formas y manifestaciones de la índole más diversa, fruto del extremismo. Nuevamente mencionó la complicidad directa e indirecta de algunos Estados que mantenían vinculaciones perversas con las bandas terroristas pero omitiendo nombre y apellido. Trajo a colación un señalamiento enunciado previamente y que halló carta de naturalización en el análisis de los diversos instrumentos *onusianos*: los nexos de los terroristas con otros grupos y actividades delincuenciales, esto es, el comercio ilícito de armas, el lavado de dinero y, eventualmente el tráfico de material nuclear.

Los autores de la Resolución indicaron sin que ello implicara justificación alguna que entre los fines que inspiraban la comisión de los aberrantes crímenes podían contarse motivos políticos, filosóficos, ideológicos, raciales, étnicos o religiosos, y, por si acaso se omitiera alguna causal, remataba diciendo *de cualquiera otra naturaleza*, calificativos que hablaban de la diversidad y complejidad del problema en el acontecer cotidiano del mundo. En su visión determinó que la cooperación interestatal era punto clave para afrontar los desplantes terroristas y llamó a los oficiales

[18] R. 49/60 del 9 de septiembre de 1994.
[19] R. A/49/743 del 17 de febrero de 1995.

de seguridad de los Estados Miembros a que se empeñaran a realizar consultas tendentes a fortalecer la capacidad de los Estados para prevenir e investigar las amenazas terroristas y vigorizar los procesos de investigación con métodos de detección de explosivos y de otras sustancias dañinas susceptibles de provocar muertes y lesiones. Los llamó a que intensificaran la asistencia jurídica en favor de Estados de menores recursos y de capacidades limitadas para defenderse de los amagos del terrorismo.

En el entorno del acontecer histórico el financiamiento de los terroristas se había trasfigurado en una preocupación decisiva e insistió en el asunto una vez más. La cuenta regresiva hacia el 2001 avanzaba imparable; en la visión retrospectiva ya no habría retorno.

5. En la cosecha de Resoluciones, la AG se abrió a otro capítulo dedicado al tema de los Derechos Humanos y el Terrorismo en dos vertientes, la primera bajo el nombre Derechos Humanos y Terrorismo y la segunda bajo el título la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo

Es notorio que el contenido de las Resoluciones osciló entre el sufrimiento y los daños causados a las víctimas y la situación de losacusados participantes en acciones terroristas cuyos derechos elementales pudieran ser vulnerados en el fragor de la lucha antiterrorista.

La primera vertiente de Resoluciones[20] en este campo se inauguró en 1994 al influjo de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, verificada en la capital de Austria en junio de 1993. La temática estimuló el quehacer de la AG en nueve Resoluciones centradas en los derechos humanos *severamente* vulnerados por los grupos terroristas, y se condolió por *el aumento de inocentes, mujeres, niños y personas de edad, asesinadas, masacradas y mutiladas por terroristas en actos indiscriminados y arbitrarios de violencia y terror*. Condenó con dureza las acciones enfiladas a la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia que amenazaban a la integridad territorial y a la seguridad de los Estados, con la desestabilización aparejada de los gobiernos constituidos legítimamente y minaban a las ciudades pluralistas debilitando su desarrollo económico y social.

La Resolución vinculó a los derechos humanos con la estructura estatal y las posibilidades de desarrollo de las colectividades y ubicó a la democracia de los Estados como uno de los bienes superiores, susceptibles de ser arrollados por el desenfreno terrorista y que resultaba urgente apuntalar en las relaciones internacionales, recordó que la Declaración Universal de los Derechos Humanos[21], junto con la R. 2625

[20] R. 48/122 de 7 de febrero de 1994.
[21] R. 50/186 del 6 de marzo de 1996.

sobre las Relaciones de Amistad y la Cooperación entre los Estados y los dos Pactos de Derechos Humanos de 1966, constituyen la columna normativa que sostiene y da cohesión a la regulación sobre el problema del terrorismo y a la consubstancial salvaguarda de los derechos humanos. Consideró que el derecho a la vida es el derecho humano *más esencial y fundamental* y que el terrorismo genera un clima social que destruye al derecho y a las expectativas de las poblaciones de vivir en libertad y desenvolverse sin temores, deploró el número cada vez mayor de personas abatidas, especialmente de los niños, las mujeres y los senectos masacrados y mutilados por la violencia inclemente y feroz.

Insistió en la vinculación maligna de los grupos terroristas con otros grupos delincuenciales dedicados al tráfico de armas y de drogas y a la comisión de otros delitos graves como las extorsiones, la toma de rehenes y los robos que se convierten en medios para financiar sus campañas y los furibundos asaltos delincuenciales. Incluyó un señalamiento, realmente un emblema distintivo de los países civilizados: *todas las medidas contra el terrorismo deben ajustarse estrictamente a las normas internacionales de derechos humanos*, pilar filosófico que debe alentar a la lucha contra el terrorismo, externó su solidaridad con las víctimas, con los caídos en los atentados y con los heridos que quedan marcados física y psicológicamente por los daños que les son infringidos. Levantó la voz para condenar enérgicamente todos los actos de terrorismo que afectan la vigencia de los derechos humanos y restan esplendor a las libertades fundamentales, al tiempo que ponen en peligro la vida democrática y las estructuras estatales y atentan contra la integridad territorial y la conviviencia pacífica de las entidades estatales.

Reprobó categóricamente toda incitación al odio étnico, rechazó la siembra de la violencia y el germen malévolo del terrorismo, rechazó los prejuicios que surgen contra ciertos Estados y otros modelos de civilización de donde suelen ser oriundos los terroristas pero que no son necesariamente auspiciados o protegidos por los gobiernos y menos secundados por la mayor parte de sus poblaciones.

En ese año de 2004 reafirmó la obligación de los Estados de cerciorarse de que en las medidas que ellos adoptaran se cumplieran las obligaciones prevalecientes en el derecho internacional, sobre todo las relativas a los derechos humanos, al derecho de los refugiados y del derecho Internacional humanitario[22], como se apuntó con antelación. La Resolución aludió de manera específica al art. 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que elevó a la categoría de derechos irrevocables a los concernientes a la vida[23], la tortura[24], la esclavitud[25], la irretroactividad de las leyes

[22] R. 59/191 del 20 de diciembre de 2004.
[23] Art. 6.
[24] Art. 7.
[25] Art. 15.

sobre la imposición de penas[26], la personalidad jurídica[27], la libertad de pensamiento, de conciencia y religión[28], avances formidables logrados en el Pacto. Y en la misma corriente de ideas y de preocupaciones[29] recalcó las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos involucrados en la lucha contra el terrorismo vinculados a los derechos sustantivos y las garantías procesales objeto de reconocimiento indubitable en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los Convenios de Ginebra de 1949. Todo un universo normativo gestado después de la Segunda Guerra Mundial y que son ejes de la normatividad estatal hasta la fecha.

La Resolución en comento rechazó toda forma de privación de la libertad que sustrajera a los detenidos de la tutela legal y abogó por que se cumplieran las normas concernientes a la libertad, seguridad y dignidad de las personas, al trato humano en todos los sitios de reclusión aun cuando se encontraran allende su territorio. El señalamiento no podía ser más oportuno pues tras los atentados terroristas de 2001, los Estados involucrados directamente en el combate al terrorismo cayeron también en excesos contra las personas acusadas de terrorismo y que caían en sus manos.

Al igual que en resoluciones previas deploró[30] hondamente el número en acrecentado de personas inocentes, mujeres, niños, personas de edad asesinadas, masacradas y mutiladas por las embestidas terroristas. Reiteró su reprobación al odio étnico, a la violencia y al terrorismo y solicitó al Secretario General de la ONU que creara un fondo de contribuciones voluntarias de la Organización a fin de gestionar la rehabilitación de los afectados y hacer posible su reintegración a la sociedad.

Sus posicionamientos influyeron de manera decisiva para que la Comisión de Derechos Humanos creará en 2005 la figura del Relator Especial sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha Contra el Terrorismo y que el Consejo de Derechos Humanos de la Organización en 2017 le concediera la calidad de Relatoría Independiente.

6. Declaración del Milenio y Declaración del Sesenta Aniversario de las Naciones Unidas

En 2000 la AG aprobó la Declaración del Milenio[31]. Entonces todavía el problema del terrorismo mereció una mención leve, llamó tan solo a los Estados a

[26] Art. 6.2.
[27] Art. 11.
[28] Art. 18.
[29] R. 62/159 del 18 de diciembre de 2007.
[30] R 52/133 del 27 de febrero de 1998.
[31] R. 55/2 del 8 de septiembre de 2000.

adoptar medidas concretas contra el terrorismo y a que se abocaran a conciliar las medidas internas e internacionales y a que suscribieran las Convenciones y Convenios aprobados hasta ese momento. Más tarde, en 2005, en años de aniversarios y celebraciones, la ONU también se vistió de gala para conmemorar el sesenta aniversario de su fundación. El 16 de septiembre de 2005 la AG condenó al terrorismo y exhortó a que se elaborara dentro del término de un año una convención sobre el candente tema, ya sabemos, una ilusión fallida, sin embargo, recomendó que los Estados suscribieran los Tratados que hasta esa fecha habían sido pactados y auspiciados por la Organización, 12 en total a esa fecha. Y como el continuaba prosperando convocó a que se definiera una estrategia de lucha contra el terrorismo, propuesta que fue bien recibida pues un año después, en 2006, el órgano democrático aprobó la Estrategia Global contra el Terrorismo.

En el mismo año adoptó la R. 60/158 sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Retomó las preocupaciones que surcaron a las dos décadas anteriores y destacó la necesidad de velar por la aplicación irrestricta de los derechos humanos contra la discriminación, prejuicio amenazante avivado por los odios raciales, el desprecio al color de la piel, al sexo de las personas y a su idioma, a las diferentes creencias religiosas y a la diversidad de opiniones políticas, en suma, censuró los prejuicios de cualquier índole.

Subrayó que en la lucha contra el terrorismo era premisa esencial el respeto a la dignidad y la libertad de las personas y convocó a que se observaran las bases normativas e ideológicas consubstanciales a una convivencia democrática y al imperio de la ley para abatir las detenciones arbitrarias, los actos de tortura y los tratos infamantes contra los detenidos, la ausencia de juicios en casos de discriminaciones, el sometimiento a condiciones de aislamiento de los prisioneras, la precariedad de los centros de detención, la ausencia de pruebas fidedignas en los juicios además de un largo etcétera de abusos condenables.

7. Estrategia Global contra el Terrorismo.

Importancia cimera encarnó la R. 60/28 del 8 de septiembre de 2006, bautizada como Estrategia Global contra el Terrorismo cuya aprobación recogió los señalamientos del Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005.

El punto de arranque de este documento fueron los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas, enlazados con la peligrosidad que había alcanzado el terrorismo a mediados de la década, calificado como *una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales*. A ese nivel de alarma y preocupación había llegado el problema desde el inicio de la década que en todas sus facetas y filiaciones perseguía la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales, la democracia y atentaba en paralelo contra la integridad

territorial y la seguridad de los Estados, socavando a los gobiernos constituidos legítimamente. La AG insistió en el propósito de negociar un tratado general sobre la candente materia.

La Estrategia Global abundó en planteamientos anteriores, en la opresión dentro de muchas sociedades, en la pobreza y urgió a que se implantarán bases para edificar un desarrollo sostenible, fincar una adecuada gobernanza, pugnar por el imperio de la ley, hacer óptima la tolerancia y el entendimiento entre todas las culturas y creencias y asegurar el respeto entre todas las religiones.

La Resolución retomó la preocupación por el uso del internet del que se valían los terroristas para cometer sus fechorías y pretendió concientizar a todos los Estados para que usaran la red de redes como un medio para doblegar los embates del terrorismo. Corría el año de 2006 y la cobertura por internet todavía no alcanzaba los ímpetus que la distinguen hoy día, razón por la cual apeló a los Estados a que brindaran asistencia a otros de sus pares que padecían rezagos en este campo de la modernidad tecnológica. El desplazamiento de los terroristas ya era preocupación de la sociedad internacional y, consecuentemente, la AG urgió a que se mejoraran los controles fronterizos para prevenir los desplazamientos de los terroristas y pudiera frenarse el tráfico ilícito de todo tipo de armas estimulado por el mercado de la muerte: la venta de las armas pequeñas y ligeras y las de destrucción en masa al igual que los materiales utilizados para construirlas. Fue precisamente a mediados de esa década que creció la preocupación por el posible uso de las armas de destrucción masiva por los terroristas y que despertó la preocupación tanto de las instituciones mundiales como de las regionales.

Insistió en el cuidado debido a los derechos humanos incluyendo los relativos a los refugiados y a los cubiertos por el derecho internacional humanitario. Como una cuestión vital remarcó que se estableciera y se mantuviera un sistema jurídico eficaz en los Estados y en vigor un estado de derecho que sometiera a juicio a los presuntos responsables en consonancia con el respecto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y, en este tenor, que los actos terroristas fueran tipificados como delitos graves en los ordenamientos jurídicos internos y con observancia de las Convenciones y Convenios vigentes sobre la materia, campo en el que deberían contar con la asistencia de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Es de señalarse que la Estrategia Global contra el Terrorismo constituyó el sustento declarativo dentro del combate al terrorismo y recomendó[32] que en un término de dos años o sea para 2010, se realizara una evaluación sobre su aplicación lo que condujo a las revisiones efectuadas en 2012 y en 2014.

[32] R. 64/297 del 8 de septiembre de 2008.

A) Examen de la estrategia global 2012

El Examen de 2012[33], en los aspectos sustantivos reafirmó como punto de partida que el terrorismo no debe asociarse a ninguna religión, nacionalidad, civilización o grupo étnico pues toda generalización sin una base contundente contribuye a la emergencia de prejuicios y estimula la propagación de corrientes de opinión que en ocasiones criminalizan a las comunidades de origen de los perpetradores.

Sostuvo, así mismo, que los avances conceptuales y los lineamientos de la Estrategia Global, así como su implementación eran responsabilidad esencial de los Estados y urgió a que se prosiguieran elaborando planes nacionales y subregionales en la materia. Reconoció la valía de las aportaciones y la experiencia de los Estados que habían sido blanco de ataques y concedió relevancia a la actividad de la Sociedad Civil y de las Organizaciones No Gubernamentales que, en sus respectivos ámbitos de actividad, coadyuvan a paliar el agobiante problema y respaldan a los Estados que brindan protección a las víctimas. Opinó que estas consideraciones merecían la preocupación y el interés de la comunidad internacional en su conjunto para que apoyaran, reconocieran y protegieran sus derechos y exhortó a los Estados a que prestaran asistencia a sus pares atacados por el flagelo terrorista. Dentro de su ámbito declarativo llamó una vez más a la tolerancia y a que ejercieran el diálogo entre los distintos modelos de civilización y profundizaran en la comprensión que debe regir en las distintas orbitas de la cultura universal[34].

B) Examen de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo 2014[35]

El segundo examen tuvo obviamente ciertas reiteraciones provenientes de la revisión anterior; la repetición se entiende por la necesidad de afirmar las vías de la cooperación en aras de la tolerancia y de los senderos comunes a recorrer en el esfuerzo mundial contra el terrorismo y como no es dable alimentar prejuicios repitió la premisa de que ninguna religión, nacionalidad, civilización o grupo étnico debe identificarse con este aborrecible crimen. A ese momento el financiamiento que fluía hacia el terrorismo proveniente de entidades privadas alcanzaba proporciones de escándalo y solicitó por ello a los Estados que impidieran que organizaciones no gubernamentales de beneficencia o sin fines de lucro canalizaran recursos en beneficio de grupos o individuos involucrados en actividades terroristas en todas sus

[33] R. 66/ 282 del 29 de junio de 2012.

[34] En este sentido surgió la iniciativa de la Alianza de Civilizaciones auspiciada por España y Turquía para favorecer el diálogo entre órbitas culturales y de civilización distintas. España presentó el proyecto antes las Naciones Unidas y Egipto la llevó ante la Liga Árabe.

[35] R. 68/276 13 de junio de 2014.

fases: la planeación, el reclutamiento, el adoctrinamiento, el adiestramiento, el traslado, el suministro de documentos, cuestión esta última que estaba ocurriendo de manera preocupante para apoyar a los terroristas.

Introdujo un punto que no se había explicitado en las apreciaciones previas de la AG y, por ello, puso sobre un relieve notorio el papel que tienen las mujeres en la aplicación de la Estrategia Global en lo relativo a la prevención y el combate al terrorismo y tiene sentido además porque de otra parte han figurado mujeres como perpetradoras de algunos atentados terroristas. Citó algunas instrumentos y disposiciones relacionadas con los Derechos Humanos[36], la Declaración Universal de 1948 y, de manera singular el art. 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos sobre el derecho de las personas a la privacidad[37].

Convocó a las Organizaciones no Gubernamentales para que se sumaran a la lucha contra el terrorismo ya que atenta contra toda la población de una determinada comunidad y contra cualquier persona en lo individual y, en un punto que se estaba abriendo paso en la escala mundial, reiteró la necesidad de que se reconocieran los derechos de las víctimas y se fortaleciera la capacidad de los Estados a efecto de brindarles socorro y asistencia y, en este renglón y de semejante interés, que se atendiera la situación de las víctimas secundarias, o sean los familiares y allegados que sufren afecciones y desazón y que, en no pocas situaciones, afligen al total de una colectividad.

El diálogo entre los Estados se da en distintos niveles y entre los funcionarios competentes de los Estados para potenciar la prevención, persecución y apresamiento de los responsables de tan reprobable crimen y recordó la obligación que tienen de negar asilo o la protección de facto a responsables o cómplices del terrorismo, y de someterlos a la justicia, incluyéndose la concesión de la extradición a un país donde pudieran ser sometidos a juicio quienes participaran o intentaran participar en la fases conexas del crimen en cuestión: financiación, planificación, preparación, ejecución de los atentados. Aludió a los lobos solitarios cuya identificación en las labores preventivas del crimen resultan difíciles de detectar; pidió que extremaran las precauciones y desarrollaran políticas de inteligencia procedentes, pero sin que se descuidara el respeto a los derechos humanos. La Resolución persistió en señalar al Internet como una amenaza relacionada con el terrorismo y con otras tecnologías empleadas por los criminales para la consecución y difusión de sus fines delincuenciales.

[36] Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias y ataques.

[37] Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Una práctica delictiva que cobraba auge en ese entonces no fue ignorada por la Asamblea: los secuestros como una fuente de financiación de los terroristas a través del pago de rescates y alentó a los Estados para que no se prohibiera el pago de rescates. Al mismo tiempo aludió al número creciente de extranjeros reclutados para unirse a las causas terroristas, con frecuencia oriundos de los Estados contra los cuales se dirigen los atentados. No sobra anticipar que el CS se empezó a ocupar de este problema específico precisamente en 2014 y los llamó Combatientes Terroristas Extranjeros, nombre con el que fueron identificados a partir de entonces.

III. Consejo de Seguridad

En su calidad de órgano depositario de la responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tiene a su cargo concederle vigencia al principio contenido en el art. 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas, que contempla a la paz como una obligación jurídica. La dinámica internacional y su propia inercia evolutiva lo han conducido a ir ampliando sus facultades y un campo en el que se ha visto obligado a internarse y a considerarlo precisamente como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales ha sido el terrorismo y su enlace con el apartado normativo de los derechos humanos.

1. Resoluciones

El problema del terrorismo emergió en fecha temprana en la agenda del CS. Bautizó de fuego para el órgano ejecutivo fue el conflicto árabe israelí, avivado por la división de Palestina decidida por la AG durante su segundo periodo de sesiones a través de la resolución 181 (II) de 29 de noviembre de 1947 que dividió al territorio en pugna entre árabes palestinos y judíos. En la antesala histórica del nacimiento de Israel como Estado[38] había llamado a las partes enconadas a *poner fin a toda actividad de carácter militar o paramilitar, así como a los actos de violencia, terrorismo y sabotaje*, pronunciamiento que rebosaba de buenas intenciones pero desbordadas por la conflictividad y el encono que oponía a las partes.

En el clima encendido de antagonismos fue asesinado a balazos en Palestina el Conde Folke Bernadotte, mediador de las Naciones Unidas en el conflicto mientras circulaba en su automóvil. El CS[39] manifestó al día siguiente del atentado su conmoción por la cobarde ejecución del diplomático sueco que, en sus palabras parecía haber sido cometido *por un grupo de criminales terroristas*.

[38] R. 46 del 7 de abril de 1948.
[39] R. 57 del 18 de septiembre de 1948.

Pasaron los años en medio de desavenencias y hostilidades. El secuestro de aviones y los daños a las aeronaves parece despertar una perversa fascinación en los terroristas, sobre todo, en los años en que empezaron a mostrarse desenfadados y pretendían captar la atención de la opinión pública mundial. Como respuesta inicial, la Organización de la Aviación Civil Internacional aprobó en 1963 la *Convención sobre las Infracciones y ciertos otros Actos Cometidos a bordo de Aeronaves,* sin embargo, la violencia en este campo asumiría otras manifestaciones. El grupo terrorista Septiembre Negro secuestró y retuvo a tres aviones con sus pasajeros y tripulantes el 6 de septiembre de 1970 en suelo jordano. Toda una conmoción de efectos globales. Tres días después, el Consejo de Seguridad aprobó la R. 286[40] en la cual hizo pública su preocupación por el grave incidente y llamó a las partes interesadas a que se pusiera en libertad inmediatamente y sin excepción a todos los pasajeros y tripulantes. La frase *sin excepción* se refería seguramente a que no se afectara a nacionales de Estados que los agresores pudieran considerar como sus enemigos, o sea, de nacionalidad israelita o judíos. La ocasión propició que el Consejo recomendara a los Estados que adoptaran medidas para evitar la desviación de aviones por la fuerza, a mano armada u otro tipo de violencia en viajes aéreos civiles internacionales.

En un salto de épocas, el 31 de enero de 1992, el Consejo condenó la voladura del avión de la Compañía PAN AM en Escocia y el vuelo 772 de la *Union de Transports Aeriens*. Los considerandos de la Resolución aluden a la pesadumbre de la comunidad mundial por la pérdida de vidas inocentes y enfatizó que un acto de tal envergadura representaba una amenaza para las relaciones internacionales y, en general, para la seguridad de los Estados. Las investigaciones realizadas sobre este incidente ofrecieron indicios del involucramiento de ciertas autoridades del gobierno libio, por ello, los resolutivos del instrumento exhortaron al gobierno de ese país a que cumpliera en forma terminante con las peticiones formuladas en la resolución a fin de clarificar la participación de sus nacionales en el secuestro y las acciones contra las aeronaves de referencia.

2. Toma de Rehenes

Una modalidad socorrida por el terrorismo ha sido la toma de rehenes. Vale recordar que en virtud de esta preocupación se aprobó en 1979 *la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes* y, a su vez, el CS expresó su preocupación en la Resolución 579 de 1985 por tal afrenta criminal dirigida contra la libertad de personas inocentes que eran sometidas a un cautiverio arbitrario en condiciones angustiosas y cuyo desenlace solía terminar con la pérdida de vidas o daños severos físicos y psicológicos de las víctimas.

[40] 9 de septiembre de 1970.

3. Atentado contra las Embajadas en África

La aceleración de los tiempos históricos condujo al atentado simultáneo cometido en contra de las embajadas estadounidenses el 7 de agosto de 1998 en Nairobi, Kenia y en Dar–es Salam, Tanzania. En respuesta, la R. 1189 de 1998 del CS marcó un hito en el tratamiento del terrorismo que se potenciaba bajo la bandera del islamismo combatiente. El Consejo se apresuró a condenar el ataque y manifestó que la supresión de los actos terroristas era esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, invocó el deber de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas de abstenerse de organizar, instigar y apoyar los actos terroristas realizados en otros Estados y, de participar en tales acciones de cualquier manera o de permitir que sus territorios sirvieran para la preparación de estos infames actos; censuró los ataques terroristas e hizo patente su pesar a las familias de los afectados por los ataques *cobardes y criminales* e instó a todos los Estados y a las instituciones internacionales a que suministraran apoyo y asistencia en las investigaciones emprendidas para capturar a los responsables.

4. Resolución 1267 (1999)

Al año siguiente adoptó la R. 1267 del 15 de octubre de 1999 conforme al Capítulo VII como resultado de las investigaciones emprendidas sobre los atentados contra las Embajadas en los dos países africanos y que señalaron como responsables a Al Qaeda y a su líder Osama bin Laden, hospedados en el Afganistán de los Talibanes. Espectaculares los atentados por su sincronía y la finalidad de atacar a la potencia norteamericana, sin embargo, la mayor parte de las víctimas fueron nacionales de los dos Estados sede de las misiones diplomáticas.

El Consejo avanzó en exigir al llamado Emirato Islámico de Afganistán que dejara de brindar refugio a los *terroristas internacionales* e impedir que su territorio fuera utilizado para preparar actos de esta perversa índole contra otros Estados y sus poblaciones. Punto medular, digno de resaltarse, fue la exigencia formulada a los talibanes para que entregaran sin demora a Osama bin Laden a las autoridades competentes de algún país que pudiera someterlo a juicio y fijó, para tal fin el plazo perentorio de un mes a vencerse el 14 de noviembre inmediato. Ordenó, además, otras medidas coercitivas al amparo del art. 41 de la Carta, medida a resaltar lo suficiente pues ya el Consejo pasaba a imponer de manera obligatoria medidas de alto calado dada la ingente gravedad de los acontecimientos y por el peligro que le significaba a la cooperación mundial:

a) El congelamiento de los fondos y otros activos financieros o recursos económicos de personas y entidades, miembros de Al Qaeda y talibanes, así como otras

personas, grupos, empresas y entidades que pudieran estar asociadas con los anteriormente expuestos.

b) Impedir la entrada en su territorio o el tránsito de las personas señaladas solo con la excepción de sus demás nacionales o del desplazamiento que fuera necesario para realizar alguna diligencia judicial o, cuando el Comité creado por la Resolución apreciara justificada la excepción.

c) Impedir la venta o la transferencia de armas y materiales conexos de todo tipo, incluyéndose municiones, vehículos y pertrechos militares y paramilitares, así como las piezas de repuesto pertinentes y el asesoramiento técnico, la asistencia y el adiestramiento relacionados con las actividades militares en cuestión.

Asunto relevante en la Resolución fue la creación de un Comité del Consejo de Seguridad que hasta los días actuales se encuentra en operación y se identifica precisamente con el número 1267 de la Resolución en comento.

Es de hacerse notar que la composición del Comité 1267 alcanzó un interés superlativo por encontrarse integrado por los quince miembros del Consejo de Seguridad y porque la adopción de sus decisiones procede por unanimidad lo que equivale en la práctica a la concesión del veto a cada uno de sus integrantes y no sólo en favor de los miembros permanentes como acaece en los trabajos del pleno. Dicho llanamente, si uno de los quince en el Comité se opone a una decisión, este se paraliza sin que pueda adoptarse alguna determinación y, entonces, procede la elevación del asunto al conocimiento del pleno del Consejo en donde los cinco grandes se encuentran amurallados tras el privilegio institucional del veto. Cosas curiosas de trascendencia institucional.

Importa visualizar que el Comité 1267 recibió la encomienda de elaborar una lista de presuntos responsables de participar en actos terroristas y, eventualmente, excluirlos de la lista que llevó el adjetivo de Consolidada. En el furor decisorio del Consejo, tras el largo periodo de bajo perfil que tuvo, es de destacarse que no contempló algún procedimiento defensivo a favor de las personas y entidades que fueran sancionadas con el congelamiento de sus recursos financieros y de sus propiedades, así como con la prohibición de realizar viajes internacionales. A la vez, el Comité fue facultado para designar a las aeronaves, los fondos y los recursos financieros objeto de las medidas sancionatorias impuestas.

Con todo, no se contemplaron garantías de audiencia ni defensa para las personas y entidades que se incluirían en la Lista Consolidada y el dispositivo terminaría por colisionar con la regulación internacional de los Derechos Humanos que contempla como derecho fundamental de la persona, el derecho a un juicio justo, principio capital que cubre a las personas que fueran propuestas para ser incluidas en la también llamada *lista negra*, lo que podría traducirse en la congelación de sus fondos financieros y de sus propiedades y la prohibición de realizar viajes internacionales,

como se señaló anteriormente. Estos inconvenientes alcanzarían proporciones mayúsculas tras los atentados del 11 de septiembre y fue necesario realizar adecuaciones normativas.

A) Aplicación de la Resolución 1267

Por añadidura, el mecanismo ideado puso en conflicto disposiciones torales de la Carta, señaladamente el art. 25 que obliga a los Estados a cumplir las decisiones del CS que en el régimen presente se extenderían a la imposición de obligaciones a sus ciudadanos en correlación con el art. 103 que corona la primacía de la Organización sobre las obligaciones contraídas por los Estados Miembros.

Surgió entonces una erupción de críticas e inconformidades suscitadas por este peculiar régimen que a fin de cuentas obligaron al CS a atemperar los señalamientos de la R. 1267 y de su criatura, el Comité, sin que se hubiera podido aliviar en forma plena la falta de garantías que, en su momento, padecieron los afectados. Se ventilaron distintas propuestas para subsanar las inconveniencias del régimen, una de ellas fue la creación de un órgano que opinara sobre la pertinencia de las decisiones del famoso Comité o bien que pudieran ser revisadas por la Corte Internacional de Justicia, igualmente la creación de una Ombudsperson según lo había avizorado Dinamarca y que estuviera facultada para atender las inconformidades de los individuos y de las entidades sancionadas[41] y que pudiera formular recomendaciones que subsanaran los términos…

B) El caso *Kadi*

Enorme significación tuvo el Caso Kadi. En efecto, una de las primeras personas señaladas para ser incluidas en la Lista Consolidada fue el Señor Yassim Abdullah Kadi a quien le fue aplicado el régimen novedoso el 17 de octubre del mismo año de 2001.

En la indefensión, el señor Kadi acudió al Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea contra el reglamento comunitario elaborado para la aplicación de las Resoluciones del Consejo de Seguridad[42] en el campo que nos ocupa. El Tribunal concluyó que no le era dable a la Comunidad Europea incumplir las obligaciones emanantes de la Carta de la ONU y, antes, al contrario, debía acoplarse a sus propios términos y respetar las obligaciones que le correspondían con apego al Derecho Internacional. Con todo, analizó en el caso presentado a su conocimiento si el Comité 1267 había transgredido alguna *norma imperativa*, lo que hubiera obligado

[41] A. Tunder Huber y Rodiles, *op. cit*., p. 122–123.
[42] E. López–Lacoiste, *op. cit*., p. 818.

a extender la protección demandada por el quejoso[43], cosa que en la opinión del Tribunal no se había dado por lo que rechazó emitir alguna decisión judicial en su favor.

Otro de los problemas señeros del mecanismo en cuestión fue la intemporalidad de las medidas aplicadas ya que el litigio del señor Kadi se extendió durante varios años, pues el 13 de noviembre de 2007 el afectado había acudido a la Gran Sala del Tribunal de Luxemburgo cuya decisión se divorció de lo resuelto por el Tribunal de Primera Instancia y sosteniendo que los principios constitucionales de la Comunidad Europea no podían ser ignorados, menos aún los referentes a los derechos fundamentales de las personas[44]. Enarboló el argumento de que la recepción del derecho internacional se determina por el ordenamiento que lo recibe y, consecuentemente, no competía al CS obligar a cumplir una solución impuesta para la aplicación de sus Resoluciones en el ámbito autónomo de la CEE. Convino en la urgencia en la que trabaja el CS para la toma de decisiones en materia de mantenimiento de la paz pero no aceptó que fuera una razón suficiente para que los jueces comunitarios le dieran la espalda al principio de la tutela judicial, efectiva en su ámbito. La cátedra que entraña la sentencia del Tribunal expone que no es admisible sacrificar un principio en aras de otro por lo que, en la lucha contra el terrorismo, es imprescindible armonizar los principios que gobiernan al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales con la tutela efectiva de los derechos humanos[45].

En el torbellino de cuestionamientos sobre el *modus operandi* del Comité 1267, el CS aprobó varias Resoluciones a fin de sobreponerse a las críticas, una de ellas la R. 1735 (2006) de 22 de diciembre de 2006, adoptada con arreglo al Capítulo VII de la Carta. Sostuvo los lineamientos del régimen de la R. 1267 y la labor del Comité, pero, en paralelo, aludió a principios irrevocables en lo que respecta a la inclusión de personas y entidades en la Lista Consolidada y subrayó la necesidad de que los Estados justificaran la propuesta de inclusión de una persona o una entidad con información pertinente, los documentos respectivos, la conexión entre la persona o entidad propuesta y cualquier otra persona o entidad que ya figurara en la Lista Consolidada. Para que procediera una exclusión, indicó que el Comité debería tomar en cuenta la posibilidad de que la inclusión hubiera podido deberse a un error de identificación o, muy importante, si la persona o entidad había dejado de reunir los requisitos para ser incluida en el momento de la propuesta, o más todavía, considerar la eventualidad del fallecimiento de la persona o la desaparición de la entidad o inclusive si el lazo que las unía con los terroristas había desaparecido al realizarse el trámite.

[43] *Idem*.
[44] *Idem*, p. 820
[45] *Idem*, p 823.

C) Oficina de la Ombudsperson

Finalmente, las deliberaciones dentro y fuera de la ONU sobre los procedimientos de inclusión o exclusión cristalizaron en la R. 1904 (2009) del 17 de diciembre de 2009, aprobada por el CS al amparo del Capítulo VII. Y muy importante machacó en el argumento de que la elaboración de la Lista tenía un carácter preventivo en contra del terrorismo y no respondía a una índole punitiva.

En el irritante revuelo que causó la opción de la Lista Consolidada, el CS se vio forzado a dar un paso imaginativo: la creación de una Oficina de la Ombudsperson dentro del Comité 1267, acorde con la idea anticipada por Dinamarca. Su labor se concibió para apoyar al Comité tanto para la integración de presuntos responsables como para la eventual supresión de personas de la *Lista* en atención a argumentaciones fundadas. Nota distintiva de esta oficina fue su atribución de presentar al Comité un informe sobre las peticiones que pudieran presentar directamente los afectados. Conviene reiterar que la Oficina emite un informe sin valor obligatorio. Conclusión: el Consejo de Seguridad y el Comité, dentro de sus respectivos ámbitos competenciales mantienen inalterado su poder esencial en la materia.

La propuesta de designación de la Ombudsperson se encomendó al Secretario General de las Naciones Unidas pero en consulta con el Comité 1267, perteneciente al CS y debe recaer en una persona de moral intachable, imparcial e íntegra, altamente calificada y con experiencia en cuestiones jurídicas lo mismo que en derechos humanos y en la lucha contra el terrorismo, con sapiencia, igualmente en la aplicación de sanciones a fin de garantizar el desempeño solvente de las funciones de este órgano singular, garantizando su independencia irrestricta a fin de impedirle que aceptara instrucciones por parte de cualquier gobierno. En principio, la designación de la Ombusperson fue prevista para cumplir un término de 18 meses, pero fue necesario extender el periodo. Así, la primera encargada de la nueva y original Oficina fue la señora Kimberly Prost que cumplió un encargo de cinco años, del 14 de julio de 2010 al 14 de julio de 2015. La segunda Ombudsperson fue la señora Katherine Marchi–Uhel quien ocupó el cargo durante dos años, del 27 de julio de 2015 al 7 de agosto de 2017 (al momento de elaborar el presente texto la posición se encuentra vacante todavía[46]). Aunque subsistan algunas críticas, la Oficina ha cumplido una función digna de reconocimiento. Ha presentado 76 informes exhaustivos de casos individuales al Comité 1267 relacionados con Al Qaeda y las personas, grupos, empresas y entidades asociadas con el Estado Islámico en el Irak y el Levante. Durante el tiempo de su operación se han suprimido de la lista los nombres de 52 personas y 28 entidades, se han rechazado 16 solicitudes por no llenar los requisitos exigidos.

[46] *Oficina del Ombudsman de las Naciones Unidas;* Naciones Unidas; Recuperado de: https://www.un. org/es/ombudsman/.

Por otro lado, el Comité 1267 suprimió de la lista los nombres de tres personas antes de que concluyera el proceso en la Oficina de la Ombudsperson y una solicitud fue retirada después de que se presentara el correspondiente informe exhaustivo[47].

5. Resolución 1373 (2001)

Los atentados de septiembre de 2001 fueron un parteaguas sacudidor en la historia de la lucha contra el terrorismo y, no se diga, en los trabajos del CS que entraría de lleno a encararlo y en donde el Comité 1267, con las salvedades indicadas asumió un rol fundamental.

Pasadas dos semanas de los atentados del 11 de septiembre, el día 28, el Consejo de Seguridad aprobó la R. 1373 (2001) con base en el Capítulo VII, un eslabón fundamental para responder al terrorismo que se ofrecía incontenible. En medio del pasmo, el Preámbulo invocó al derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva ante el pavoroso atentado que en la realidad le abrió una puerta a la acción unilateral de los Estado Unidos para que respondiera a los ataques en desdoro de la acción concertada que tiene encomendada el Consejo de Seguridad.

La Resolución puso el acento en las redes financieras que como se ha advertido habían ganado en sofisticación para patrocinar y movilizar recursos a favor del terrorismo. El dinero para los atentados de septiembre de 2001 provenía, en alguna proporción, del peculio de Osama bin Laden, invertido en la industria de la construcción, en actividades agrícolas y compañías de transporte, un tanto mermado ciertamente a raíz de que fuera expulsado de Sudan en 1995. Se especuló que antes del 11–S el saudita había realizado una venta importante de acciones puestas en compañías aéreas y de seguros. Otra fuente denunció la asociación del jefe terrorista con grupos criminales dedicados al tráfico de drogas, fundamentalmente las producidas en Afganistán, sede de su refugio activo en ese entonces. De otra parte, gozaba de las donaciones que le hacían millonarios musulmanes simpatizantes de su causa y de donativos provenientes de organizaciones privadas y caritativas[48].

La R. 1373 tipificó como delictivas las conductas intencionales vinculadas al suministro y recaudación de fondos realizados en el interior de los Estados con miras a su aplicación en actividades terroristas. El calificativo *intencionale*s supone que los donantes deben conocer los fines a los que serían destinados los fondos. Desglosó los eslabones de la cadena terrorista según los grados y fases de participación de los involucrados: la planeación, el apoyo, el encubrimiento, las complicidades, el tráfico de explosivos y de armas, los choferes, además quienes brindan hospedaje

[47] Consejo de Seguridad, *Informe de la Oficina de la Ombudsperson presentado de conformidad con la resolución 2368 (2017)*, Naciones Unidas 2017, p. 2.

[48] W. F. Wechshler; *Estrangulando a la Hidra, persiguiendo las finanzas de Al Qaeda*, en J. Hoge y R. Gideon, *¿Por qué Sucedió?, El Terrorismo y la Nueva Guerra;* Paidós; España 2001, pp.149 ss.

y ocultamiento, los que suministran información, toda una maraña complejidad de actores que obliga a las legislaciones internas a prever una graduación de las sanciones susceptibles de ser impuestas a los responsables[49].

Conminó a los Estados a que congelaran los fondos y los recursos financieros y económicos de las personas que intentaran cometer o cometieran actos de terrorismo, así mismo, los recursos pertenecientes a las personas o entidades que actuaran en nombre de los terroristas o bajo sus órdenes. Estableció que debería reprimirse el reclutamiento de personas para integrar los grupos terroristas, una modalidad de extrema gravedad como lo probaron los diseños propagandísticos del Estado Islámico y sus métodos de reclutamiento.

En consonancia con instrumentos previos de la Asamblea General, la Resolución llamó a los Estados a que denegaran las solicitudes de refugio a quienes financiaran, planificaran o prestaran apoyo a los terroristas. Dada la experiencia resultante del comportamiento de Afganistán y de los dobleces políticos de otros Estados, como Pakistán en su momento, prescribió que deberían impedir que sus territorios fueran utilizados para financiar, planificar, facilitar o cometer actos terroristas en contra de otros Estados.

En el camino andado, apeló a que se aplicara la máxima cooperación en las investigaciones y procedimientos penales con especial referencia a la aportación de las pruebas que obraran en manos de los Estados a fin de facilitar el enjuiciamiento y la emisión de las sentencias consecuentes, preocupación plasmada en las Convenciones y Convenios sobre terrorismo.

Otra cuestión aireada con antelación fue impedir la circulación de terroristas en los territorios de los Estados mediante controles eficaces en las fronteras y la emisión de documentos de identidad y de viaje, evitar su falsificación, cuestión amenazante por la corrupción factible en las esferas gubernamentales de algunos países y por el pingüe negocio que le significa al crimen organizado de carácter trasnacional.

En consecuencia, la 1373 se ocupó de la conexión entre el terrorismo internacional y la delincuencia transnacional, las drogas ilícitas, el blanqueo de dinero, el tráfico ilícito de armas y la circulación ilegal de materiales nucleares, químicos, biológicos y otros materiales de alarmante letalidad. Apeló a la coordinación de iniciativas en las escalas nacionales, subregionales, regionales e internacional para enfrentar los desafíos del terrorismo y exhortó a los Estados a adherirse *tan pronto como fuera posible* a los convenios y protocolos internacionales relativos al terrorismo,

[49] Oficina contra la Droga y el Delito; *Prevención de los Actos Terroristas. Estrategia de Justicia Penal que Incorpora las Normas del Estado de Derecho en la Aplicación de los Instrumentos de las Naciones Unidas Relativos a la Lucha Contra el Terrorismo*; Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos 2006, p. 11.

en especial al *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.*

Creó un Comité dentro del Consejo de Seguridad para revisar y estimular el cumplimiento del régimen que lanzaba el Consejo y lograr en los mejores términos la cooperación debida. El Comité fue identificado con el número de la R. 1373 y enlazó su función con el Comité 1267, ya citado, y tres años después con el Comité 1450 del propio Consejo, creado en 2004 para atender la amenaza de las armas de destrucción masiva susceptibles de ser usadas por los terroristas.

Interesa aclarar que la R. 1373 influyó en la evolución funcional del Consejo de Seguridad, en un sentido semejante a la R. 1267, pues adoptó criterios generales de raigambre legislativa que incluyeron la orden a los Estados para suscribir los tratados sobre la materia y de expedir legislaciones internas, pronunciamientos, sin duda, equivalentes al desarrollo de una función de naturaleza legislativa[50] que adoptó el Consejo ante el reto de *Al Qaeda.*

6. Armas de Destrucción Masiva

La R. 1540 del 28 abril de 2004, aprobada con arreglo al Capítulo VII, abordó la posibilidad de la proliferación entre particulares de armas nucleares, químicas y biológicas que podrían traducirse en una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Una amenaza tremenda en el escenario de las relaciones internacionales. Por añadidura, la Resolución consideró como sistemas vectores a los misiles, cohetes y otros sistemas no tripulados capaces de transportar armas nucleares, químicas o biológicas, susceptibles de ser utilizadas con fines agresivos.

Con este pronunciamiento el Consejo buscó responder al peligro de que pudieran caer en manos terroristas armas de destrucción en masa. Verdad es que respecto a estas armas prevalece la opinión de que un grupo terrorista no tiene los medios, al menos todavía, para fabricar una bomba de este calado, sin embargo, no se descarta la utilización de material radioactivo para añadirlo en armas convencionales con un efecto letal en áreas civiles densamente pobladas[51]. El señor Yukira Amano, entonces Director General del Organismo Internacional de la Energía Atómica, ofreció un dato estremecedor, aproximadamente cada dos días, el organismo recibía información sobre tráfico ilícito de materiales nucleares y radiactivos[52]. Así las cosas, el peligro no es una exageración intelectual.

La Resolución en comento postula que los Estados deben abstenerse de suministrar cualquier tipo de apoyo a los agentes no estatales que pretendan desarrollar,

[50] R. Méndez–Silva Ricardo, *op. cit*., p. 121 ss.

[51] E. Ochoa; *La Amenaza del Terrorismo y las Armas de Destrucción en Masa; La participación de México en el Comité 1540*, en R. Dondisch, pp 149 ss.

[52] *Ibíd*.

adquirir, fabricar, poseer, transportar, transferir, o emplear armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores. Como se ve, es un amplio espectro de posibilidades que pueden darle vigencia al peligro de las armas de destrucción en masa que pudieran encontrarse en posesión de civiles, delincuentes y, obviamente, de terroristas.

La Resolución insistió en la posibilidad de que personas o entidades de carácter privado pretendieran adquirirlas y, por lo tanto, conminó a los Estados a que prohibieran a todos los agentes no estatales *la fabricación, la adquisición, la posesión, el desarrollo, el transporte, la transferencia o el empleo de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores, en particular con fines terroristas, igual que las tentativas de realizar cualquiera de esas actividades, participar en calidad de cómplices, prestarles asistencia o financiarlas*.

A la par, la Resolución creó un Comité con el número de identificación de la misma, precisamente el 1540, para enlazarse con los Comités antes citados, 1267 (1999) y 1373 (2001). Al igual que la R. 1373, la presente Resolución ha sido considerada como otro instrumento de carácter legislativo alumbrado por el Consejo de Seguridad.

7. Los Combatientes Terroristas Extranjeros

Ya prevalecía la alarma en la comunidad internacional sobre la propaganda y las gestiones de las redes terroristas tendentes a ensanchar sus filas por medio del reclutamiento de combatientes y potenciar de esta manera la magnitud de sus ataques. Precisamente, la R. 1373 había puesto el dedo en la llaga y, de su parte, la Asamblea General a través de la R. 68/276 de 2014 había mencionado el problema del reclutamiento en momentos en los que el Estado Islámico engrosaba sus filas y se asentaba amenazante en el Irak. Según estimaciones, la migración terrorista llegó a sumar en el Irak y Siria entre 30 000 y 42 000 individuos[53].

Dos fueron las caras del problema, el viaje de ida y posteriormente el viaje de vuelta, o sea, en una dirección primero para sumarse a las campañas terroristas, bien por convicción o merced a la contratación y, en otro sentido el retorno al país de origen o bien el desplazamiento hacia un tercero, realidad que se manifestó de manera aguda a partir de la declinación y derrota del Estado Islámico hacia fines de 2017 en Siria, situación que dio pie a problemas novedosos como el rechazo de las poblaciones locales ante su retorno, a las políticas de algunos Estados para impedir el retorno y, en caso, la adaptación de las colectividades de origen y las políticas de seguridad nacional de los Estados receptores.

---

[53] *Combatientes terroristas extranjeros representan desafío de largo plazo: ONU*; Xihua Español, 2018, Recuperado de: http://spanish.xinhuanet.com/2018–04/12/c_137104479.htm.

El problema ha entrañado una notable envergadura, al extremo de que el CS debió tomar cartas en el asunto. Así, con base en el Capítulo VII de la Carta, aprobó la R. 2178 del 24 de septiembre de 2014 en una sesión solemne de alto nivel, presidida por el entonces Presidente de Estados Unidos, Barak Obama. El instrumento calificó como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales la actuación de los Combatientes Terroristas Extranjeros (CTE) y calificó de extrema gravedad la amenaza que planteaban por su eventual participación en los distintos eslabones que dan lugar a los atentados: la planificación, la preparación de los actos, el adiestramiento que imparten o reciben para magnificar sus efectos destructivos.

En la singular ocasión, el CS alertó sobre la existencia de redes internacionales que operan entre los Estados de origen, tránsito y destino que favorecen su desplazamiento así como la movilización de recursos destinados a la consecución de sus fines criminales, cadena en auge cuando el Estado Islámico de Irak y el Levante (EIII) estuvo en el cenit de sus avances entre 2014 y 2017 e, igualmente, por el accionar de otros grupos como el *Frente Terrorista Al Nursa* así como las formaciones sobrevivientes de *Al Qaeda* y de grupúsculos afiliados o imitadores en algunas regiones, particularmente en África.

La Resolución remarcó la necesidad de frenar el reclutamiento de los CTE, impedir sus viajes y cortar los apoyos financieros que los sostienen. En positivo, llamó a promover la tolerancia política y religiosa, estimular el desarrollo económico, la cohesión social, la inclusión de todos los sectores y personas de una comunidad en condiciones de igualdad y con apego a la justicia. Insistió en el deber y el fortalecimiento de los controles aplicados a terroristas o presuntos terroristas en lo tocante a viajes, y a otras conductas delictivas como la falsificación, alteración y uso fraudulento de documentos de identidad.

El problema de los CTE se siguió laborando y Naciones Unidas abogó por que se continuara la investigación de personas sospechosas de afiliarse como combatientes extranjeros pero dejando a salvo a otras personas que pudieran ser sus familiares y que no estuvieran realmente vinculadas con los objetivos delincuenciales[54]. De otra parte, salvaguardó el derecho de los detenidos a acceder a los consulados de sus respectivos países[55], una disposición que se encuentra salvaguardada en los tratados que sobre la materia se han celebrado.

IV. Conclusiones

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el órgano universal que centraliza la cooperación entre los Estados ha ampliado sus funciones para combatir al

[54] R. 2309 del 22 de septiembre de 2016.
[55] R. 2396 del 21 de diciembre de 2017.

terrorismo, dentro de sus atribuciones declarativas, y el Consejo de Seguridad, órgano que detenta la responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales, ha desarrollado una amplia labor antes este flagelo que afecta a los países y a sus pueblos y que termina afectando seriamente a la paz y seguridad internacionales.

La Asamblea General ha dado a luz un número significativo de Resoluciones que fueron definiendo los criterios sustantivos para enfrentar al terrorismo, por principio concluyó que no puede aceptarse y menos justificarse, cualesquiera que fueran las razones que se invocaran, políticas, económicas, sociales o religiosos para intentar justificar el abominable crimen. Sus pronunciamientos tienen valor por ser resultantes de las deliberaciones del conjunto de Miembros de la Organización que fueron amasando una inteligencia colectiva sobre el desafío del terrorismo. Más allá de su quehacer declarativo ha promovido en unión de Organizaciones Especializadas del sistema de Naciones Unidas la elaboración de Convenios, Convenciones y Protocolos sobre los peligros más agudos que ofrece el terrorismo, en distintos ámbitos de la cooperación internacional y de la vida de los Estados, en el transporte aéreo, el marítimo, en lo relativo a los secuestros, el estallamiento de bombas, el peligro del contrabando de material nuclear y otros materiales susceptibles de causar daños inconmensurables.

Durante los años de la Guerra Fría, el Consejo de Seguridad guardó una postura más bien expectante respecto al crimen del terrorismo, aunque tuvo algunos posicionamientos aislados. El fin de la confrontación bipolar favoreció la actividad del órgano ejecutivo, el cual conforme aumentaba la intensidad del terrorismo lo calificó en forma indubitable como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales y adoptó Resoluciones con apego al Capítulo VII de la Carta. El problema conllevó una evolución de sus propias funciones: la determinación de una amenaza a la paz y la seguridad internacionales por la comisión de actos terroristas, la imposición de medidas en contra de personas y entidades privadas acusadas de participar en tales actividades y la ampliación de las temáticas objeto de su quehacer en este campo como ha sucedido con el peligro del uso de armas de destrucción masiva.

Sobresale en el Consejo de Seguridad la creación en el Comité 1269 del cual se ha dado cuenta y de una Ombudsperson encargada de elaborar informes sobre la inclusión o, en su caso, la exclusión de personas o entidades acusadas de pertenecer a grupos o realizar actividades terroristas en la llamada Lista Consolidada lo que acarreaba la congelación de fondos financieros o propiedades, así como la prohibición de realizar viajes fuera de sus países de origen o residencia.

Es de destacarse que, a falta de un tratado general, son 19 los instrumentos pactados hasta el momento y constituyen el aparato regulador, directamente aplicable al terrorismo con carácter obligatorio para las partes y que en algunos rubros han

sido perfeccionados a la luz de Protocolos que han actualizado su régimen. De la revisión de los Estados ratificantes de los instrumentos en cuestión, se aprecia un alto grado de participantes en sus regímenes.

Anexo

Los 19 Convenios y Convenciones en vigor son:

- Convenio Sobre las Infracciones y ciertos Actos cometidos a Bordo de las Aeronaves de 1963.
- Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1970.
- Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 1971.
- Convención sobre la Prevención y Castigo del Delito contra Personas Internacionalmente Protegidas inclusive Agentes Diplomáticos, 1973.
- Convención Internacional sobre la Toma de Rehenes, 1979. Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares ,1980.
- Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, 1988.
- Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, 1988.
- Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental, 1998.
- Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección, 1991.
- Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, 1997.
- Convención Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo, 1999.
- Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, 2005.
- Protocolo del Convenio para la Represión del Actos Ilícitos contra la seguridad de la Navegación Marítima, 2005.
- Enmiendas a la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, 2005.
- Protocolo de 2005 relativo al Protocolo de 1988 para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental.
- Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Relacionados con la Aviación Civil Internacional, 2010.
- Protocolo Complementario del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, 2010. Protocolo que modifica el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, 2014.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN SITUACIONES DE EMERGENCIAS

Gonzalo Javier AGUILAR CAVALLO (Chile) *

"El mundo sólo tiene una frontera. Se llama humanidad"[1]

Sumario: Introducción. I. Impacto de los riesgos y amenazas a la seguridad humana sobre los DESCA. 1. Las situaciones de crisis económica y social y las políticas de austeridad. 2. El crecimiento demográfico, el fenómeno migratorio, la desigualdad y sus consecuencias. 3. La contaminación, los desastres naturales y las sustancias peligrosas. II. Garantía de los DESCA en tiempos de riesgos y amenazas. 1. Principios fundamentales. 2. Obligaciones estatales en materia de DESCA. 3. Acceso a la información y participación. 4. Los DESCA: una herramienta útil frente a riesgos y amenazas. III. Conclusiones

Introducción

La crisis económica que afectó a Argentina en el año 2001, produjo importantes consecuencias en términos de aumento de la pobreza y el desempleo, así como múltiples otros efectos sociales negativos. "El colapso económico repercutió severamente sobre el funcionamiento, la calidad y la eficacia de los servicios públicos de salud, que se vieron súbitamente exigidos y rebasados en su capacidad de respuesta por la quiebra de muchas instituciones encargadas de asegurar la salud de la población argentina […]. A ello se sumó la de no pocos servicios privados de salud, debido a que las penurias económicas y la elevada tasa de desempleo afectaron sobremanera los ingresos de la población y su capacidad para seguir contribuyendo al sostén de esas prestadoras de salud."[2]

Por otra parte, en Chile, "el sábado 27 de febrero de 2010, un terremoto magnitud 8,8 grados en la escala de Richter, y posteriormente un maremoto, golpearon desde

*Asociado del IHLADI. Abogado. Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Subdirector del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile.

[1] Asamblea General: Doc. N.U. A/71/PV.3, de fecha 19 de septiembre de 2016.

[2] J.L. Zeballos, *Argentina: efectos socio–sanitarios de la crisis 2001–2003,* Buenos Aires: Organización Panamericana de la Salud, 2003.

la región de Valparaíso hasta la Araucanía, impactando sobre una extensión del territorio habitada por casi 13 millones de personas, equivalente al 75% de la población nacional. Este terremoto dañó más de 50 ciudades y 900 pueblos y comunidades rurales y costeras, y más de 200 mil viviendas resultaron destruidas o seriamente dañadas. Perjudicó de forma severa a más de 4.000 escuelas, impidiendo a más de un millón de jóvenes iniciar su año escolar, 40 hospitales resultaron dañados y 17 de ellos quedaron inutilizables, y la infraestructura pública tuvo daños en más de 2 mil puntos a lo largo del país. Las devastadoras consecuencias del terremoto generaron pérdidas estimadas de $30 mil millones de dólares, lo que corresponde al 18% del PIB de Chile. Pese a la magnitud de los daños físicos, el mayor daño provocado por el terremoto fue, sin duda, la pérdida de 524 compatriotas y la desaparición de otros 31 chilenos"[3].

Dos noticias del sur de América del Sur, entre muchas otras que sirven de recordatorio que existen permanentemente riesgos y amenazas a la seguridad humana, que producen consecuencias negativas en el goce pleno y ejercicio efectivo de todos los derechos humanos de los individuos, comunidades y pueblos, y, en particular, de los derechos económicos, sociales y culturales.

Precisamente, en situaciones de riesgos y amenazas existe un peligro mayor de vulneración, no reconocimiento efectivo y/o restricción o derogación a los derechos económicos, sociales y culturales. ¿Por qué existiría esta mayor vulnerabilidad? Probablemente, porque en épocas de crisis o desastres, aquello a lo que primero recurren los Estados es a políticas y medidas restrictivas en materia de garantías de los derechos económicos, sociales y culturales. Es posible que influya en esta actitud la subsistencia de la doctrina de la generación de los derechos, incluso la eventual existencia de una jerarquía entre los derechos, o bien, la creencia de que los derechos económicos, sociales y culturales son más caros que los derechos civiles y políticos (DCP). En este trabajo utilizaré la denominación, que experimenta una aceptación creciente, de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).[4]

La hipótesis principal de este estudio consiste en que la mejor manera de enfrentar los riesgos y amenazas contemporáneas, transfronterizos y, muchos de envergadura regional o planetaria, es a través de un enfoque de derechos humanos que permita incluir la consideración de los derechos desde las etapas de predictibilidad, preparación, planificación, adaptación, mitigación y recuperación, en su caso, antes estos riesgos y amenazas.

[3] Instituto Nacional de Derechos Humanos: *27 F" Estudio sobre la reconstrucción post terremoto desde una perspectiva de derechos humanos*, Santiago, INDH, 2012, p. 4.

[4] Téngase presente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), cuya primera titular de mandato asumió el 15 de agosto de 2017.

Debido a lo extenso de las amenazas, en esta presentación forzosamente se ha tenido que realizar una selección de algunos riesgos y amenazas. En términos generales, hemos dejado fuera del análisis las amenazas vinculadas con el derecho internacional humanitario y las que se conectan con el cambio climático (aunque necesariamente hay referencias a él por la interacción e interdependencia con las amenazas aquí mencionadas), por la extensión que su tratamiento significa, además que serán temáticas abordadas en otros paneles de este Congreso.

Esta presentación se divide en dos grandes partes. La primera parte, aborda un conjunto de riesgos y amenazas contemporáneas para el ejercicio efectivo de los DESCA. Y, una segunda parte, realiza un examen de las principales características contemporáneas de los DESCA y su utilidad como instrumento eficiente de protección frente a riesgos y amenazas.

I. Impacto de los riesgos y amenazas a la seguridad humana sobre los DESCA

En la complejidad del mundo contemporáneo, existen una serie de riesgos y amenazas, tales como "los efectos de la crisis financiera y económica mundial, la degradación ambiental, la desertificación y los efectos del cambio climático mundial, así como la pobreza, los desastres naturales, los conflictos armados, las sequías, la inestabilidad de los precios de los productos básicos […]."[5] Todos estos factores crean inestabilidad e inseguridad humana, alimentaria, climática, social, etc. que, muchas veces, termina por afectar el ejercicio efectivo de los DESCA. Por esta razón, de entrada, procede afirmar que "las normas de derechos humanos ofrecen un marco normativo que impone la adopción de medidas de protección social, ambiental y de un nivel de vida adecuado y que (sic) sirven de orientación para su concepción, aplicación y evaluación."[6]

En este trabajo nos concentraremos, básicamente, en a) las situaciones de crisis económica y las políticas de austeridad; b) el crecimiento demográfico, los conflictos sociales, la desigualdad y sus consecuencias; c) la contaminación, los desastres naturales y las sustancias peligrosas.

1. Las situaciones de crisis económica y social y las políticas de austeridad

Los períodos de crisis económicas afectan a todos los derechos humanos, pero especialmente, existen algunos derechos económicos, sociales y culturales que se

[5] Consejo de Derechos Humanos: *El derecho a la alimentación*. Doc. N.U. A/HRC/37/L.21, de fecha 16 de marzo de 2018.

[6] Asamblea General: *Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza*. Nota del Secretario General. Doc. N.U. A/64/279, de fecha 11 de agosto de 2009, par. 6.

ven afectados tanto por la crisis económica y los períodos de recesión mismos como por los procesos de ajustes económicos y las medidas que los Estados suelen adoptar.[7] En este sentido, la crisis económica y social se configura como un riesgo y amenaza para los DESCA.[8]

En este contexto, uno de los primeros lineamientos proporcionados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es que "aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo."[9] Esto significa que el criterio es buscar siempre la protección del ejercicio efectivo de los DESC. A este respecto, cabe mencionar los Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2015, el cual pone de relieve que los procesos de reestructuración de la deuda soberana deben llevarse a cabo "minimizando los costos económicos y sociales" para el Estado deudor.[10] Minimizar los costos sociales para el Estado deudor significa tomar en cuenta la protección efectiva de los DESCA de todos los individuos y grupos bajo su jurisdicción, esto es, políticas de ajuste con rostro humano.[11] Estos exigen que "la meta de la protección de los

[7] "Las crisis económicas y financieras representan una amenaza para la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales". Amnistía Internacional: *Derechos desalojados. El derecho a la vivienda y los desalojos hipotecarios en España*. Madrid. Amnistía Internacional, 2015, p. 20.

[8] "La crisis puede confinar a aquellas personas que no son capaces de atender sus necesidades básicas durante un período prolongado de desempleo y escasos ingresos a una situación de extrema pobreza para el resto de sus vidas, y es posible que sus hijos también se vean expuestos a una vida de pobreza." Asamblea General: *Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza*. Nota del Secretario General. Doc. N.U. A/64/279, de fecha 11 de agosto de 2009, par. 8.

[9] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General nº 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del art. 2 del Pacto). Doc. N.U. E/1991/23, de fecha 1 de enero de 1991, par. 12.

[10] Asamblea General: *Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana*. Doc. N.U. A/RES/69/319, de fecha 10 de septiembre de 2015, par. 8; Parlamento Latinoamericano: Resolución que Declarar de interés parlamentario regional los Principios Básicos de los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana, aprobados el 10 de septiembre de 2015 mediante la Resolución nº A/RES/69/319 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. (http://parlatino.org/pdf/organos–principales/asamblea/declaraciones–resoluciones–actuales/pma–27–11–2015/resoluciones/principios–basicos–reestrucyuracion–deuda–soberana.pdf).

[11] Las políticas de ajuste deberían fomentar o, al menos, apuntar hacia el desarrollo humano. Este último concepto ha sido propuesto por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). En su primer informe sobre Desarrollo Humano de 1990, hace más de 28 años, se señalaba que el desarrollo humano "es un proceso de ampliación de las elecciones de las personas. En principio, estas elecciones pueden ser infinitas y cambiar con el tiempo. Pero en todos los niveles de desarrollo, las tres esenciales para las personas son tener una vida larga y saludable, adquirir conocimiento y tener acceso a los recursos necesarios para alcanzar un nivel de vida decente. Si estas posibilidades de elección no se encuentran disponibles, muchas otras oportunidades serán inaccesibles. Ahora bien, el desarrollo humano no se

derechos de los pobres y las capas vulnerables de la población llegue a ser un objetivo básico del ajuste económico."[12] De esta manera, el CDESC reconoce que muchas veces los programas de ajuste son inevitables y "que a menudo suponen un elemento importante de austeridad." Pero es justamente en tales circunstancias que "los esfuerzos por proteger los derechos económicos, sociales y culturales más fundamentales adquiere una urgencia mayor." Así, los Estados deberían hacer particulares esfuerzos por incorporar la protección de los DESC en las políticas económicas y los programas destinados a llevar a cabo el ajuste.

En el año 2012, el CDESC, en una carta dirigida a los Estados parte por su Presidenta en ese entonces, Sra. Ariranga G. Pillay, hace hincapié en que todos los cambios o ajustes propuestos en materia de políticas públicas tienen que cumplir los siguientes requisitos:

> "En primer lugar, la política debe ser una medida provisional que abarque solamente el período de crisis. En segundo lugar, debe ser necesaria y proporcional, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la simple inacción, tendría efectos más perjudiciales sobre los derechos económicos, sociales y culturales. En tercer lugar, debe tener un carácter no discriminatorio e incluir todas las iniciativas posibles, incluidas medidas fiscales, para apoyar los subsidios sociales encaminados a mitigar el posible aumento de las desigualdades en tiempos de crisis e impedir que se vean desproporcionadamente afectados los derechos de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En cuarto lugar, en la política se debe especificar un contenido mínimo básico de derechos o el nivel mínimo de protección social, conceptos desarrollados por la OIT y velar por que ese contenido mínimo básico siempre esté protegido".[13]

Al mismo tiempo, en el año 2016, el CDESC emitió una Declaración a propósito de la deuda pública, las medidas de austeridad y el cumplimiento de las obligaciones que le impone a los Estados parte el PIDESC.[14] En esta Declaración reconoció que "no pueden cumplir su obligación de hacer plenamente efectivos los derechos consagrados en el Pacto por haber adoptado programas de consolidación fiscal, en

termina aquí. Otras elecciones, altamente valoradas por las personas, van desde las libertades políticas, económicas y sociales a las oportunidades para ser creativos y productivos, y para disfrutar del propio respeto personal y de los derechos humanos garantizados." El desarrollo humano no trata tanto de satisfacer necesidades básicas ni mucho menos de alcanzar un determinado ingreso, sino más bien se refiere a un proceso participativo y dinámico. Y, en este sentido, este desarrollo se aplica por igual tanto a los menos desarrollados como a los más desarrollados. PNUD: *Human Development Report 1990*. New York, OUP, 1990, pp. 10 y 11.

[12] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General nº 2. Medidas internacionales de asistencia técnica* (art. 22 del Pacto). Doc. N.U. E/1990/23, de fecha 2 de febrero de 1990, par. 9.

[13] Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Doc. N.U. HRC/NONE/2012/76.

[14] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Doc. N.U. E/C.12/2016/122, de fecha 22 de julio de 2016.

particular, programas de ajuste estructural o programas de austeridad, impuestos como condición para obtener préstamos". Esta Declaración deja en evidencia el claro riesgo que representa para los derechos de los individuos las crisis estructurales y las medidas de ajuste económico:

> "La adopción de programas de consolidación fiscal puede ser necesaria para hacer efectivos los derechos económicos y sociales. Sin embargo, si esos programas se aplican sin respetar plenamente las normas de derechos humanos y sin tener en cuenta las obligaciones de los Estados para con los titulares de derechos, pueden menoscabar una serie de derechos protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los que corren mayor peligro son los derechos laborales, especialmente el derecho a trabajar (art. 6), el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en particular el derecho a un salario equitativo y a una remuneración mínima que proporcione a los trabajadores condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias (art. 7), el derecho a la negociación colectiva (art. 8), el derecho a la seguridad social, incluidas las prestaciones de desempleo, la asistencia social y las pensiones de vejez (arts. 9 y 11), el derecho a un nivel de vida adecuado, que incluye el derecho a la alimentación y el derecho a la vivienda (art. 11), el derecho a la salud y el acceso a servicios adecuados de atención de la salud (art. 12), y el derecho a la educación (arts. 13 y 14)."[15]

Cabe tener presente que los Principios Rectores sobre la Deuda Externa y los Derechos Humanos de 2011 contienen directrices, que se configuran como mínimos, y que orientan el comportamiento del Estado prestatario, de los Estados miembros de las Organizaciones Internacionales y de los Estados prestamistas, con el fin de salvaguardar, en estos contextos, los niveles mínimos de protección social.[16] La piedra angular de todo este sistema consiste en la obligación del Estado de supervisar el respeto del contenido mínimo esencial de los derechos sociales.

Un elemento clave cuando se solicita un préstamo para paliar una crisis económica consiste en llevar a cabo la evaluación de los efectos en los derechos humanos "antes de obtener el préstamo, para asegurarse de que las condicionalidades no afectarán desproporcionadamente los derechos económicos, sociales y culturales ni generarán discriminación."[17] En este contexto, cabe tener muy presente, además de

---

[15] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Doc. N.U. E/C.12/2016/122, de fecha 22 de julio de 2016, par. 2.

[16] *Vid*. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación general nº 2. Medidas internacionales de asistencia técnica* (art. 22 del Pacto). Doc. N.U. E/1990/23, par. 9.

[17] "Dado el efecto desproporcionado y devastador de las crisis económicas y financieras en los grupos más vulnerables a la pobreza, los Estados deben poner especial cuidado en velar por que las medidas de recuperación de las crisis, incluidos los recortes del gasto público, no nieguen o infrinjan los derechos humanos de esos grupos. Las medidas deben ser amplias y no discriminatorias. Deben asegurar una financiación sostenible de los sistemas de protección social a fin de mitigar las desigualdades y garantizar que los derechos de los individuos y grupos desfavorecidos y marginados no se vean afectados en medida desproporcionada." Consejo de Derechos Humanos: *Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza*

los Principios mencionados precedentemente, los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos de 2012.[18] Estas directrices "exhortan a evaluar los efectos sobre los derechos humanos producidos por las condicionalidades asociadas a los préstamos o de las medidas que crean un riesgo previsible de menoscabo del goce de los derechos humanos por las personas que viven en la pobreza fuera de sus fronteras."[19] Del mismo modo, como complemento, debe tenerse en cuenta tanto por los Estados como por otras partes interesadas, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en 2012.[20] Las obligaciones en derechos humanos le imponen a los Estados el deber de realizar una evaluación de los efectos extraterritoriales de sus normas, políticas y prácticas.[21]

Junto con la crisis económica que demanda medidas de austeridad, flexibilidad en el trabajo, recortes salariales y de pensiones, etc., existen crisis político–sociales, fundamentalmente de gobernanza, que generan un grave deterioro de la situación económica y social de un país, y que afectan los DESCA, normalmente, con mayor nocividad, a los pobres y más vulnerables de la sociedad. Por ejemplo, en los últimos años, en Venezuela se han ido planteando situaciones que afectan a la población en el efectivo y pleno goce de sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado recientemente "la existencia de una profunda crisis económica y social en Venezuela, caracterizada por un significativo aumento de la pobreza y

y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona. Doc. N.U. A/HRC/21/39, de fecha 12 de julio de 2012, par. 54.

[18] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales*, Cephas Lumina. Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos. Doc. A/HRC/20/23, de fecha 10 de abril de 2011, par. 40. Consejo de Derechos Humanos: *Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona. Doc. N.U. A/HRC/21/39, de fecha 12 de julio de 2012.

[19] *Ibid*., A/HRC/20/23, par. 65.

[20] "Principio 18: Aunque los procesos de evaluación de las consecuencias sobre los derechos humanos puedan integrarse en el marco de otros procesos, como las evaluaciones de riesgo o de impacto ambiental o social, deben incluir como punto de referencia todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, ya que el impacto de las actividades empresariales puede afectar en teoría a cualquiera de estos derechos. Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. Doc. N.U. A/HRC/17/31, de fecha 21 de marzo de 2011, p. 20.

[21] Consejo de Derechos Humanos: *Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, presentado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Magdalena Sepúlveda Carmona. Doc. N.U. A/HRC/21/39, de fecha 12 de julio de 2012, par. 92.

la pobreza extrema, así como de enormes dificultades de acceso a alimentos, medicamentos, servicios de salud y vivienda adecuada por grandes sectores de la población."[22] Asimismo se ha afirmado que "si bien la crítica situación alimentaria afecta al conjunto de la población venezolana, el impacto ha sido mayor en poblaciones en situación de exclusión y discriminación histórica", "resultando especialmente grave para niños y niñas, mujeres, pueblos indígenas, afrodescendientes, migrantes, personas privadas de libertad, y personas mayores."[23] Como se ha visto, en estos casos, el flagelo de la desigualdad y la pobreza amplifica las consecuencias negativas de las crisis sociales y políticas, haciendo sentir sus efectos nocivos con particular crudeza, respecto de los grupos más vulnerables.[24] La desigualdad social y la pobreza es un dato generalizado en los países de América Latina, lo que coloca a estas sociedades, y al goce efectivo de sus DESCA, en una situación de especial vulnerabilidad frente a crisis políticas, sociales y económicas.

En este contexto, la CIDH ha afirmado que el Estado "tiene obligaciones específicas respecto de los derechos a la alimentación y a la salud que provienen tanto de la Declaración Americana de Derechos Humanos como de su propia Constitución y marco legal. Los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han establecido que la salud y la alimentación debe también entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos a la vida e integridad personal, lo cual implica obligaciones para los Estados de adoptar medidas para el ejercicio de tales derechos."[25] Como se puede observar, la CIDH alude en esta parte claramente a las obligaciones positivas que emanan de las obligaciones generales de derechos humanos para el Estado.[26] Pensamos que, en este sentido, la CIDH y, como se verá, también la Corte IDH, se nutren de la doctrina desarrollada

[22] CIDH: *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela*. Informe de país. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.209, de fecha 31 diciembre 2017, par. 405.

[23] CIDH: *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela*. Informe de país. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.209, de fecha 31 diciembre 2017, par. 421; CIDH: *CIDH y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales urgen al Estado de Venezuela a garantizar y respetar los derechos a la alimentación y a la salud*. Comunicado de Prensa 16/18, de fecha 1 de febrero de 2018.

[24] "Las desigualdades económicas y las desigualdades sociales pueden influirse y reforzarse mutuamente, y a menudo lo hacen. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando las personas con ingresos más altos, o sus familiares, tienen más poder político o acceso a una educación mejor que quienes tienen ingresos más bajos." Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston*. Doc. N.U. A/HRC/29/31, de fecha 27 de mayo de 2015, par. 6.

[25] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): *CIDH y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales urgen al Estado de Venezuela a garantizar y respetar los derechos a la alimentación y a la salud*. Comunicado de Prensa 16/18, de fecha 1 de febrero de 2018.

[26] Corte IDH: *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, par. 168.

por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) a propósito de las obligaciones positivas.

Por otra parte, también hay situaciones de crisis social relacionadas con el medio ambiente por la que atraviesan los Estados y que terminan afectando normalmente a los grupos más vulnerables. Este podría ser el caso de los Pobladores consumidores de agua del río Mezapa en Honduras, cuya vida, integridad personal y salud se encontrarían en grave riesgo debido a que tienen como única fuente de agua la que proviene del río Mezapa y dicho río presenta altos niveles de contaminación.[27] También podría ser el caso de la Comunidad Chaab´il Ch´och' en Guatemala. En efecto, la CIDH "decidió el 25 de enero de 2018 otorgar una medida cautelar para proteger la vida e integridad personal de las familias indígenas de origen Maya–Q'eqchi' de la Comunidad Chaab´il Ch´och', en Guatemala, quienes habrían sido desalojados del área que ocupaban en Livingston, Izabal, en octubre de 2017".[28] A raíz de este desalojo, la Comunidad Chaab´il Ch´och' ve afectado su derecho a la alimentación, a la salud, a la vivienda y, por esta vía, su derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, como pueblo culturalmente diferenciado. Así, la Resolución de la CIDH indica que las familias de la comunidad Chaab´il Ch´och' "no contarían con servicios de agua potable o para consumo humano, servicios de 'letrinización', viviendas, alimentación mínima segura, atención en salud o educación para niños y niñas", quedando expuestos al riesgo de sufrir enfermedades y epidemias, particularmente, en los grupos en más situación de vulnerabilidad como niños y niñas (incluidos lactantes), mujeres embarazadas y adultos mayores."[29] Por esta razón, la Comisión dispuso que el Estado de Guatemala debe adoptar "medidas culturalmente adecuadas dirigidas a mejorar, entre otros aspectos, las condiciones sanitarias, de salud y alimentación, en especial de los niños, niñas, mujeres y personas mayores; debe concertar (sic) las medidas a adoptarse con los beneficiarios y sus representantes teniendo en cuenta la importancia de salvaguardar la identidad cultural de los propuestos beneficiarios, como miembros de la comunidad Maya–Q'eqchi'".[30] En este sentido, el Estado debe garantizar a estas comunidades el "acceso seguro a los

[27] CIDH: *Pobladores consumidores de agua del río Mezapa respecto de Honduras*. Resolución 12/2018. Medida Cautelar N° 772–17, de fecha 24 de febrero de 2018, par. 3.

[28] CIDH: *Familias indígenas de la Comunidad Chaab'il Ch'och' respecto de Guatemala*. Resolución N°3/2018. Medida Cautelar N° 860–17, de fecha 25 de enero de 2018, par. 1; CIDH: *CIDH otorga medida cautelar a familias indígenas de la Comunidad Chaab´il Ch´och' en Guatemala*. Comunicado de Prensa 23/18, de fecha 8 de febrero de 2018.

[29] *Ibíd*.; CIDH: *Situación de los derechos humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.208/17, de fecha 31 diciembre 2017, par. 231.

[30] CIDH: *Familias indígenas de la Comunidad Chaab'il Ch'och' respecto de Guatemala*. Resolución N°3/2018. Medida Cautelar N° 860–17, de fecha 25 de enero de 2018, par. 3 y 34; CIDH: *CIDH otorga medida cautelar a familias indígenas de la Comunidad Chaab´il Ch´och' en Guatemala*. Comunicado de Prensa 23/18, de fecha 8 de febrero de 2018; CIDH: *Situación de los derechos humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.208/17, de fecha 31 diciembre 2017, par. 232.

recursos comunes de su propiedad colectiva indígena de los que dependían anteriormente, lo que incluye la posibilidad de recolectar sus bienes, enseres, cultivos y cosechas."[31]

La afectación de los DESCA de comunidades culturalmente diferenciadas debido a presiones provenientes del Estado o de privados sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, es una tónica en diversos países de América Latina. Debido a ello, la Comisión y la Corte IDH han debido pronunciarse en diversos casos sobre pueblos indígenas y que tienen estos elementos en común: afectación de sus DESCA debido a la presión que se ejerce sobre sus riquezas naturales.[32] En este sentido, los derechos de este tipo de comunidades, que ya se encuentran en estado de vulnerabilidad, porque son pobres y han sido permanente postergadas y marginadas, se encuentran en situación de grave amenaza y riesgo.[33]

2. El crecimiento demográfico, el fenómeno migratorio, la desigualdad y sus consecuencias

El crecimiento demográfico, la concentración de la población en zonas urbanas y el fenómeno de las migraciones pueden tener alguna interacción. En efecto, según fuentes de Naciones Unidas, "se calcula que la población mundial alcanzó los 7.600 millones de personas en 2017, y se prevé que aumente a algo más de 11.000 millones de personas en 2100. En la actualidad la población mundial crece a un ritmo anual del 1,2%, lo que supone unos 83 millones de personas más al año."[34] La previsión del crecimiento de la población mundial adelanta que para 2050 "la tasa de crecimiento mundial se sitúe en torno al 0,5%, un descenso impulsado por la continua disminución de los niveles de fecundidad."[35] Según Naciones Unidas, se prevé

[31] CIDH: *Situación de los derechos humanos en Guatemala*. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.208/17, de fecha 31 diciembre 2017, par. 232.

[32] G. Aguilar Cavallo, G, "Los derechos ambientales en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en H. Jiménez Guanipa y J. Tous Chima (Ed.),*Cambio climático, energía y derechos humanos: desafíos y perspectivas*. Editorial Universidad del Norte, Barranquilla, 2017 pp. 147–176; C. Binder,"Los recursos naturales y los derechos de los pueblos indígenas en interacción con el derecho de las inversiones", en H. Jiménez Guanipa y J. Tous Chima (Ed.), *Cambio climático, energía y derechos humanos: desafíos y perspectivas*. Editorial Universidad del Norte, Barranquilla, 2017, pp. 177–216. Vid. Corte IDH: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; Corte IDH: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

[33] Commission du Droit International: *Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante–neuvième session*. Doc. N.U. A/CN.4/L.902/Add.2, du 4 juillet 2017, p. 13.

[34] Comisión de Población y Desarrollo. *Tendencias demográficas en el mundo. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. E/CN.9/2018/5, de fecha 26 de enero de 2018, par. 6.

[35] "Por lo tanto, lo más probable es que la población mundial siga creciendo a lo largo del presente siglo. Este crecimiento se desacelerará gradualmente durante los próximos decenios, y es posible que la población mundial empiece a descender (ligeramente) hacia finales de siglo." Comisión de Población y

que la "tasa mundial de fecundidad siga disminuyendo, y podría alcanzar los 2,2, nacimientos por mujer entre 2045 y 2050."[36] Desde el punto de vista de la focalización del crecimiento de la población mundial, según información de Naciones Unidas, "se prevé que la proporción de la población mundial que vive en África aumente del 17% en 2017 al 26% en 2050. La proporción en Asia disminuirá, de acuerdo con las previsiones, del 60% al 54% durante el mismo intervalo de tiempo, mientras que la proporción de la población mundial que vive en todas las demás regiones geográficas combinadas descenderá del 24% al 20%."[37] Ya hemos observado que la evolución del crecimiento demográfico en el mundo va a generar importantes riesgos y amenazas, por ejemplo, en el ámbito del ejercicio efectivo de los DESCA, y particularmente, respecto de los grupos más vulnerables. Las áreas principales de preocupación son la fecundidad, la salud sexual y reproductiva, y la planificación familiar, que requiere mayor acceso a la información, sobre todo entre las adolescentes de todo el mundo. Otra fuente de preocupación es la tasa de mortalidad, la esperanza de vida al nacer que requieren mejoras en el acceso a la salud infantil, mejoras en las condiciones de vida, el saneamiento, la nutrición. Y, vinculado con lo anterior, el cambio en las estructuras de la población mundial, especialmente relacionado con el envejecimiento de la población mundial. En este sentido, "según las previsiones demográficas de las Naciones Unidas, entre 2017 y 2050 el número de niños se mantendrá estable, en torno a los 2.000 millones; para 2050 el número de personas de 60 años o más alcanzará los 2.000 millones, lo que supone el doble con respecto a los 1.000 millones de 2017. [...] A medida que las poblaciones envejecen, el tamaño relativo de la población en edad de trabajar con respecto a la población de edad más avanzada seguirá disminuyendo en todas las regiones geográficas."[38]

Asimismo, hay una tendencia creciente de la población mundial a concentrarse en las ciudades. En efecto, de acuerdo con Naciones Unidas, "a nivel mundial, en 2018 el 54% de la población vive en zonas urbanas, y las previsiones indican que el

Desarrollo. *Tendencias demográficas en el mundo. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. E/CN.9/2018/5, de fecha 26 de enero de 2018, pars. 6 y 9.

[36] Comisión de Población y Desarrollo. *Tendencias demográficas en el mundo. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. E/CN.9/2018/5, de fecha 26 de enero de 2018, par. 11.

[37] *Ibíd.,* par. 10.

[38] "El período para el logro de un "dividendo demográfico" se caracteriza por un aumento de la proporción de la población en edad de trabajar con respecto a los demás grupos de edad. La duración de este intervalo depende de la velocidad y magnitud del descenso de la fecundidad. La fase de "dividendo demográfico", según un estudio de las cuentas nacionales de transferencia, comenzó en Europa en la década de 1960, a la que siguieron las demás regiones, salvo África, en la década de 1970. En Europa, el dividendo llegó a su fin alrededor del año 2000, después de unos cuatro decenios, mientras que en América, Asia y Oceanía probablemente llegue a su fin durante la década de 2030, después de aproximadamente seis decenios. En África, el dividendo durará alrededor de nueve decenios, hasta la década de 2080." Comisión de Población y Desarrollo. *Tendencias demográficas en el mundo. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. E/CN.9/2018/5, de fecha 26 de enero de 2018, pars. 17, 30 y 31.

crecimiento futuro de la población mundial puede atribuirse casi en su totalidad al aumento del número de habitantes de las ciudades. En 2030 se prevé que la proporción de la población mundial que vive en zonas urbanas alcance el 60%; en 2050 aproximadamente dos tercios de la población mundial vivirán en zonas urbanas, frente a aproximadamente un tercio en 1950."[39] Del mismo modo, "se prevén aproximadamente 900 millones de nuevos residentes urbanos para 2030 y 1.300 millones más para 2050. Al mismo tiempo, la población rural del mundo alcanzaría el máximo en 2022 y luego comenzaría a declinar."[40] Este aumento de la población urbana en el mundo puede estar ligado, en parte, al fenómeno de las migraciones internas e internacionales, ya que la tendencia es que estos se asienten en las ciudades. En este sentido, la migración hacia las ciudades plantea oportunidades y desafíos. Puede haber oportunidades para el impulso económico y el desarrollo social. Pero, además, plantea importantes desafíos que pueden ser vistos como riesgos y amenazas, relacionadas con la pobreza, el empleo decente, el acceso a la salud, el acceso al agua potable, entre otros, que, si no se abordan adecuadamente, por las autoridades, en tiempo y en forma, pueden conducir a la vulneración de los DESCA. En otras palabras, un crecimiento urbano, planificado y gestionado puede ser una gran contribución al desarrollo sostenible, pero lo contrario, "la expansión urbana no planificada o mal gestionada puede menoscabar la sostenibilidad, a causa del crecimiento urbano incontrolado, la contaminación y la degradación ambiental. De hecho, la superficie que ocupan las ciudades modernas crece dos veces más rápidamente que el número de habitantes. En esas condiciones, las ciudades son cada vez más vulnerables a los efectos del cambio climático."[41] Para un crecimiento demográfico urbano sostenible, "las ciudades deben ofrecer ingresos suficientes y oportunidades de empleo adecuadas; proporcionar la infraestructura necesaria para el abastecimiento de agua y el saneamiento, la energía, el transporte y las comunicaciones; asegurar un acceso equitativo a la vivienda y los servicios; reducir al mínimo el número de personas que viven en barrios marginales, y preservar los bienes naturales que se encuentran dentro de la ciudad y en las zonas circundantes."[42]

[39] "El número de "megalópolis" (ciudades que tienen más de 10 millones de habitantes) aumentó de tan solo 10 en 1990 a 33 en 2018, y se prevé que aumente a 41 en 2030." Comisión de Población y Desarrollo. *Tendencias demográficas en el mundo. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. E/CN.9/2018/5, de fecha 26 de enero de 2018, pars. 32 y 33.

[40] Comisión de Población y Desarrollo: *Medidas para seguir ejecutando el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo: seguimiento de los programas de población, con especial atención a las ciudades sostenibles, la movilidad humana y la migración internacional*. Informe del Secretario General. Doc. N.U. E/CN.9/2018/3, de fecha 29 de enero de 2018, par. 20.

[41] Comisión de Población y Desarrollo. *Tendencias demográficas en el mundo. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. E/CN.9/2018/5, de fecha 26 de enero de 2018, par. 37.

[42] *Ibíd*., par. 38; "La planificación urbana es fundamental para el desarrollo sostenible de una infraestructura urbana que facilite el acceso de todos, especialmente los pobres de las zonas urbanas, a los servicios esenciales, como el agua potable y el saneamiento, la asistencia sanitaria, la educación y una vivienda adecuada." Comisión de población y Desarrollo: *Ciudades sostenibles, movilidad humana y migración*

Una situación que incrementa los riesgos para los DESCA es que "se prevé que el crecimiento demográfico sea mayor y más rápido en los países que afrontan los mayores desafíos para acabar con la pobreza y el hambre y garantizar la salud, la educación y la igualdad para todos."[43] En este sentido, la hoja de ruta de las autoridades, en cuanto a la planificación y previsión, deben ser los estándares y principios establecidos en el DIDH. El crecimiento demográfico genera, en sí, a mediano y largo plazo, desplazamientos de población, internos e internacionales, hacia las grandes ciudades y, en este sentido, las ciudades deberían estar preparadas. A este respecto, cabe señalar que en Naciones Unidas se estarían discutiendo dos Pacto Internacionales, uno sobre la cuestión de los refugiados y otro, sobre la migración segura, ordenada y regular.[44] Algunos de los riesgos que se pueden presentar, con el crecimiento no planificado ni organizado de los asentamientos urbanos es que sean más las personas que vivan en barrios marginales o en condiciones no adecuadas de vida. Esto significa que estas personas viven o vivirán en "hogares caracterizados por la falta de uno o más de los siguientes elementos: a) acceso a una fuente de agua mejorada, b) acceso a servicios de saneamiento mejorados, c) espacio habitable suficiente, d) durabilidad de la vivienda y e) seguridad de la tenencia. Actualmente viven en barrios marginales unos 828 millones de personas, o 1 de cada 3 habitantes de las zonas urbanas y 1 de cada 8 personas en el mundo."[45] En consecuencia, con base en el marco jurídico internacional y con un enfoque de derechos humanos, el Estado puede aprovechar para el desarrollo los beneficios derivados de los desplazamientos de población y las migraciones internacionales, para lo cual se requiere, entre otras cosas, "una regulación y unas políticas adecuadas para prevenir

internacional. Informe del Secretario General. Doc. N.U. E/CN.9/2018/2, de fecha 26 de enero de 2018, par. 78.

[43] "La mayor parte del crecimiento en los próximos decenios se producirá en los 47 países menos adelantados, de los cuales 33 se encuentran en África Subsahariana, región que afronta los mayores retos para acabar con la pobreza y el hambre y garantizar el acceso a la atención médica, la educación y la igualdad para todos." Comisión de Población y Desarrollo. *Tendencias demográficas en el mundo. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. E/CN.9/2018/5, de fecha 26 de enero de 2018, pars. 7 y 49.

[44] Asamblea General: Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Doc. N.U. A/RES/71/1, de fecha 3 de octubre de 2016, par. 21; "El 19 de septiembre de 2016 la Asamblea General aprobó la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, en la que se pedía que se elaboraran dos pactos mundiales en 2018: un pacto sobre la cuestión de los refugiados, que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados está preparando, y un pacto sobre migración, que los Estados Miembros están elaborando por conducto de la Asamblea." Comisión de Población y Desarrollo. *Tendencias demográficas en el mundo. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. E/CN.9/2018/5, de fecha 26 de enero de 2018, par. 58; *vid*. Comisión de población y Desarrollo: *Ciudades sostenibles, movilidad humana y migración internacional. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. E/CN.9/2018/2, de fecha 26 de enero de 2018.

[45] Comisión de Población y Desarrollo: *Medidas para seguir ejecutando el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo: seguimiento de los programas de población, con especial atención a las ciudades sostenibles, la movilidad humana y la migración internacional*. Informe del Secretario General. Doc. N.U. E/CN.9/2018/3, de fecha 29 de enero de 2018, par. 25.

y resolver los problemas causados por el mercado laboral informal, respetando las normas laborales"[46], así como los problemas originados en el mercado inmobiliario y el acceso a la vivienda adecuada. Estas serían formas efectivas de ir convirtiendo los desplazamientos de población en contribuciones a la prosperidad mundial.

Las medidas, legislativas, administrativas o de otro carácter, que un Estado puede adoptar para hacer frente al fenómeno migratorio pueden generar estigmatizaciones, afectar más adversamente a los grupos vulnerables, y atentar en contra del ejercicio de los DESCA por parte de las poblaciones migrantes, tanto en los Estados de tránsito como de destino, sobre todo, de los migrantes en situación irregular y de aquellos que se encuentran en situación vulnerable. Por ejemplo, podrían ver afectados sus derechos de acceso a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la vivienda, etc. A este respecto, cabe recordar que "todas las personas, incluidos los no nacionales, tienen derechos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y las normas conexas, y es importante velar por que se respeten esos derechos."[47] Por su parte, el CDESC ha señalado que "sin perjuicio de la posibilidad de que el Estado decrete que los migrantes indocumentados o en situación irregular abandonen su territorio, su mera presencia bajo su jurisdicción impone al Estado ciertas obligaciones, entre ellas la obligación primordial de reconocer su presencia y el hecho de que pueden reclamar derechos ante las autoridades nacionales."[48] En este sentido, la Corte IDH claramente ha establecido en su jurisprudencia este criterio. Un paso importante lo dio con la Opinión Consultiva sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados de 2003.[49] Inspirándose de esta Opinión, la CIDH en un caso sobre trabajadores indocumentados contra Estados Unidos, de 2016, justamente de vulneración de sus DESCA, ha sostenido que los trabajadores migrantes, cualquiera sea su condición jurídica, gozan de los derechos laborales –que también son derechos humanos–, el

[46] Comisión de población y Desarrollo: *Ciudades sostenibles, movilidad humana y migración internacional. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. E/CN.9/2018/2, de fecha 26 de enero de 2018, par. 48.

[47] Consejo de Derechos Humanos: *Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Doc. N.U. A/HRC/37/34, de fecha 3 de enero de 2018, par. 9.

[48] *Vid.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Doc. N.U. E/C.12/2017/1, de fecha 13 de marzo de 2017, pars. 3, 5, 6 y 8; *vid*. también ACNUDH: Los Derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular. Naciones Unidas, Ginebra, 2014, pp. 36 a 38; Consejo de Derechos Humanos: *Principios y orientaciones prácticas sobre la protección de los derechos humanos de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Doc. N.U. A/HRC/37/34, de fecha 3 de enero de 2018, nota 9.

[49] Corte IDH: *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC–18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

derecho a la seguridad social, el derecho a la protección jurídica cuando estos derechos sociales son violados y el derecho a la no discriminación en el ejercicio de sus derechos laborales y sociales.[50] A este respecto, cabe recordar que la Corte IDH ha declarado que la protección judicial de los derechos constituye uno de los pilares del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática.[51] La OIT también ha aclarado que "salvo que se indique otra cosa, todas las normas internacionales del trabajo abarcan a todos los trabajadores, independientemente de su nacionalidad o situación migratoria."[52]

Incluso más, como estándar, el CDESC ha indicado, refiriéndose a las obligaciones básicas del Estado en materia de migrantes, que "los deberes de proteger contra el hambre, garantizar el acceso al agua para satisfacer las necesidades básicas, garantizar el acceso a los medicamentos esenciales y garantizar el acceso a una educación que cumpla las "normas mínimas en materia de enseñanza" son obligaciones básicas del Estado y, por consiguiente, no deben verse limitadas por motivos de nacionalidad o condición jurídica."[53] Igualmente, inspirándose de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, los Principios y Directrices Prácticas sobre la Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes en Situación de Vulnerabilidad indican, en su Principio 6, *inter alia*, que las autoridades estatales son conscientes que deben asegurar que ninguna persona, cualquiera sea su condición jurídica, sea devuelto a un lugar donde corre el riesgo cierto de ser sometido a tortura, desaparición forzada, esclavitud, o, de cualquier otro modo, su vida, su seguridad corren un riesgo, incluyendo la ausencia de cuidados médicos apropiados considerando su estado de salud, o bien, donde la persona no tenga condiciones de vida digna, donde pueda satisfacer sus necesidades básicas de vida.[54] Incluso más, el Principio 13, señala que el Estado está obligado a salvaguardar el derecho de los

[50] CIDH: Informe No. 50/16, Caso 12.834, Fondo (Publicación), Trabajadores indocumentados, Estados Unidos de América, 30 de noviembre de 2016, pars. 74, 76, 94, 118, 120.

[51] Corte IDH: *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, par. 174; Corte IDH: *Caso Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, par. 82; Corte IDH: *Caso Mohamed vs. Argentina*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, par. 82.

[52] ILO: *Note on the Dignity and Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation*. ILO note submitted to the Fundamental Rights Agency 2011 annual conference, organised in Warsaw on 21 and 21 November 2011.

[53] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Doc. N.U. E/C.12/2017/1, de fecha 13 de marzo de 2017, par. 9.

[54] Human Rights Council: *Principles and practical guidance on the protection of the human rights of migrants in vulnerable situations*. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Addendum. Doc. N.U. A/HRC/37/34/Add.1, 7 February 2018, Principle 6; *vid*. ECHR: *Hirsi Jamaa and others v. Italy*. Application N° 27765/09. Judgment of 16 November 2016, pars. 146–147; ECHR: *M.S.S. v. Belgium and Greece*. Application N° 30696/09. Judgment of 21 January 2011, pars. 366–368.

migrantes, sin discriminación, a un nivel de vida adecuado, esto significa, alimentación adecuada y segura en cantidad suficiente y con cualidad para satisfacer las necesidades dietéticas de un individuo, incluyendo las necesidades de dieta específica de las mujeres embarazadas, las madres lactantes y los niños; agua potable segura y saneamiento culturalmente aceptable; vestimenta adecuada y apropiada; vivienda adecuada y segura; y el mejoramiento continuo de las condiciones de vida.[55]

3. La contaminación, los desastres naturales y las sustancias peligrosas

La contaminación del aire, la tierra y los suelos, el agua dulce y los océanos causan una de cada cuatro muertes en el mundo.[56] "Tan solo la contaminación atmosférica es responsable de la muerte de más de 7 millones de personas cada año."[57] Cabe señalar que la lucha contra la contaminación atmosférica figura entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible y se propone alcanzar la meta de 3,9 y 11,6 al año 2030, consistente en reducir el número de muertes y enfermos, respectivamente, debido a la contaminación, acordándole una atención particular a la calidad del aire en las ciudades.[58] Por su parte, de acuerdo con un informe de la Comisión Lancet sobre contaminación y salud, el 16% del total de defunciones en el mundo anualmente es consecuencia de la contaminación del aire –exterior y en los hogares–, del agua, del suelo y los contaminantes químicos que nos rodean, y de ese 16%, el 92% ocurre en países de bajos y medios ingresos, donde la contaminación afecta desproporcionadamente, especialmente, a los grupos más vulnerables, entre ellos, los más pobres.[59] Landrigan ha sostenido que "la contaminación es mucho más que un

[55] Human Rights Council: *Principles and practical guidance on the protection of the human rights of migrants in vulnerable situations*. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Addendum. Doc. N.U. A/HRC/37/34/Add.1, 7 February 2018, Principle 13.

[56] EFE: "Compromiso mundial en pro de un planeta libre de contaminación", en *El Mostrador*, 7 de diciembre de 2017 (http://www.elmostrador.cl/agenda–pais/2017/12/07/compromiso–mundial–en–pro–de–un–planeta–libre–de–contaminacion/).

[57] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*, Başkut Tuncak. Doc. N.U. A/HRC/30/40, de fecha 8 de julio de 2015, par. 2; Commission du Droit International: *Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante–neuvième session*. Doc. N.U. A/CN.4/L.902/Add.2, du 4 juillet 2017, p. 13.

[58] Asamblea General: *Transformar Nuestro Mundo*. Resolución 70/1, 25 de septiembre 2015; Commission du Droit International: *Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante–neuvième session*. Doc. N.U. A/CN.4/L.902/Add.2, du 4 juillet 2017, p. 13; B. Lode; P. Schönberger and P. Toussaint, "Clean Air for All by 2030? Air Quality in the 2030 Agenda and in International Law", in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 25, nº 1, 2016, pp. 27–38.

[59] P. Landrigan; R. Fuller y N. Acosta, *et al*., "The Lancet Commission on Pollution and Health", in *The Lancet*, vol. 391, February 3, 2018, pp. 462–512; P. Landrigan; R. Fuller, R. Horton, "Environmental

desafío ambiental. Es una amenaza profunda y penetrante que afecta a muchos aspectos de la salud y el bienestar humano."[60] Según fuentes de la Organización Mundial de la Salud (OMS), una de las estimaciones más recientes del peso del medio ambiente en las enfermedades, "al menos 12,6 millones de personas mueren cada año debido a causas ambientales evitables. Esto es casi un cuarto de todas las muertes anuales en el globo."[61] Como se puede apreciar esta tendencia en la incidencia de la contaminación en los decesos anuales ha ido incrementándose desde que en 2012, la OMS estimó que "la contaminación del aire de los hogares causó 4,3 millones de muertes; la contaminación del aire causó 3,7 millones de fallecimientos y el agua no potable, el pobre saneamiento y una higiene inadecuada causaron 842 mil muertes."[62]

Desde esa época ya se afirmaba, como una forma de injusticia social, que los efectos en la salud de la contaminación se hacen sentir más fuertemente en los pobres del planeta. De hecho, "la contaminación es la causa principal de muertes prematuras en los países de ingresos bajos y medios."[63] El 16% del total de muertes al año en el mundo se debe a la contaminación del aire y de ese 16%, el 92% ocurre en países de bajos y medios ingresos, donde la contaminación afecta desproporcionadamente, especialmente, a los grupos más vulnerables, entre ellos, los más pobres.[64] También se ha afirmado que más del 90% de la carga de morbilidad o enfermedades vinculadas a la contaminación recae en los residentes de países de ingresos bajos y medianos."[65]

Pollution, Health and Development: a Lancet–Global Alliance on Health and Pollution–Icahn School of Medicine at Mount Sinai Commission", in *The Lancet*, vol. 386, October 10, 2015, pp. 1429–1431.

[60] L. Tardón, "Una de cada seis muertes es por contaminación", en *El Mundo*, 20 de octubre de 2017. (http://www.elmundo.es/ciencia–y–salud/salud/2017/10/20/59e8e44bca4741f4148b45f2.html)

[61] M. Neira;M. Pfeiffer; D. Campbell–Lendrum,and A. Prüs–Ustün, "Towards a Healthier and Safer Environment", in *The Lancet*, vol. 391, February 3, 2018 pp. 408–410.

[62]P. Landrigan; R. Fuller, R. Horton, "Environmental Pollution, Health and Development: a Lancet–Global Alliance on Health and Pollution–Icahn School of Medicine at Mount Sinai Commission", in *The Lancet*, vol. 386, October 10, 2015, pp. 1429–1431.

[63] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*, Başkut Tuncak. Doc. N.U. A/HRC/30/40, de fecha 8 de julio de 2015, par. 2; Commission du Droit International: *Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante–neuvième session*. Doc. N.U. A/CN.4/L.902/Add.2, du 4 juillet 2017, p. 13.

[64] P. Landrigan; R. Fuller y N. Acosta, et al., "The Lancet Commission on Pollution and Health", in *The Lancet*, Vol. 391, February 3, 2018, pp. 462–512;P. Landrigan; R. Fuller, R. Horton, "Environmental Pollution, Health and Development: a Lancet–Global Alliance on Health and Pollution–Icahn School of Medicine at Mount Sinai Commission", in *The Lancet*, Vol. 386, October 10, 2015, pp. 1429–1431; P. Das and R. Horton, "Pollution, Health, and the Planet: Time for Decisive Active", in *The Lancet*, Vol. 391, February 3, 2018, pp. 407–408.

[65] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. Doc. A/HRC/36/41, de fecha 20 de julio de 2017, par. 25.

La contaminación a nivel global genera costos económicos y en materia de salud substanciales que no pueden ser ignorados, y recaen especialmente sobre los países de bajos y medianos ingresos, lo que es una manifestación de injusticia ambiental.[66] En definitiva, se señala que "la contaminación amenaza los derechos humanos fundamentales, como el derecho a la vida, la salud, el bienestar, el trabajo seguro, así como la protección de los niños y los más vulnerables."[67] Esta es una evidente amenaza para la salud y la vida humana. En este sentido, Molinario ha afirmado que la sociedad de consumo y el modelo de desarrollo están íntimamente unidos a la actual crisis ecológica que traspasa las fronteras y, asimismo, genera una extendida pobreza.[68] Por eso, se sostiene que se requiere un cambio de enfoque. La contaminación no es la raíz del problema, es un síntoma que manifiesta el verdadero problema. Se hace necesario ir más allá del criterio de no hacer daño al ambiente, y se requiere "asegurar que el desarrollo mejore activa y explícitamente las condiciones sociales y ambientales que dan lugar y exponen a la población a las enfermedades."[69]

Más ampliamente, en el seno de Naciones Unidas se ha señalado que "el uso no sostenibles de los recursos naturales y la gestión irracional de las sustancias químicas y los desechos, la pérdida resultante de diversidad biológica y la disminución de los servicios prestados por los ecosistemas pueden interferir en el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, y que los daños ambientales pueden tener repercusiones negativas, tanto directas como indirectas, en el disfrute efectivo de todos los derechos humanos."[70] Por esta razón, el desarrollo sostenible se encuentra vinculado con la erradicación de la pobreza y de las desigualdades. El Secretario General de las Naciones Unidas ha resaltado que el derecho al desarrollo implica el goce de todos los derechos humanos y, por ello, el objetivo es

[66] P. Das and R. Horton, "Pollution, Health, and the Planet: Time for Decisive Active", in *The Lancet*, Vol. 391, February 3, 2018, pp. 407–408.; M. Neira;M. Pfeiffer; D. Campbell–Lendrum,and A. Prüs–Ustün, "Towards a Healthier and Safer Environment", *The Lancet*, vol. 391, February 3, 2018 pp. 408–410.

[67] L. Tardón, Laura, "Una de cada seis muertes es por contaminación", en *El Mundo*, 20 de octubre de 2017. (http://www.elmundo.es/ciencia–y–salud/salud/2017/10/20/59e8e44bca4741f4148b45f2.html; P. Landrigan; R. Fuller y N. Acosta, et al., "The Lancet Commission on Pollution and Health", in *The Lancet*, vol. 391, February 3, 2018, pp. 462–512; "Contribuyen al bienestar humano y al disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, a un nivel de vida adecuado, a una alimentación adecuada, al agua potable y el saneamiento y a la vivienda, y los derechos culturales." Consejo de Derechos Humanos: *Los derechos humanos y el medio ambiente*. Doc. N.U. A/HRC/37/L.19, de fecha 16 de marzo de 2018.

[68] C. A. Molinaro, "Medio ambiente, flujos económicos socioambientales y la huella ecológica: injusticia, humillación e diferencia", en N. Martín; M. Presno Linera,y I. Wolfgang Sarlet (eds.): *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Madrid: Thomson Reuters–Aranzadi, 2010, pp. 169–190.

[69] M. Neira, M. Pfeiffer, D. Campbell–Lendrum,and A. Prüs–Ustün, "Towards a Healthier and Safer Environment", in *The Lancet*, vol. 391, February 3, 2018 pp. 408–410.

[70] Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y el medio ambiente*. Doc. N.U. A/HRC/37/L.19, de fecha 16 de marzo de 2018, preámbulo.

alcanzar "una situación en la cual todos los individuos son capaces de maximizar su potencial y contribuir a la evolución de la sociedad en su conjunto."[71]

La contaminación de los océanos también es una situación a la que se debe hacer frente debido a que la cantidad de residuos tóxicos en el mar es una evidente situación de riesgo para el desarrollo de la vida marina futura.[72] También se ha recordado la importancia de la conservación de los océanos y la biodiversidad a fin de lograr una rápida y efectiva implementación del Acuerdo de Paris.[73] En este sentido, por ejemplo, se pueden mencionar la Declaración de 100 Ministros del Medio Ambiente en Nairobi, en diciembre de 2017, en la Asamblea UNEA – 3, donde se realizó un compromiso especial, entre otras cosas, para la protección de los espacios marinos de la contaminación y desechos vertidos al océano.[74]

En esta reunión de alto nivel, los Estados participantes se comprometieron a adoptar todas las medidas de prevención, mitigación y gestión de la contaminación del aire, de la tierra y del suelo, del agua dulce y de los océanos, considerada esta última como una situación de riesgo. Esta situación de riesgo queda en evidencia si se considera que la contaminación causa 1 de cada 4 muertes en el mundo.[75] Un ejemplo de una medida positiva adoptada por un Estado en la dirección correcta puede ser el caso de Chile y la creación de la mayor reserva marina de América Latina en Isla de Pascua de 720.000 km2 como área protegida.[76]

En efecto, en un estudio llevado adelante en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) a propósito del Proyecto de Directrices sobre la Protección de la Atmósfera, se ha señalado que "una proporción considerable de la contaminación del medio marino desde la atmósfera o a través de ella proviene de fuentes terrestres, como las actividades antropógenas en tierra. Las actividades humanas son también responsables del calentamiento de la Tierra, que provoca un aumento de la

[71] Commission on Human Rights: *Human rights and extreme poverty. Report submitted by Ms. A.–M. Lizin, independent expert, pursuant to Commission Resolution 1998/25*. U.N. Doc. E/CN.4/1999/48, 29 January 1999, par. 35.

[72] Declaración "Nuestros océanos, nuestro futuro: llamamiento a la acción", aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas para Apoyar la Consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible 14, realizada en Nueva York del 5 al 9 de junio de 2017. Asamblea General: Resolución 71/312, de fecha 6 de julio de 2017, pars. 4 y 5.

[73] *Vid*. Tirana Ministerial Declaration of the Ministers and Heads of Delegations of the Contracting Parties to the Barcelona Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean (the Barcelona Convention) and its Protocols, meeting in Tirana, Albania, on 19 December 2017.

[74] *Vid*. Declaración ministerial de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en su tercer período de sesiones "Hacia un planeta sin contaminación". Doc. N.U. UNEP/EA.3/L.19, de fecha 5 de diciembre de 2017.

[75] *Ibíd*.

[76] *Vid*. Call for Action. "Marine Protected Areas: Bringing the Ocean and People Together". Viña del Mar, September 9th, Chile 2017.

temperatura de los océanos y a su vez se traduce en condiciones atmosféricas extremas en forma de inundaciones y sequías."[77]

Particularmente preocupante es la situación especial que experimentan las zonas costeras bajas y de los pequeños Estados insulares en vías de desarrollo debido al ascenso del nivel del mar. De este modo, "el Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático calcula que es probable que la media mundial del ascenso del nivel del mar alcance de 26 cm a 98 cm en el año 2100."[78] La CDI indica que "ese grado de variación del nivel del mar puede suponer una amenaza potencialmente grave, tal vez, incluso desastrosa, para muchas zonas costeras, en particular aquellas con zonas costeras bajas muy extensas y densamente pobladas, así como para los pequeños Estados insulares en desarrollo."[79]

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido que los cambios que experimenta, en nuestros días, el clima, producen efectos sobre los océanos.[80] El Proyecto de Directrices sobre la Protección de la Atmósfera que se discute ante la CDI coloca en el centro de sus preocupaciones la justicia ambiental bajo la forma de la preocupación por las generaciones futuras. En efecto, asumiendo el principio de desarrollo sostenible, el objetivo es asegurar que el planeta permanecerá habitable para todos aquellos que nos sucederán.[81] Este mismo enfoque, que es propio de los derechos humanos, se reitera en el Acuerdo de Paris de 2015.[82] Cabe señalar que este enfoque ya se había reconocido con anterioridad en instrumentos jurídicos internacionales vinculantes tales como la Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992 y la Convención Marco de las Naciones Unidas

[77] "Los enfoques ecosistémicos de la ordenación de los océanos deben centrarse en la gestión de las actividades humanas a fin de conservar y, en su caso, restablecer la salud de los ecosistemas, con el objetivo de preservar los bienes y los servicios ambientales, generar beneficios económicos y sociales que contribuyan a la seguridad alimentaria, asegurar medios de vida sostenibles en apoyo de los objetivos internacionales de desarrollo, incluidos los que figuran en la Declaración del Milenio, y conservar la biodiversidad marina." Asamblea General: *Los océanos y el derecho del mar*. Doc. N.U. A/RES/70/235, de fecha 23 de diciembre de 2015, par. 209 b).

[78] IPCC: *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 1180.

[79] Commission du Droit International: *Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante–neuvième session*. Doc. N.U. A/CN.4/L.902/Add.2, du 4 juillet 2017, p. 4; A. Soons, "The Effects of a Rising Sea Level on Maritime Limits and Boundaries", in *Netherlands International Law Review*, vol. 37, nº 2, 1990, pp. 207–232.

[80] *Vid*. Asamblea General: *Los océanos y el derecho del mar*. Resolución 71/257 de 23 de diciembre de 2016.

[81] Commission du Droit International: *Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante–neuvième session*. Doc. N.U. A/CN.4/L.902/Add.2, du 4 juillet 2017, p. 5.

[82] *Vid*. Preámbulo, Acuerdo de París en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (París, 12 de diciembre de 2015). Doc. N.U. FCCC/CP/2015/10/Add.1, anexo.

sobre el Cambio Climático de 1992. Además, la jurisprudencia internacional había también efectuado su aporte, por ejemplo, en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la Licitud de la Amenaza o del Empleo de las Armas Nucleares de 1996. En esta Opinión Consultiva, los jueces internacionales señalaron, con respecto a tales armas, que es imperativo tener en cuenta "en particular [...] su capacidad de perjudicar a las generaciones futuras".[83] El desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente, incluidos los ecosistemas, son vitales para asegurar el progreso humano gozando, al menos, de niveles mínimos de protección social, para todos, incluyendo los más vulnerables, y, usualmente, en los países menos desarrollados.[84]

Los desastres naturales pueden deberse a causas espontáneas o estimuladas por el hombre. La Organización de las Naciones Unidas entiende por desastre la "alteración grave del funcionamiento de una sociedad que causa pérdidas humanas, materiales o del medio ambiente que exceden la capacidad de la sociedad afectada para enfrentarla con sus propios recursos".[85] En este contexto, un aspecto que es causa de riesgos graves para el ejercicio efectivo de los DESCA es el manejo de sustancias tóxicas y desechos peligrosos, utilizados y generados tanto por el Estado como por

[83] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, p. 244, par. 36.

[84] El Consejo de Derechos Humanos ha destacado "la importancia de la Iniciativa conjunta de las Naciones Unidas sobre un nivel mínimo de protección social para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales, y a ese respecto ha tomado (sic) nota de la aprobación por la Conferencia Internacional del Trabajo de la Recomendación nº 202 (2012) relativa a los pisos nacionales de protección social". Consejo de Derechos Humanos: Cuestión de la efectividad, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Doc. N.U. A/HRC/RES/25/11, de fecha 15 de abril de 2014, par. 10: Vid. Recomendación nº 202 (2012) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativa a los pisos nacionales de protección social; "[L]a promoción universal del derecho a la protección social, mediante la adopción de niveles mínimos de protección social e iniciativas estrechamente relacionadas emprendidas dentro de un marco basado en los derechos humanos, debe convertirse en un objetivo fundamental para todos los agentes del contexto de los derechos humanos y el desarrollo." Asamblea General: *La extrema pobreza y los derechos humanos. Nota del Secretario General*. Doc. N.U. A/69/297, de fecha 11 de agosto 2014, par. 6; "El derecho a la protección social no es más que la combinación del derecho a la seguridad social y el derecho a un nivel de vida adecuado. No obstante, el aglutinamiento de esos dos derechos en un único concepto es importante, ya que pone de relieve la sinergia entre ellos y facilita la preparación de un conjunto de medidas para alcanzar sus objetivos comunes." Asamblea General: *La extrema pobreza y los derechos humanos. Nota del Secretario General*. Doc. N.U. A/69/297, de fecha 11 de agosto 2014, par. 34; "La protección social es un derecho humano incluido en múltiples fuentes de derecho internacional."; O.Schutter and M. Sepúlveda, "Underwriting the poor: a global fund for social protection". Briefing Note 07, October 2012. (http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Food/20121009_GFSP_en.pdf)

[85] INDH: *"27 F" Estudio sobre la reconstrucción post terremoto desde una perspectiva de derechos humanos*. Santiago, INDH, 2012, p. 7; I. Lütem, "The United Nations Disaster Relief Coordinator (UNDRO)", en J. Waedm, vol. 1, Supplement 1, 1985, pp. 301–303; H. Torroja Mateu, "Cooperación internacional y desastres naturales: la estrategia de la Organización de las Naciones Unidas", en *AREAS, Revista de Ciencias Sociales*, N°23, 2003, pp. 143–157.

las industrias extractivas.[86] De acuerdo con el Convenio de Basilea son sustancias y desechos peligrosos "aquellos que son tóxicos, ecotóxicos, venenosos, explosivos, corrosivos, inflamables e infecciosos. Podemos agregar a la lista aquellos que tienen propiedades radiactivas."[87] El Relator Especial Georgescu agrega que los desechos peligrosos son "sustancias peligrosas que son eliminadas o generadas mediante su abandono en la tierra o el agua, emisión en la atmósfera o depósito subterráneo."[88] Se sostiene, además, que las sustancias y los desechos peligrosos "incluyen, entre otras cosas, productos químicos industriales y plaguicidas tóxicos, la polución, la contaminación, las sustancias explosivas y radiactivas, determinados aditivos alimentarios y diversos tipos de desechos."[89]

Calin Georgescu ha sostenido que "los efectos de las sustancias tóxicas y desechos peligrosos en la vida humana se materializan por diversas vías de exposición, como la inhalación (polvo minero, mercurio elemental y cianuro de hidrógeno), la ingesta (alimentos y agua) y el contacto físico con las sustancias químicas."[90] Estas situaciones degradan no solamente el medio ambiente sino también afectan negativamente el ejercicio de los DESCA por parte del ser humano, tales como el derecho a la salud y el derecho interrelacionado de la vida, el derecho a una alimentación y nutrición adecuadas, el derecho a un entorno de trabajo seguro y salubre, el derecho al agua potable y a un saneamiento adecuado, y el derecho a disfrutar de un medio ambiente limpio, sin riesgos, saludable y sostenible.[91] En

[86] "El Relator Especial Calin Georgescu define las industrias extractivas como "aquellas que sacan un recurso natural de su medio natural con fines industriales sin proveer a su renovación en un plazo social, económica y ecológicamente viable. Esta definición puede abarcar tanto a las industrias extractivas tradicionales, por ejemplo, las de extracción de minerales, petróleo y gas natural, como a las de extracción de recursos biológicos y de agua. Según otras definiciones, las industrias extractivas pueden dedicarse a recursos muy diversos, vivos y no vivos, renovables y no renovables, y su categorización como tales depende de si registran o no unas tasas de regeneración económicamente significativas." Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las obligaciones de derechos humanos relacionadas con la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, Calin Georgescu*. Doc. N.U. A/HRC/21/48, de fecha 2 de julio de 2012, par. 3.

[87] Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación adoptado en Basilea, Suiza, el 22 de marzo de 1989.

[88] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las obligaciones de derechos humanos relacionadas con la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, Calin Georgescu.* Doc. N.U. A/HRC/21/48, de fecha 2 de julio de 2012, par. 4.

[89] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. Doc. A/HRC/36/41, de fecha 20 de julio de 2017, nota 1.

[90] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las obligaciones de derechos humanos relacionadas con la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, Calin Georgescu*. Doc. N.U. A/HRC/21/48, de fecha 2 de julio de 2012, par. 20.

[91] "Los gobiernos deben adoptar marcos jurídicos diseñados para prevenir eficazmente las amenazas al derecho a la vida que entrañan los desastres naturales y las actividades humanas peligrosas." Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos*

concreto, en el caso de la industria extractiva, sus actividades pueden tener por efecto, "la degradación medioambiental, el desplazamiento interno, el trabajo forzoso, desigualdades en el plano de la salud y el deterioro de los medios de vida de los habitantes."[92]

Una de las medidas más relevantes que el Estado puede adoptar para prevenir y que la población sepa cómo reaccionar ante los efectos nocivos de las sustancias y los desechos peligrosos en la vida humana es el acceso a la información, la transparencia y participación pública, y la instalación de consultas y diálogos en los procesos de toma de decisiones a este respecto. En este sentido, el Estado tiene el deber de elaborar un régimen exhaustivo y jurídicamente vinculante, prestando especial atención a las necesidades de los más vulnerables.[93] En cuanto a las empresas, se reitera su obligación de respetar los derechos humanos, especialmente el acceso al agua potable de calidad, y el acceso a la información para las comunidades afectadas.[94] Y, además, la necesidad de cumplir con el principio y el deber de debida diligencia se reiteran tanto para el Estado como para las empresas. En efecto, entre las Directrices propuestas, en 2017, por el Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, se encuentra que "las empresas deberían realizar la diligencia debida en materia de derechos humanos sobre el ciclo de vida de las sustancias tóxicas en sus productos y sus operaciones, incluidas las cadenas de suministro y de valor, e identificar y evaluar los riesgos, prevenir y mitigar los efectos, y ser transparentes y rendir cuentas de sus actividades; los Estados, como parte de su deber de proteger, deberían obligar a las empresas a realizar y dar a conocer públicamente dicha diligencia debida."[95] Igualmente, los Estados deberían adoptar un enfoque de derechos humanos basado en el ciclo de vida del producto, desde su extracción, producción, uso, la liberación y hasta la eliminación de sustancias tóxicas.[96] Se ha señalado que "en cada etapa del ciclo de vida es posible

humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. A/HRC/31/52, de fecha 1 de febrero de 2016, par. 38.

[92] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las obligaciones de derechos humanos relacionadas con la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, Calin Georgescu.* Doc. N.U. A/HRC/21/48, de fecha 2 de julio de 2012, par. 51.

[93] *Ibíd.,* par. 69 a).

[94] *Ibíd.,* par. 70 b); Vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observación General N° 15 (2002). El derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Doc. N.U. E/C.12/2002/11, de fecha 20 de enero de 2003, par. 56.

[95] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. Doc. A/HRC/36/41, de fecha 20 de julio de 2017, par. 112 g).

[96] "El ciclo de vida incluye la extracción de petróleo, gas, metales, minerales y otros recursos naturales, seguida por la elaboración y la transformación de esas materias primas en sustancias que se utilizan para fabricar una gran variedad de productos químicos industriales, mezclas y materiales que pueden contener sustancias peligrosas." Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las*

prevenir la exposición a sustancias tóxicas garantizando un mejor diseño y reduciendo los insumos de materias primas, las sustancias peligrosas en el producto y la toxicidad y el volumen de los desechos que requieren eliminación."[97] Esta debida diligencia en materia de derechos humanos consiste en que "las empresas deben identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades para los derechos humanos. El concepto de diligencia debida en relación con los derechos humanos requiere algo más que cumplir las leyes existentes sobre las sustancias y los desechos peligrosos. Este proceso debe incluir, entre otras cosas, una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas."[98]

Se requiere una transición hacia una economía circular saludable mediante la eliminación y sustitución de sustancias peligrosas. Esta transición "es necesaria para proteger los derechos humanos durante todo el ciclo de vida de los productos y procesos industriales, reduciendo la generación de desechos peligrosos". Prestar mayor atención a la eliminación y sustitución contribuiría significativamente a aliviar los efectos desproporcionados en los grupos vulnerables."[99] En este sentido, respecto de los efectos de la contaminación y la exposición a sustancias tóxicas y productos peligrosos en los niños, niñas y adolescentes, se ha hablado de una "pandemia silenciosa".[100] Por su lado, la OMS ha señalado que "que 1,7 millones de niños

implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, Başkut Tuncak. Doc. N.U. A/HRC/30/40, de fecha 8 de julio de 2015, par. 4.

[97] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. Doc. A/HRC/36/41, de fecha 20 de julio de 2017, pars. 48 y 49.

[98] Por esa razón, el Relator Especial recomienda a los Estados, pero, esencialmente, a las Empresas "cuyas actividades provoquen amenazas inminentes que deben comunicar a las autoridades gubernamentales y al público toda amenaza a la salud pública o al medio ambiente y facilitar el acceso a la información sobre los riesgos, los efectos y las medidas de mitigación." Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*, Başkut Tuncak. Doc. N.U. A/HRC/30/40, de fecha 8 de julio de 2015, pars. 82 y 101 b) ii); El deber de debida diligencia requiere "que las empresas vayan más allá del mero cumplimiento de la legislación y la regulación existente." Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. Doc. A/HRC/36/41, de fecha 20 de julio de 2017, par. 84.

[99] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. Doc. A/HRC/36/41, de fecha 20 de julio de 2017, par. 47.

[100] "Hay una "pandemia silenciosa" de discapacidad y enfermedad relacionada con la exposición a sustancias tóxicas y la contaminación en la infancia, que en muchos casos no se manifiestan durante años o decenios. Los niños víctimas pueden morir prematuramente después de los años o sufrir debilidad a lo largo de toda la vida. Las sustancias químicas tóxicas que interfieren en la manifestación normal de los genes, el desarrollo cerebral, la función de las hormonas y otros procesos necesarios para que los niños se

menores de 5 años mueren cada año como consecuencia de la exposición a sustancias tóxicas y de otros aspectos de un entorno insalubre."[101] En cuanto a los trabajadores, el Relator Especial indica que "en 2013, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) estimó que cerca de 2 millones de trabajadores al año, entre 3 y 4 trabajadores por minuto, mueren prematuramente a causa de enfermedades profesionales relacionadas con sustancias químicas tóxicas."[102] Por último, respecto a las mujeres, el informe de Naciones Unidas menciona que "la exposición de las mujeres a plaguicidas puede provocar abortos espontáneos, nacimientos prematuros, malformaciones congénitas y peso bajo al nacer. Otros estudios muestran una fuerte correlación entre el cáncer y varias sustancias químicas tóxicas utilizadas en algunos productos cosméticos y que también se encuentran en el medio ambiente. Los estudios indican que los recuentos de espermatozoos y los niveles de testosterona han disminuido drásticamente en los hombres de países industrializados desde la década de 1940, y esa disminución se ha vinculado con sustancias químicas tóxicas."[103]

Debido a la naturaleza de las problemáticas planteadas por la contaminación, las sustancias tóxicas y los productos peligrosos se requiere un enfoque mundial, antes que nacional, por lo que la cooperación internacional adquiere un rol de relevancia en la búsqueda de soluciones.[104] En este punto, cabe tener presente que en el comercio internacional de desechos tóxicos y productos peligrosos "los países desarrollados no deben considerar a los países en desarrollo como 'vertederos baratos' para deshacerse de productos y desechos no deseados y peligrosos."[105] Como es la tónica en las Directrices internacionales en esta materia, se establece, como principio rector, el principio de igualdad y prohibición de la discriminación. Este principio es particularmente importante desde el momento en que la contaminación ambiental, afecta primero y con mayor intensidad, a los grupos más vulnerables.[106]

---

conviertan en adultos saludables están presentes en nuestras economías y persisten en nuestro medio ambiente." Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. A/HRC/33/41, de fecha 2 de agosto de 2016, par. 4.

[101] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. Doc. A/HRC/36/41, de fecha 20 de julio de 2017, par. 28.

[102] *Ibíd.*, par. 32.

[103] *Ibíd*., par. 38.

[104] P. A, Fernández–Sánchez, "Riesgos y amenazas para la seguridad humana", en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, nº 36, 2016, pp. 211–215.

[105] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, Okechukwu Ibeanu*. Doc. N.U. A/HRC/7/21, de fecha 18 de febrero de 2008, par. 70.

[106] "Todos los seres humanos son iguales y, por ello y la dignidad intrínseca de todas las personas, deben tener igual protección contra las sustancias tóxicas." Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación*

II. Garantía de los DESCA en tiempos de riesgos y amenazas

En el contexto de los riesgos y amenazas a la seguridad humana, es importante recordar algunos elementos claves y principios básicos que rigen los DESCA, ya que estas directrices y principios deberían ser el punto de partida de las respuestas que el Estado pueda proporcionar ante los riesgos y amenazas a la seguridad humana.

1. Principios fundamentales

Se puede sostener que algunos de los principios fundamentales aplicables, en general a los derechos humanos, son los de indivisibilidad, no discriminación, dignidad humana, equidad, igualdad, universalidad, transparencia, participación y rendición de cuentas. Es ampliamente aceptado que uno de los principios básicos aplicables a la efectividad de los DESCA es el principio de indivisibilidad. En efecto, "todos los derechos humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente, y deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y asignándoles a todos el mismo peso" y, además, "el respeto, la promoción y la protección de una categoría de derechos nunca debe eximir a los Estados del respeto, la promoción y protección de los demás derechos".[107]

El DIDH y, en particular, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de 2015, las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos, la actividad del CDESC "mediante la formulación de observaciones generales, el examen de los informes periódicos y, para los Estados parte en el Protocolo Facultativo del Pacto, el examen de las comunicaciones individuales", y los mecanismos y procedimientos especiales cuyo mandato específico incluye promover y proteger los DESCA, han reconocido los principios de no discriminación, dignidad humana, equidad, igualdad, universalidad, transparencia, participación y rendición de cuentas que deben ser aplicados para asegurar el pleno goce y el ejercicio efectivo, en todo los países, de los derechos económicos, sociales y culturales.[108] Desde el punto de vista de los sistemas regionales de protección de

ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. Doc. A/HRC/36/41, de fecha 20 de julio de 2017, par. 15.

[107] Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales*. Doc. N.U. A/HRC/37/L.24, de fecha 19 de marzo de 2018.

[108] *Ibíd*; Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales*. Doc. N.U. A/HRC/RES/34/4, de fecha 6 de abril de 2017;

los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido en diversas oportunidades, el principio de indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.[109] Igualmente, la Corte IDH ha reiterado en distintos casos el principio de prohibición de la discriminación en conexión con el goce de DESCA y la situación de grupos especialmente vulnerables.[110] Cabe recordar que la Corte IDH ha señalado que la prohibición de la discriminación ha entrado en el dominio de las normas de *ius cogens*.[111]

2. Obligaciones estatales en materia de DESCA

Resulta extremadamente relevante tener en consideración que "los derechos humanos son garantías jurídicas universales que protegen a los individuos y los grupos contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades y los derechos fundamentales y con la dignidad humana. Como derechos universales e inalienables, los derechos humanos se aplican en todas partes y en cualquier circunstancia, incluso en tiempos de crisis y desastres. Todos los Estados tienen las obligaciones positivas de derechos humanos de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos."[112] Más concretamente, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los

Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales*. Doc. N.U. A/HRC/RES/31/5, de fecha 23 de marzo de 2016; Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. A/HRC/32/31, de fecha 28 de abril de 2016.

[109] "Esta Corte ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello." Corte IDH: *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, par.141; Corte IDH: *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, par. 101; Corte IDH: *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, par. 131; Corte IDH: *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, par. 172.

[110] "Una situación de discriminación se produce cuando existe un tratamiento diferenciado, con base en un motivo prohibido que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos." CIDH: *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela*. Informe de país. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.209, de fecha 31 diciembre 2017, par. 408; *vid*. Corte IDH: *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, par. 253; Corte IDH: *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, par. 81.

[111] Corte IDH: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC–18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, par. 101; Corte IDH: *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

[112] Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General sobre la función de los derechos*

Derechos Humanos ha sostenido con razón que "los derechos económicos, sociales y culturales indican las condiciones mínimas necesarias para que las personas puedan vivir liberadas del temor y de la miseria, y la mejora continua de esas condiciones".[113] A pesar de todos los esfuerzos que se han hecho por no diferenciar en categorías los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, muchos actores internacionales relevantes siguen esgrimiendo esta distinción.[114]

La efectividad de los DESCA, y también del resto de los derechos humanos, depende del cumplimiento de las obligaciones que le incumben, primordialmente, al Estado, así como a todos los otros agentes que intervienen en el proceso, tales como las empresas.[115] Estas obligaciones se pueden distinguir entre obligaciones de abstención (negativas) y obligaciones de acción (positivas).

En general, las obligaciones que emanan de los DESCA son de carácter progresivo, lo que significa que se trata de obligaciones de realización paulatina y dependiendo de la disponibilidad de los recursos con que se cuenta, pero siempre, teniendo el deber de adoptar medidas en la dirección de la plena efectividad, con carácter inmediato.[116] Como se ha observado, junto con estas, a partir de las normas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, existen obligaciones de cumplimiento inmediato para los Estados, a saber:[117]

---

económicos, sociales y culturales en la creación de sociedades sostenibles y resilientes para la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Doc. N.U. A/HRC/37/30, de fecha 18 de diciembre de 2017, par. 26.

[113] Consejo Económico y Social: *Alerta temprana y derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. Doc. N.U. E/2016/58, de fecha 13 de mayo de 2016, par. 4.

[114] "La determinación de abordar la desigualdad extrema solo es posible si hay políticas y programas que se tomen en serio los derechos económicos, sociales y culturales y les den tanta prominencia y prioridad como a los derechos civiles y políticos. A pesar de todo lo que se ha conseguido en esta esfera en los dos últimos decenios, lo cierto es que los derechos económicos, sociales y culturales siguen siendo de segunda categoría." Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston*. Doc. N.U. A/HRC/29/31, de fecha 27 de mayo de 2015, par. 50; Sobre la idea de que, en la actualidad, los derechos económicos y sociales siguen siendo secundarios en la mayoría de los ámbitos, *vid*. Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*. Nota de la Secretaría. Doc. N.U. A/HRC/32/31, de fecha 28 de abril de 2016.

[115] Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General sobre la función de los derechos económicos, sociales y culturales en la creación de sociedades sostenibles y resilientes para la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/30, de fecha 18 de diciembre de 2017, par. 29.

[116] C. De Roux, y J. C. Ramírez (Ed.), *Derechos económicos, sociales y culturales, economía y democracia*. Bogotá: Cepal; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General nº 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del art. 2 del Pacto). Doc. N.U. E/1991/23, de fecha 1 de enero de 1991, 2004.

[117] Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General sobre la función de los derechos*

a) La obligación de garantizar el goce y ejercicio de los DESCA sin discriminación;[118]

b) La obligación de adoptar medidas;[119]

c) La obligación de no regresión;[120]

d) La obligación de satisfacer los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos.[121]

Todas estas obligaciones que encuentran su fundamento, *inter alia*, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en la Declaración de Viena de 1993, y en la labor realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) son absolutamente aplicables y deben ser respetados en casos de riesgos y amenazas, tales como situaciones de crisis sociales o desastres naturales. El Estado debe "velar por que el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas no se deteriore, adoptando medidas preventivas para anticipar los desastres y los efectos adversos previsibles del

económicos, sociales y culturales en la creación de sociedades sostenibles y resilientes para la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Doc. N.U. A/HRC/37/30, de fecha 18 de diciembre de 2017, par. 30.

[118] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General nº 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del art. 2 del Pacto). Doc. N.U. E/1991/23, de fecha 1 de enero de 1991, par. 1.

[119] "Si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto." Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General nº 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del art. 2 del Pacto). Doc. N.U. E/1991/23, de fecha 1 de enero de 1991, par. 2; *vid.* CIDH: *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*. Doc. OEA/Ser.L/V.II.102 Doc. 9 rev. 1, de fecha 26 de febrero de 1999, par. 6; CIDH: *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela*. Informe de país. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.209, de fecha 31 diciembre 2017, par. 408.

[120] "Todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga." Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General nº 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del art. 2 del Pacto). Doc. N.U. E/1991/23, de fecha 1 de enero de 1991, par. 9.

[121] "Sí se les puede reclamar [a los Estados] que aseguren unos niveles esenciales de cada uno de esos derechos, y que actúen deliberada y de manera persistente, con arreglo a un plan sistemático, en pos de hacerlos plenamente efectivos."; C.V. De Roux y J. Ramírez,*Derechos económicos, sociales y culturales, economía y democracia*. Bogotá: Cepal, 2004; "Corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos." Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General nº 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del art. 2 del Pacto). Doc. N.U. E/1991/23, de fecha 1 de enero de 1991, par. 10.

cambio climático.[122] De este modo, las medidas adoptadas deben ajustarse al contenido sustantivo y procedimental de los derechos económicos, sociales y culturales y a las exigencias de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de cada derecho.[123]

3. Acceso a la información y participación

El acceso a la información y la participación en los asuntos públicos es vital para alcanzar el goce pleno y el ejercicio efectivo de los DESCA. En el seno de Naciones Unidas se ha afirmado, especialmente en situaciones de riesgo y amenaza de desastres naturales o bien, causadas por el hombre, y sobre todo, respecto de las medidas y acciones adoptadas por el Estado para hacer frente a dichos riesgos y amenazas, que "la libertad de expresión, que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información, y el derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos son fundamentales para la preparación para casos de desastre y la protección contra los daños ambientales, y que es importante implicar y consultar a un amplio grupo de partes interesadas de todos los niveles con respecto a la adopción de medidas eficaces relacionadas con todos los aspectos de la reducción del riesgo de desastres".[124]

En un Informe de Naciones Unidas se ha sostenido la importancia del acceso a la información y la participación en las decisiones de interés público, cuando señala que "el derecho de los derechos humanos establece ciertos derechos procesales que empoderan a las personas para aumentar su resiliencia. El derecho a la libertad de expresión, consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), incluye la

[122] "Estos principios implican que, incluso en caso de desastre o crisis, los Estados tienen la obligación de garantizar que la población afectada tenga acceso a los servicios y recursos básicos necesarios, sin discriminación. [...] Por lo tanto, las obligaciones en materia de derechos humanos se aplican no solo a las medidas de protección directa, sino también a las medidas de mitigación y adaptación que tienen por objeto proteger el disfrute de estos derechos por las personas." Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General sobre la función de los derechos económicos, sociales y culturales en la creación de sociedades sostenibles y resilientes para la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/30, de fecha 18 de diciembre de 2017, par. 31.

[123] M. Sepúlveda y C. Nyst, *The Human Rights Approach to Social Protection*. Helsinki, Erweko Oy, 2012; Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. A/HRC/34/25, de fecha 14 de diciembre de 2016, par. 51 a); *vid*. CIDH: *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela*. Informe de país. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc.209, de fecha 31 diciembre 2017, par. 445; en particular, respecto al derecho a la salud, vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General nº 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Doc. N.U. E/C.12/2000/4, de fecha 11 de agosto de 2000, par. 12.

[124] Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales*. Doc. N.U. A/HRC/37/L.24, de fecha 19 de marzo de 2018, par. 7.

libertad de "buscar, recibir y difundir informaciones". El derecho a la información es esencial para la preparación para casos de desastre y la protección contra los daños ambientales, así como para el ejercicio de otros derechos. Los órganos de derechos humanos han insistido repetidamente en la importancia de este derecho en el contexto de los impactos ambientales sobre los derechos humanos.[125] En el sistema de Naciones Unidas se ha enfatizado en que los Estados deben "garantizar la participación efectiva y significativa de las personas, en particular las que han quedado más rezagadas, en las decisiones que afectan a sus vidas" y en los procesos de toma de decisiones donde se trata de hacer frente a situaciones de crisis o desastre que producen un impacto en el goce de los DESCA.[126] Para alcanzar una participación real, sobre todo, en los procesos de planificación y recuperación, es fundamental garantizar el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información pública.[127] En este sentido, los Principios Marco sobre derechos humanos y el medio ambiente consagran plenamente estas obligaciones, por ejemplo, en el Principio Marco 7 y 9.[128] Estos Principios se fundan, esencialmente, en que "en situaciones que entrañen una amenaza inminente de daño a la salud humana o al medio ambiente, los Estados han de garantizar que toda la información que permita que la población adopte medidas de protección se difunda inmediatamente entre todas las personas afectadas, independientemente de que las amenazas obedezcan a causas naturales o humanas."[129]

[125] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General nº 15 (2002). El derecho al agua* (arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Doc. N.U. E/C.12/2002/11, de fecha 20 de enero de 2003, par. 48; Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General sobre la función de los derechos económicos, sociales y culturales en la creación de sociedades sostenibles y resilientes para la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/30, de fecha 18 de diciembre de 2017, par. 41.

[126] Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General*. Doc. N.U. A/HRC/34/25, de fecha 14 de diciembre de 2016, par. 51 c).

[127] "Empoderar a las personas afectadas por desastres y crisis para que puedan participar y ejercer sus derechos de manera efectiva en los procesos de planificación y recuperación." Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General sobre la función de los derechos económicos, sociales y culturales en la creación de sociedades sostenibles y resilientes para la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/30, de fecha 18 de diciembre de 2017, par. 57 c).

[128] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Principios Marco sobre derechos humanos y el medio ambiente*. Doc. N.U. A/HRC/37/59, anexo, de fecha 24 de enero de 2018, Principios 7 y 9.

[129] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Principios Marco sobre derechos humanos y el medio ambiente*. Doc. N.U. A/HRC/37/59, anexo, de fecha 24 de enero de 2018, par. 18.

En este contexto, existen tres derechos –que tienen un aspecto substancial y otro procedimental– que son necesarios para que el Estado cumpla con su obligación de respeto, protección y garantía del ejercicio efectivo de los DESCA en este contexto de contaminación, sustancias tóxicas, y desechos peligrosos.[130] Se trata del derecho de acceso a la información, del derecho de acceso a la participación y del derecho de acceso a un recurso, reconocido por instrumentos internacionales tanto de *hard law* como de *soft law* en materia de derechos humanos.[131] Cabe aquí, especialmente resaltar la reciente adopción en Escazú, Costa Rica, en marzo de 2018, del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, el cual será abierto a la firma el 27 de septiembre de 2018, en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Este tratado señala en su art. 1° que tiene por objeto contribuir a la protección del derecho de todas las personas de las generaciones presentes y futuras a vivir en un medio ambiente saludable y al desarrollo sostenible. A este respecto, "el derecho a la información es un derecho en sí mismo, y uno de los que sustentan las sociedades libres y democráticas", y, en este contexto, es esencial "para tomar una decisión positiva, evaluar los riesgos y responder a ellos."[132] En este sentido, un

[130] *Vid.* Declaración de Dubai sobre la gestión de los productos químicos a nivel internacional 4 al 6 febrero 2006, donde estuvieron presentes Ministros, jefes de delegación y representantes de la sociedad civil y del sector privado, pars. 10 y 21.

[131] *Vid*. Comité de Derechos Humanos: Observación General N° 34 relativa a la libertad de opinión y la libertad de expresión. Doc. N.U. CCPR/C/GC/34, de fecha 12 de septiembre de 2011; Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Principio 10 de la Declaración de Rio sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992; Convención de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales de 1998; Protocolo de Kiev sobre Registros de Emisiones y Transferencias de Contaminantes de la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales de 2003; Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de Consentimiento Fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional de 1998; Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes de 2001; Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación de 1989; Declaración sobre Medio Ambiente, Desarrollo y Perspectivas de Futuro de la Liga de los Estados Árabes de 1991. Doc. N.U. A/46/632, de fecha 11 de noviembre de 1991, p. 4; Declaración Ministerial sobre un desarrollo ecológicamente racional y sostenible en la región de Asia y el Pacífico de 1990. Doc. N.U. A/CONF.151/PC/38, par. 27; Ministerial Declaration on Environment and Development for Asia and the Pacific, 2017. Doc. N.U. ESCAP/74/10/Add.1, de fecha 8 de febrero de 2018.

[132] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*, Başkut Tuncak. Doc. N.U. A/HRC/30/40, de fecha 8 de julio de 2015, pars. 16 y 22; "El derecho a buscar, recibir y distribuir información no es sólo un corolario de la libertad de opinión y expresión, sino un derecho en sí mismo, uno de los que sustentan las sociedades libres y democráticas. Se trata también de un derecho que dota de contenido al de participación, que a su vez se considera fundamental, por ejemplo, para el ejercicio del derecho al desarrollo."; Comisión de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Sr.

principio clave consiste en que "las emisiones al medio ambiente no deben considerarse confidenciales", ni nacional, ni internacional ni transfronterizamente.[133] Así, en todo este contexto de las consecuencias catastróficas de los desastres, la contaminación y los productos peligrosos, para la salud, la integridad física y psíquica, la vida y la alimentación, "un mejor acceso a la información puede permitir el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, incluidos el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, el derecho a la alimentación, el derecho al agua potable y al saneamiento seguros y el derecho a un entorno saludable."[134]

Finalmente, y en este contexto, cabe tener presente que Zeid Ra'ad al Hussein, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha señalado que "el acceso a la protección social básica y a los recursos y las oportunidades económicas constituye un antídoto poderoso contra la proliferación del extremismo violento. Las medidas para erradicar la discriminación y defender la libertad de expresión aceleran el desarrollo sostenible. De hecho, en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo se hace hincapié en el derecho de todos los individuos y pueblos a participar de manera libre, activa y significativa en la toma de decisiones."[135]

4. Los DESCA: una herramienta útil frente a riesgos y amenazas

Como se ha observado, "los desastres, las crisis y los conflictos, incluidos los provocados por el cambio climático, constituyen una importante amenaza para el

Abid Hussain, presentado de conformidad con la resolución 1999/36 de la Comisión. Doc. N.U. E/CN.4/2000/63, de fecha 18 de enero de 2000, par. 42.

[133] Consejo de Derechos Humanos: *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*, Başkut Tuncak. Doc. N.U. A/HRC/30/40, de fecha 8 de julio de 2015, par. 89.

[134] *Ibíd*., par. 23; "We note with great concern that in many countries across the world people are still denied basic information about and influence over the quality of their drinking water, the air they breathe, the land they live on and the food which they receive. Projects with a significant impact on the environment are implemented despite the objections of the public concerned and the impact they may have on people's living conditions and health, in particular that of vulnerable groups, such as children and women, rural communities and the poor, and with little or no possibility for them to appeal such decisions through the courts." Economic Commission for Europe: *Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision–making and Access to Justice in Environmental Matters.* Doc. U.N. ECE/MP.PP/2014/27/Add.1, 16 September 2014, par. 16; "El contenido básico del derecho a una alimentación adecuada comprende la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada." Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N°12. El derecho a una alimentación adecuada* (art. 11) (20° período de sesiones, 1999). Doc. N.U. E/C.12/1999/5, de fecha 12 de mayo de 1999, par. 8.

[135] Declaración de Zeid Ra'ad al Hussein, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 37° período sesiones del Consejo de Derechos Humanos, 28 de febrero de 2018. Mesa redonda de alto nivel sobre el 70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el 25º aniversario de la Declaración y Programa de Acción de Viena.

progreso hacia el desarrollo sostenible y el disfrute de todos los derechos humanos. [L]os peligros naturales no son desastres en sí mismos. Se convierten en desastres en función de las múltiples y complejas interacciones entre la exposición, la vulnerabilidad y la resiliencia de las personas y las comunidades."[136] En consecuencia, un elemento que puede ser abordado a través de los derechos es el de la vulnerabilidad.

Un aspecto que no debe ser olvidado es que en el siglo XXI, gran parte de las amenazas y riesgos referidas al pleno goce de los DESCA, afectan con particular intensidad a los grupos más vulnerables, como pueden ser niños, niñas y adolescentes, migrantes y refugiados, afrodescendientes, pueblos indígenas, personas con discapacidad, mujeres, personas mayores, etc. En este sentido, los DESCA emergen como un instrumento eficaz en la lucha contra la vulnerabilidad de ciertos colectivos en casos de riesgo y amenazas.[137] Los grupos vulnerables en situaciones de riesgo y amenazas pueden ser variados y, ciertamente, habrá énfasis dependiendo de la amenaza. Por ejemplo, en los casos de desastres naturales o contaminación las sociedades que dependen en alto grado del medio ambiente para satisfacer sus necesidades de subsistencia serán más vulnerables, como, igualmente, lo serán, en el caso del cambio climático, los grupos que habitan en los megadeltas, los pequeños Estados insulares en desarrollo, las zonas costeras de baja altitud, las zonas áridas y las regiones polares. En casos de crisis sociales y económicas también se afectarán a los pobres y excluidos y sectores como la clase asalariada. Es claro que estas vulnerabilidades "pueden quedar exacerbadas por factores políticos y sociales, y a menudo hay determinados grupos, como las mujeres, los niños, los grupos minoritarios y los pueblos indígenas, que son particularmente vulnerables."[138]

El principio de participación inclusiva en los procesos de toma de decisiones relacionadas con las situaciones de riesgos y amenazas se transforma en un soporte clave para que la vulnerabilidad de ciertos grupos no afecte el goce y ejercicio efectivo de los DESCA.[139] Igualmente, las obligaciones inmediatas de los Estados en

[136] "Los derechos económicos, sociales y culturales y otros derechos humanos pertinentes, como el derecho a la vida, el derecho a la participación pública y el derecho a la información, contribuyen a los esfuerzos encaminados a construir sociedades resilientes y sostenibles debido a los estrechos vínculos que existen entre esos derechos y los efectos y las causas profundas de tales fenómenos." Consejo de Derechos Humanos: *Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Secretario General sobre la función de los derechos económicos, sociales y culturales en la creación de sociedades sostenibles y resilientes para la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Doc. N.U. A/HRC/37/30, de fecha 18 de diciembre de 2017, par. 56.

[137] P.A. Fernández–Sánchez,"Riesgos y amenazas para la seguridad humana", en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, nº 36, 2016, pp. 211–215.

[138] Asamblea General: *Derechos humanos de los migrantes*. Nota del Secretario General. Doc. N.U. A/67/299, de fecha 13 de agosto de 2012.

[139] Asamblea General: *Protección y asistencia a los desplazados internos*. Nota del Secretario General. Doc. N.U. A/66/285, de fecha 9 de agosto de 2011.

materia de DESCA y, sobre todo, el principio de protección especial a los grupos más vulnerables son instrumentos que benefician a estos sectores de la población y obligan al Estado a prevenir, a prepararse, a adaptarse, a mitigar, a recuperarse de los riesgos y amenazas con el menor efecto negativo posible en los DESCA de estos grupos vulnerables. De este modo, las obligaciones que emanan de los DESCA para los Estados emergen como un instrumento que sirve para priorizar a los grupos vulnerables. Un buen ejemplo de este enfoque centrado en los grupos más vulnerables, propio de la justicia social, se encuentra en las recomendaciones del CDESC realizadas en el contexto de la crisis económica en Grecia en sus Observaciones Finales de 2015:

> "El Comité recomienda al Estado parte que ponga más empeño en conseguir que los migrantes, los solicitantes de asilo y los refugiados disfruten plenamente de sus derechos económicos, sociales y culturales. Se recomienda al Estado parte que, en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto con respecto a estos grupos, recabe y fortalezca la asistencia y la cooperación internacionales, en particular de los Estados miembros de la Unión Europea. El Comité también recomienda al Estado parte que tome disposiciones para aumentar el número de centros de acogida, mejorar las condiciones de vida en estos centros y garantizar que las personas acogidas tengan acceso a asistencia médica, intérpretes, alimentos suficientes, prendas de vestir y apoyo social."[140]

Y, en relación con el goce del derecho a la seguridad social, el CDESC ha recomendado que "reconsidere la reducción de las prestaciones de planes no contributivos, porque afectan a los grupos más desfavorecidos y marginados, y deje sin efecto los recortes de las prestaciones contributivas de la seguridad social."[141]

Otro buen ejemplo del enfoque centrado en los más vulnerables consiste en que, en materia de seguridad social, el CDESC le ha recomendado a España que

[140] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Grecia*. Doc. N.U. E/C.12/GRC/CO/2, de fecha 27 de octubre de 2015, par. 12; En relación con España: "[E]l Comité insta al Estado parte a asegurar que las medidas de austeridad aplicadas sean de carácter temporal, necesarias, proporcionadas y no discriminatorias, y respeten el contenido esencial de los derechos, a fin de que no afecten en forma desproporcionada los derechos de las personas y grupos más desfavorecidos y marginados. En ese sentido, le recomienda que realice una evaluación exhaustiva de los efectos de tales medidas en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales en particular de las personas y grupos desfavorecidos y marginados, tales como las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los gitanos y romaníes, así como los refugiados, los solicitantes de asilo y los migrantes y, en consulta y con la participación de las poblaciones afectadas, evalúe la posibilidad de dar por concluidas esas medidas. El Comité, además, señala a la atención del Estado parte las recomendaciones contenidas en su carta abierta a los Estados partes, de 16 de mayo de 2012, sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica y financiera, con respecto a los criterios relativos a las medidas de austeridad y a su Declaración sobre deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2016." Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*. Doc. N.U. E/C.12/ESP/CO/6, de fecha 25 de abril de 2018, par. 14.

[141] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Grecia*. Doc. N.U. E/C.12/GRC/CO/2, de fecha 27 de octubre de 2015, par. 24.

intensifique "sus esfuerzos para garantizar que todas las personas estén cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y grupos más desfavorecidos o marginados."[142] O bien, en relación con la pobreza, le recomienda que "agilice la elaboración y adopción de la estrategia nacional de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social 2018–2020, asegurando que esté enfocada en las personas y grupos más afectados, tal como la población infantil y que sea implementada con un enfoque de derechos humanos."[143]

En igual sentido, el CDESC le ha recomendado a México, afectado por un gran problema de desigualdad en el seno de su sociedad –como es una tónica para la enorme mayoría de los países de América Latina– que, "tomando en cuenta las necesidades de los grupos sociales más desfavorecidos y marginados, tanto en las zonas rurales como urbanas, y particularmente de los pueblos indígenas", adopte un plan integral de lucha contra la pobreza y la pobreza extrema que esté orientado a disminuir significativamente la brecha de la desigualdad en la sociedad.[144] Además, le recomienda que las políticas y los programas sociales de lucha contra la pobreza y la pobreza extrema estén implementados de conformidad con las normas y principios de derechos humanos y trae para ello a la atención de México, su Declaración sobre la Pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2001.[145]

La desigualdad en el seno de la sociedad, en América Latina, es un flagelo con consecuencias especialmente sensibles en el ámbito de los DESCA, que afecta con particular intensidad a ciertos grupos vulnerables, como mujeres, personas con discapacidad y personas mayores. Respecto de las mujeres, al CDESC "le preocupa que los estereotipos de género continúen profundamente arraigados en la sociedad, lo que dificulta el pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales", por lo que recomienda adoptar "medidas efectivas para combatir los estereotipos de género en la familia y la sociedad, entre otras cosas, mediante campañas de sensibilización sobre el reparto equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y sobre la igualdad de oportunidades de carrera como resultado de la educación y la formación en materias distintas de aquellas en que tradicionalmente predominan uno u otro de los sexos".[146] En el caso de Colombia, el CDESC también ha manifestado su preocupación por la persistente desigualdad con base en el género y que afecta a aquellos grupos más vulnerables de la sociedad. Por ello, ha

[142] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*. Doc. N.U. E/C.12/ESP/CO/6, de fecha 25 de abril de 2018, par. 31.

[143] *Ibíd.,* par. 34.

[144] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*. Doc. N.U. E/C.12/MEX/CO/5–6, de fecha 17 de abril de 2018, par. 46.

[145] *Ibíd.,* par. 47.

[146] *Ibíd.,* pars. 21–22.

recomendado adoptar las medidas efectivas necesarias "a fin de asegurar igual acceso y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales a las mujeres que viven en zonas rurales, mujeres indígenas y afrocolombianas que, entre otras cosas, contengan medidas para la eliminación de la discriminación múltiple e intersectorial que enfrentan las mujeres que viven en zonas rurales, las mujeres indígenas y afrocolombianas, asignando para su implementación los recursos suficientes."[147] Asimismo, el CDESC ha manifestado su preocupación en el caso mexicano que "el desempleo y subempleo continúen afectando de manera desproporcionada a los jóvenes, a las personas con discapacidad, así como a miembros de pueblos indígenas, migrantes, solicitantes de asilo y refugiados."[148] Por esto mismo, bajo un enfoque de derechos, le ha recomendado que, en su esfuerzo por reducir las tasas de desempleo y subempleo, "dé prioridad a los grupos desproporcionadamente expuestos al desempleo."[149]

Con respecto a la contaminación y sus efectos negativos, el CDESC también ha manifestado su preocupación, especialmente, en aquello que tiene relación con "la falta de protección adecuada de los recursos hídricos debido a la contaminación y la falta de medidas apropiadas para el tratamiento de las aguas residuales", lo cual afecta, particularmente, a los grupos más desfavorecidos y marginados, especialmente, los que viven en zonas rurales y remotas.[150] Por esta razón, recomienda que el Estado "asegure una debida protección de sus recursos hídricos, incluso contra los efectos negativos generados por actividades económicas y de explotación de

[147] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Colombia*. Doc. N.U. E/C.12/COL/CO/6, de fecha 19 de octubre de 2017, par. 26.

[148] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*. Doc. N.U. E/C.12/MEX/CO/5–6, de fecha 17 de abril de 2018, par. 24; En el caso de Colombia, en América Latina, el CDESC ha manifestado su preocupación por que "a pesar de los esfuerzos realizados el desempleo sigue afectando especialmente a los jóvenes, las mujeres y las personas con discapacidad, en particular a las personas que viven en zonas rurales." Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Colombia*. Doc. N.U. E/C.12/COL/CO/6, de fecha 19 de octubre de 2017, par. 28.

[149] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*. Doc. N.U. E/C.12/MEX/CO/5–6, de fecha 17 de abril de 2018, par. 25; Igual criterio ha sido declarado por el CDESC en el caso de Colombia. Vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Colombia*. Doc. N.U. E/C.12/COL/CO/6, de fecha 19 de octubre de 2017, par. 29.

[150] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*. Doc. N.U. E/C.12/MEX/CO/5–6, de fecha 17 de abril de 2018, par. 57; En el caso de Colombia, en América Latina, el CDESC ha manifestado su preocupación por "el impacto que tiene el uso desproporcionado e incontrolado del agua y la contaminación de los ríos debido al desarrollo de actividades mineras, lo cual ha generado graves afectaciones al derecho al agua, a una alimentación adecuada y a la salud en las comunidades afectadas, así como al medio ambiente." Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Colombia*. Doc. N.U. E/C.12/COL/CO/6, de fecha 19 de octubre de 2017, pars. 15–16 y 59–60.

recursos naturales; determine sanciones y penalidades para las empresas que, en su caso, por medio de sus actividades contaminen los recursos hídricos".[151] En este contexto, el CDESC ha afirmado su preocupación por la falta de acceso a la información en los formatos y los medios adecuados para toda la población, especialmente, para los grupos marginados y más vulnerables. Por ejemplo, respecto de las personas con discapacidad, en el caso de Panamá "lamenta el bajo nivel de información pública accesible a las personas con discapacidad, incluida la escasez de presencia de intérpretes de lengua de señas, audiodescripción y lenguaje fácil por televisión".[152] De tal manera que recomienda "hacer accesible la transmisión de toda información pública en cualquiera de los medios de información para todas las personas con discapacidad en formatos accesibles y tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad, que también deberían estar disponibles en las lenguas nativas de las comunidades indígenas del país, particularmente la referida a procesos nacionales que afectan a todas las personas y la relativa a situaciones de emergencia y/o desastres naturales."[153]

Como se puede observar, el CDESC ha considerado como un componente esencial en las medidas que los Estados deben adoptar para la protección de los DESCA, cuando enfrentan situaciones de riesgos y amenazas, la consideración prioritaria de las necesidades de los grupos más vulnerables.

III. Conclusiones

Los estándares y principios derivados del derecho internacional de los derechos humanos, frente a los riesgos y amenazas contemporáneas, relevan la importancia de respetar y garantizar los aspectos sustantivos y procedimentales de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Por otro lado, el Estado debe cumplir con el principio de protección especial para los grupos vulnerables, quienes sufren de manera desproporcionada, la afectación de sus derechos en casos de crisis, conflictos y desastres.

Los Estados tienen un deber de justificación redoblado en casos de medidas regresivas referidas a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, cuando estas se requieren para hacer frente a períodos de crisis, conflictos o desastres. Con todo, el Estado tiene la obligación inmediata de continuar garantizando los

[151] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observaciones finales sobre a los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*. Doc. N.U. E/C.12/MEX/CO/5–6, de fecha 17 de abril de 2018, par. 58.

[152] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: *Observaciones finales sobre el informe inicial de Panamá*. Doc. N.U. CRPD/C/PAN/CO/1, de fecha 29 de septiembre de 2017, par. 44.

[153] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: *Observaciones finales sobre el informe inicial de Panamá*. Doc. N.U. CRPD/C/PAN/CO/1, de fecha 29 de septiembre de 2017, par. 45.

niveles mínimos de protección social, sin discriminación, incluso en los tiempos de crisis o desastre. Además, tiene el deber de evitar que sus medidas conduzcan a una pauperización generalizada de la población o que ciertos grupos o sectores de la población soporten desproporcionada e injustificadamente el peso de los ajustes. Con todo, las medidas o planes de ajuste que el Estado pueda adoptar, con un carácter regresivo de los derechos, en estos períodos de crisis o desastres, deben ser eminentemente temporales y provisorias, nunca permanentes. Estos estándares operan como limitaciones a las restricciones susceptibles de ser adoptadas por los Estados respecto de los DESCA en tiempos de crisis, conflictos o desastres.

En síntesis, en tiempos de riesgos y amenazas, los individuos y las comunidades necesitan más derechos y mayor garantía de su protección, no menos. En este sentido, garantizar los DESCA es una herramienta útil frente a situaciones de riesgo y amenazas. Los individuos y comunidades que pueden ejercer efectiva y plenamente sus derechos serán mucho más empoderados para participar en la solución o mitigación de las crisis.

DIREITOS HUMANOS E ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS

Patrícia GALVÃO TELES (Portugal)[**]

Sumário: I. Introdução. II. A evolução da proteção dos Direitos Humanos e a alteração do terreno moral das Relações Internacionais. III. Ponto de situação sobre as Alterações Climáticas e as suas consequências. IV. Os Direitos Humanos e o Ambiente. V. Um desafio para o Século XXI: as Alterações Climáticas e os Direitos Humanos. 1. O impacto das alterações climáticas no gozo dos direitos humanos. 2. A atribuição da responsabilidade pelo impacto das alterações climáticas no gozo dos direitos humanos aos Estados e empresas. 3. Existirão refugiados "ambientais" ou "climáticos"? 4. Caso de Estudo: A Subida do Nível do Mar e o seu impacto nos Direitos Humanos das populações afetadas. VI. Conclusões – A necessidade de elevação para um novo patamar do terreno moral das Relações Internacionais

Resumo: A partir de uma rápida viagem sobre a consolidação dos direitos humanos no plano universal nos últimos 70 anos a partir de 1948, data da adoção da Declaração Universal pelas Nações Unidas, o presente artigo fará uma breve análise de um dos principais desafios que se colocam aos direitos humanos no plano do direito internacional no Século XXI: a questão das alterações climáticas. Debaterá a questão da responsabilidade pelas violações de direitos humanos causadas pelas alterações climáticas e a noção de refugiados ambientais. Em particular, olhará para uma questão urgente relacionada com um dos efeitos das alterações climáticas que é o fenómeno da subida do nível no mar e o seu potencial impacto nos direitos humanos das populações afetadas.

Palavras Chave: Direitos Humanos. Alterações Climáticas. Ambiente. Refugiados Ambientais. Subida do Nível do Mar

Abstract: Starting with a quick trip regarding the consolidation of human rights at the universal level in the last 70 years from 1948, the date of adoption of the Universal Declaration by the United Nations, the present article will offer a brief analysis of one of the main challenges to human rights in international law in the 21st century: the issue of climate change. It will debate the question of responsibility for human rights violations caused by climate change and the notion of climate refugees. In particular, it will look at an urgent issue related to one of the effects of climate change, which is the phenomenon of rising sea levels and its potential impact on the human rights of the affected populations.

Keywords: Human Rights. Climate Change. Environment. Climate Refugees. Sea–level Rise

---

[*] Membro Associado do IHLADI. Membro da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. Professora Auxiliar da Universidade Autónoma de Lisboa

[*] A autora gostaria de agradecer a preciosa colaboração de Daniela Martins, licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e mestranda em Direito e Ciências Jurídico–Internacionais na mesma instituição

I. Introdução

O tema do XXX Congresso do IHLADI não podia ser mais oportuno: "Os direitos humanos em situações de risco e ameaça". No momento em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos comemora o seu 70º Aniversário, os desafios que se colocam aos direitos humanos são de diversa natureza. Porém, para além dos tradicionais e mais diretamente ligados às atividades clássicas dos Estados soberanos, que continuam a ocupar um papel central no palco das relações internacionais, os desafios que se colocam aos direitos humanos possuem hoje também uma natureza distinta, mais difusa, implicando novos atores e ligada a novos fenómenos. É o caso dos outros temas tratados neste Congresso, como o terrorismo, mas também das alterações climáticas.

Quando, entre 1946 e 1948, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, sob a batuta de Eleanor Roosevelt, trabalhava no projeto de Declaração Universal de Direitos Humanos, as alterações climáticas, como as conhecemos hoje eram, muito provavelmente, ficção científica ou algo mesmo desconhecido. O mesmo se poderá dizer aquando da adoção dos Pactos Internacionais dos Direitos Humanos em 1966.

O trabalho de consolidação dos direitos humanos continuou nas décadas seguintes e a comunidade internacional encontra–se hoje dotada de uma sólida arquitetura jurídica, tanto universal como regional, de proteção dos direitos humanos.

Em paralelo, nos últimos 70 anos, o mundo viveu um processo de grande industrialização e progresso económico. Com este progresso, acentuou–se a emissão de gases estufa, em particular o dióxido de carbono, emissões essas que fazem aumentar a temperatura do ar e causam também a acidificação dos oceanos.

Os cientistas apontam para o facto de estarmos a passar (ou já termos passado) para uma nova Era, a Era do *Antropoceno*, em que a alteração do clima da Terra e dos seus ecossistemas já não é um mero fenómeno natural, mas também é induzida pela atividade humana.

As alterações climáticas são hoje, sem dúvida, encaradas como um dos principais desafios do Século XXI, gerando condições que afetam o modo de vida humano e podem interferir com o gozo dos direitos humanos.

Estas condições passam, em grande medida, por condições de *stress* no que toca à água: excesso de água, traduzida na subida do nível mar, fortes chuvas, tempestades, furações, inundações e deslizamento de terras; ou falta de água, traduzida em secas cada vez mais frequentes e em desertificação de territórios. Os vários pontos do globo são afetados de diferentes maneiras e em diferentes momentos, mas as

alterações climáticas e os fenómenos naturais extremos são cada vez mais visíveis a olho nu.

Desde o momento em que as alterações climáticas são reconhecidas como uma preocupação internacional, em meados dos anos oitenta, foram negociadas um conjunto de convenções internacionais para diminuir, de forma recíproca, as emissões dos gases estufa, destacando–se a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas (1992) e o Protocolo de Quioto (1997). O processo parecia estar a estagnar, até em 2015 se ter logrado o ambicioso Acordo de Paris.

Nos primeiros instrumentos internacionais sobre as alterações climáticas, a questão dos direitos humanos encontrava–se totalmente ausente e a questão era tratada meramente do ponto de vista ambiental. Contudo, nas últimas décadas, o direito internacional do ambiente vinha também a desenvolver–se e começavam a estabelecer–se os seus princípios, bem como alguma ligação entre os direitos humanos e o ambiente.

Foi na última década, no entanto, que começou a estabelecer–se uma estreita relação entre os direitos humanos e as alterações climáticas. Na sequência de algumas queixas apresentadas relacionando as alterações climáticas com violações de direitos humanos, como o caso *Inuit* de 2005 perante a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos[1], o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, então recém–fundado, começou em 2008 a adotar resoluções sobre o tema e a suscitar relatórios que aprofundaram a ligação entre os direitos humanos e as alterações climáticas, considerando o impacto que as últimas podem ter sobre os primeiros.

Dadas as especificidades do fenómeno, a questão do impacto das alterações sobre os direitos humanos veio também suscitar a difícil questão de saber a quem pode ser atribuída a responsabilidade por tal impacto: a que Estado ou Estados? Apenas aos Estados ou também às empresas?

Ao mesmo tempo, no campo das alterações climáticas, começou também a discutir–se em que medida abordagens de direitos humanos deveriam ser integradas e poderiam melhorar as medidas de mitigação e adaptação face aos efeitos das alterações do clima.

Resultante desta simbiose, o Acordo de Paris sobre as Alterações Climáticas de 2015, foi o primeiro a reconhecer, no seu preâmbulo, que: *"*as alterações climáticas são uma preocupação comum da humanidade" e que "as Partes deverão, na ação de resposta às alterações climáticas, respeitar, promover e ter em conta as suas respetivas obrigações em matéria de direitos humanos, de direito à saúde, de direitos dos povos indígenas, de comunidades locais, de migrantes, de crianças, de pessoas com

[1] *Petition to the Inter–American Commission on Human Rights Seeking Relief From Violations Resulting From Global Warming Caused By Acts and Omissions of the United States,* 2005.

deficiência e de pessoas em situações vulneráveis e o direito ao desenvolvimento, bem como a igualdade de género, o empoderamento das mulheres e a equidade intergeracional".

Em relação a certos fenómenos, como é o caso da subida do nível do mar, que resulta e é acelerado pelas alterações climáticas, tem sido até reivindicada perante alguns tribunais nacionais, nomeadamente na Nova Zelândia, a criação de uma nova categoria de "refugiados ambientais". Apesar de tal não ter consagração do ponto de vista jurídico, face ao enquadramento internacional atual, designadamente à Convenção sobre o Estatuto do Refugiado de 1951, não deixa de colocar a questão da proteção que deve ser aplicada às pessoas objeto de uma movimentação forçada – no seu país ou para fora dela – em consequência das alterações climáticas e dos fenómenos extremos associados, incluindo os que podem ter um carácter mais permanente, como a desertificação ou a subida do nível do mar.

Partindo destas considerações iniciais, propomos, no presente artigo, traçar o seguinte percurso:

– Um balanço sobre a evolução da proteção internacional dos direitos humanos e de como tal resultou numa alteração do terreno moral das relações internacionais;

– Um ponto de situação sobre as alterações climáticas e as suas consequências no início do Século XXI;

– Relacionar os direitos humanos com o ambiente para enquadrar as ligações que se podem estabelecer entre estas duas áreas;

– Discutir as questões suscitadas pelos direitos humanos e as alterações climáticas no presente e perspetivas futuras;

– Equacionar a questão da atribuição da responsabilidade pelo impacto das alterações climáticas no gozo dos direitos humanos aos Estados e empresas;

– Debater a existência ou não de uma nova categoria de "refugiados ambientais ou climáticos";

– Analisar um caso de estudo específico relativo à proteção dos direitos humanos das pessoas afetadas pela subida do nível do mar, uma das consequências duradouras das alterações climáticas e cujos efeitos já se fazem sentir.

Como conclusão, tentaremos apresentar o que já se encontra feito e o que ainda se poderá fazer para melhor proteger os direitos humanos na época das alterações climáticas, e assim elevar, para um novo patamar, como disse Wangari Maathai e subscreveu Mary Robinson,[2] o terreno moral das relações internacionais: "*In the course of history, there comes a time when humanity is called to shift to a new level*

[2] M. Robinson, "Why Climate Change is a Threat to Human Rights", *Ted Talk* in May 2015. Disponível em: https://www.mrfcj.org/resources/mary–robinson–tedtalk–climate–justice/.

of consciousness, to reach a higher moral ground. A time when we have to shed our fear and give hope to each other. That time is now."

II. A evolução da proteção dos Direitos Humanos e a alteração do terreno moral das Relações Internacionais

Como já se disse, o momento da comemoração do 70º Aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinalado no dia 10 de Dezembro de 2018, afigura–se como uma boa oportunidade para uma reflexão sobre os Direitos Humanos em Situações de Risco e Ameaça e, em particular, sobre os Direitos Humanos e as Alterações Climáticas.

É, de facto, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e com base nela, que estas duas realidades podem formar um binómio, nem sempre pacífico, mas hoje indissociável.

Os Direitos Humanos, inicialmente através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, causaram um impacto importante na vertente ética das Relações Internacionais. As relações entre os Estados passaram a dotar–se de um código moral, baseado no respeito pela dignidade humana, e não apenas nos valores típicos dos Estados como a soberania ou o respeito pela integridade territorial e pelas fronteiras.

Um dos grandes feitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de toda a construção feita na sua base do sistema de proteção universal das Nações Unidas e dos diversos sistemas regionais, foi ter alterado o terreno moral das relações internacionais, que passou a orientar–se e a medir–se pelo valor do respeito pelos direitos humanos.

Como foi bem observado numa excelente análise sobre a negociação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o contributo de Eleanor Roosevelt:

> *"When the Athenian navy was poised to invade tiny Melos in 416 B.C., the terrified islanders sent emissaries to try to reason with the masters of the sea. The Athenians' scornful rebuff has echoed down the centuries: 'You know as well as we do that right, as the world goes, is only in question between equals in power, while the strong do what they can and the weak suffer what they must.'*
>
> *History has provided plenty of support for that brutal dictum (...). Yet, centuries later, in the wake of atrocities beyond Greek imagining, the mightiest nations of the world bowed to the demands of smaller countries for recognition of a common standard by which the rights and wrongs of every nation's behaviour could be measured. The moral terrain of international relations was forever altered one late night in Paris, on December 10, 1948, when the General Assembly of the United Nations adopted the Universal Declaration of Human rights without a single dissenting vote."*[3]

[3] Mary Ann Glendon. *A world made new – Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, p. xv. Sublinhado nosso.

A afirmação do lugar central da proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico internacional e a correspondente erosão do tradicional domínio reservado dos Estados e da sua soberania poderá talvez ser considerado como uma das maiores alterações da ordem internacional no período pós–1945.

O "mundo das soberanias" caminhou assim para um "mundo das pessoas"[4], esbatendo–se as tradicionais fronteiras políticas e consolidando–se ao longo das décadas seguintes novos conceitos como a "responsabilidade de proteger" as pessoas das violações mais graves de direitos humanos, uma responsabilidade que recai sobre todos os Estados e sobre a comunidade internacional.

A segunda metade do Século XX e o início do Século XXI ficaram marcados pela consolidação deste novo princípio da promoção e proteção dos direitos humanos, grande motor da autodeterminação e do consequente movimento de descolonização que alterou de uma forma definitiva a geografia mundial, e pela consequente emergência de uma responsabilidade coletiva de proteger esses direitos, bem como pela criação, através do Tribunal Penal Internacional, de um sistema permanente de justiça penal internacional que permite responsabilizar criminalmente indivíduos nos casos mais graves em que a dignidade humana é atingida (crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio).

A proteção dos direitos humanos tem–se desenvolvido, assim, no sentido de ser hoje um dos princípios fundamentais das relações internacionais e do direito internacional contemporâneo, a par da proibição do uso da força, da igualdade soberana e da não interferência nos assuntos internos, gerando potencialmente situações de conflito de princípios, todos eles com um estatuto de normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*).

Nos últimos 70 anos, o sistema universal de proteção de direitos humanos das Nações Unidas tem sido complementado por diversos sistemas regionais, que operam em conexão com as principais organizações regionais como o Conselho da Europa, a União Europeia, a Organização dos Estados Americanos, a União Africana e a ASEAN.

Estes sistemas, complementares aos sistemas nacionais de proteção de direitos humanos, foram inspirados também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e consagram, na sua base, o mesmo tipo de direitos. Em alguns casos, estes sistemas regionais são mais completos e ambiciosos, dispondo inclusive de um Tribunal regional de direitos humanos, algo que não sucede a nível internacional, como é o caso dos Tribunais Europeu, Americano e Africano dos Direitos Humanos.

[4] P. Escarameia, *O Direito Internacional Público nos princípios do Século XXI*, Almedina (2003).

Estes mecanismos judiciais emitem decisões juridicamente vinculativas, condenando o comportamento dos Estados em violação dos direitos humanos e ordenando reparações onde tal se justifique.

III. Ponto de situação sobre as Alterações Climáticas e as suas consequências

Em 2015, no parágrafo 14 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, os Estados Membros das Nações Unidas, reunidos na Assembleia Geral, reconheceram, de forma unânime, que:

> "*Climate change is one of the greatest challenges of our time and its adverse impacts undermine the ability of all countries to achieve sustainable development. Increases in global temperature, sea level rise, ocean acidification and other climate change impacts are seriously affecting coastal areas and low–lying coastal countries, including many least developed countries and small island developing States. The survival of many societies, and of the biological support systems of the planet, is at risk.*"[5]

Segundo o "Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas" (na sigla em inglês IPCC), "mudança climática" ou "alterações climáticas" é uma variação a longo prazo estatisticamente significante num parâmetro climático (como temperatura, precipitação ou ventos) médio ou na sua variabilidade, durante um período extenso (que pode durar de décadas a milhões de anos).

A mudança climática pode ser causada por processos naturais da própria Terra ou por forças externas, incluindo variações na intensidade da luz solar, ou ainda, mais recentemente, pela ação do homem. A partir da Revolução Industrial o homem passou a emitir quantidades significativas de gases estufa, em especial o dióxido de carbono. Neste período, a concentração original de 280 ppm deste gás cresceu até os atuais 400 ppm, intensificando significativamente o efeito natural original. Assim, as atividades humanas passaram a ter influência importante nas condições climáticas. Alguns factores antropogénicos que se adicionam a um aumento no dióxido de carbono incluem o corte maciço de árvores, a queima de combustíveis fósseis e a criação de gado.

A atividade humana foi apontada, em 2007, por cientistas especializados nesta área e reunidos sob o Painel Intergovernamental de Alterações Climáticas, como sendo a principal causa destas mudanças do clima.

A temperatura, no século passado, registou um acréscimo de 0,76ºC. A previsão é que no presente suba entre 1,1 a 6,4ºC, dependendo das medidas mitigadoras que sejam encetadas. Este incremento da temperatura média tida como normal em mais 2ºC pode induzir respostas céleres, imprevistas e não–lineares que podem desencadear danos irreversíveis nos ecossistemas terrestres.

[5] A/RES/70/1.

As alterações climáticas incluindo através do fenómeno da subida do nível do mar, mas também de outros, parecem afetar desproporcionadamente os grupos de pessoas mais vulneráveis e que vivem em países em desenvolvimento. Eventos climáticos extremos, a transmissão de doenças, a deterioração da quantidade e qualidade da água irão afetar de forma mais dramática aqueles que vivem nos países em desenvolvimento e em áreas geograficamente vulneráveis, como o litoral ou pequenas ilhas. Poderá haver assim maior pobreza extrema como mais deslocações forçadas por fatores climáticos.

Desde a Segunda Guerra Mundial que o mundo não enfrentava uma crise tão significativa em termos de deslocamentos forçados de pessoas. Atualmente, mais de 60 milhões de pessoas foram objeto de deslocamentos forçados (20 milhões de refugiados e 40 milhões de deslocados internos) em resultado de conflitos violentos e prolongados, repletos de atrocidades contra civis, mas também de desastres naturais e degradação ambiental em resultado das alterações climáticas.

O Estado soberano não conseguirá lidar sozinho com as consequências das alterações climáticas, em parte potenciadas pela globalização. No caso da subida do nível do mar, previsto cientificamente como consequência do aquecimento global, os efeitos sobre o território do Estado serão relevantes, desde a sua diminuição ao possível desaparecimento. Também não serão de menosprezar os efeitos sobre a sua população, que possivelmente terá de deslocar–se internamente para fugir das zonas mais afetadas onde as condições de vida serão cada vez mais difíceis ou impossíveis, ou mesmo deslocar–se para outro país, não sendo reconhecido atualmente um estatuto de "refugiado climático ou ambiental".

Dificilmente este problema, que afeta em particular os pequenos Estados insulares em desenvolvimento ou *Small Island Developing States* (SIDS)[6] – hoje cerca de 40 países sobretudo nas regiões das Caraíbas e do Pacífico – mas também vários países costeiros, com os EUA, os Países Baixos, o Bangladesh ou o Vietname, poderá ser ele também, assim como toda a questão das alterações climáticas, resolvido sem uma resposta global.[7] Na hipótese mais extrema, os efeitos nocivos da globalização no ambiente poderão levar ao desaparecimento físico de alguns Estados. No entanto, possivelmente, haverá resistências a essa necessidade de uma resposta global, novamente baseadas em posições mais soberanistas e avessas a uma resolução multilateralista das questões internacionais.

Os Estados demonstram cada vez menos apetite em negociar novos Tratados multilaterais e em ratificar os já existentes. Mas o Acordo de Paris sobre as

[6] *Vid.* o Programa de ação para o desenvolvimento dos pequenos Estados Insulares (SIDS POA), 2003. Disponível em: http://www.oecs.org/seu–resources/implementaion–of–the–sids–poa–10–years–later–december–2003opt–pdf.

[7] *Cf.* a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 2015 (A/70/1).

Alterações Climáticas constituiu uma notável exceção, tendo sido assinado por um número recorde de 171 países num só dia em Abril de 2016 e tendo entrado em vigor menos de um ano depois, em Novembro de 2016, após ter sido ratificado por 55 países, incluindo os Estados Unidos e a China, para além da União Europeia e os seus Estados Membros.

No Acordo de Paris de 2015 foi assumido o compromisso significativo de manter o aumento da temperatura média global em menos de 2°C acima dos níveis pré–industriais e de envidar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré–industriais.

Os Estados Unidos da América anunciaram recentemente a sua intenção de se retirarem do Acordo de Paris, o que constitui um rude golpe na luta contra as alterações climáticas. Porém, são encorajadoras as declarações que têm sido feitas pelos Estados federados norte–americanos, pelas principais cidades e pelas empresas, de que, pela sua parte, continuarão a trabalhar para o cumprimento das metas do Acordo de Paris.

IV. Os Direitos Humanos e o Ambiente

O *acquis* acima descrito em matéria de proteção universal dos direitos humanos não contempla, no entanto, um direito humano ao ambiente, no sentido de um ambiente limpo, saudável ou sustentável.

Apenas em alguns sistemas regionais, como o africano e latino–americano, bem como em algumas constituições/legislações nacionais, por exemplo na Constituição da República Portuguesa, é consagrado um direito ao ambiente, como fazendo parte da lista de direitos humanos protegidos. Hoje em dia, cerca de 90 constituições contemplam o direito ao ambiente como um direito humano.

A proteção ambiental enquanto tal, surge no direito internacional mais tardiamente do que a proteção dos direitos humanos, como veremos agora. A ligação entre direitos humanos e alterações climáticas é ainda mais recente.

A utilização de armas nucleares no final da II Guerra Mundial (Hiroshima e Nagasaki) e o seu desenvolvimento no período da Guerra Fria; os desenvolvimentos industriais e tecnológicos dos Séculos XX e XXI, que têm gerado cada vez mais formas de poluição e degradação ambiental; fenómenos naturais como secas, inundações, furacões, pandemias e fome; bem como as crescentes alterações climáticas, colocaram o Ambiente no centro da agenda global, assumindo cada vez maior importância nos últimos sessenta e, mais em particular, quarenta anos.

Contribuíram para tal, também, as investigações e escritos ambientais dos anos 60 e 70, como o relatório do Clube de Roma intitulado *The Limits to Growth*, a

Conferência das Nações Unidas que teve lugar em Estocolmo em 1972, seguida da criação do Programa das Nações Unidas para o Ambiente (PNUA) e o Relatório Bruntland de 1987, *Our Common Future*. Momento chave foi igualmente a Conferência das Nações Unidas do Rio em 1992, chamada "Cimeira da Terra" e que adoptou a Agenda 21.

O Princípio 25 da Declaração do Rio de 1992 sobre Ambiente e Desenvolvimento, adoptada nessa Cimeira, refere o seguinte: *"Peace, development and environmental protection are interdependent and indivisible"*.

A relevância política do ambiente para as relações internacionais foi também evidenciada pela atribuição do Prémio Nobel da Paz, em 2007, ao Painel Intergovernamental sobre as Alterações Climáticas (IPPC), em conjunto com o antigo Vice–Presidente americano Al Gore. Outros nobéis da paz foram atribuídos a atividades que podemos relacionar também com o ambiente: Organização das Armas Químicas (OPCW) em 2013, e ainda, em 2005 e 2004, respectivamente, à Agência Internacional da Energia Atómica e a El Baradei, e a Wangari Muta Maathai, ativista política do meio–ambiente.

Em diversas outras Cimeiras importantes no âmbito da ONU, o ambiente tem sido tema central, como foi o caso da Cimeira do Milénio em 2000 (nos Objectivos do Milénio, o Objectivo 7 é a Sustentabilidade Ambiental) e da Cimeira Mundial da ONU em 2005, comemorativa dos 60 anos da Organização.

A já mencionada Agenda 2030 sobre o Desenvolvimento Sustentável, adoptada pelas Nações Unidas em 2015, voltou a colocar o ambiente no centro das preocupações da comunidade internacional, sendo o ambiente uma das dimensões essenciais do desenvolvimento sustentável, fazendo as seguintes referências logo no seu início:

> *"People – We are determined to end poverty and hunger, in all their forms and dimensions, and to ensure that all human beings can fulfill their potential in dignity and equality and in a healthy environment.*
>
> *Planet – We are determined to protect the planet from degradation, including through sustainable consumption and production, sustainably managing its natural resources and taking urgent action on climate change, so that it can support the needs of the present and future generations."*
>
> O Objetivo 13 é, aliás, dedicado ao tema das alterações climáticas:
>
> "*Goal 13. Take urgent action to combat climate change and its impacts*
>
> *13.1 Strengthen resilience and adaptive capacity to climate–related hazards and natural disasters in all countries*
>
> *13.2 Integrate climate change measures into national policies, strategies and planning*
>
> *13.3 Improve education, awareness–raising and human and institutional capacity on climate change mitigation, adaptation, impact reduction and early warning*
>
> *13.a Implement the commitment undertaken by developed–country parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change to a goal of mobilizing jointly $100 billion annually by 2020 from all sources to address the needs of developing countries in the context of meaningful mitigation actions and transparency on implementation and fully operationalize the Green Climate Fund*

through its capitalization as soon as possible

13.b Promote mechanisms for raising capacity for effective climate change–related planning and management in least developed countries and small island developing States, including focusing on women, youth and local and marginalized communities."

Atualmente, praticamente todas as Organizações Internacionais e Regionais, como a ONU, Banco Mundial, Organização Mundial do Comércio, União Europeia, Conselho da Europa, União Africana, Mercosur, ASEAN, entre outras, trabalham sobre a questão ambiental ou levam–na em conta no seu mandato.

O Ambiente foi, para além disso, nas últimas décadas, uma área de grande desenvolvimento jurídico–normativo ao nível multilateral, mas também regional e bilateral, contribuindo igualmente para a formação de uma relevante jurisprudência nacional, regional e internacional, sendo ainda de destacar os variadíssimos instrumentos de *soft law*, em que este campo do Direito tem oferecido fértil produção.

Destacam–se, naturalmente, as importantes Convenções Multilaterais quadro das Nações Unidas como as Convenções sobre a Diversidade Biológica (1992), as Convenção Quadro sobre as Alterações Climáticas (1992), a Convenção sobre o Combate à Desertificação (1994), o Protocolo de Quioto (1997) e o Acordo de Paris (2015).

Este enquadramento normativo e uma extensa jurisprudência tem permitido desenvolver princípios como o Princípio da Precaução, Poluidor–pagador, Responsabilidade objetiva por danos decorrentes de atividades não proibidas, não utilização do território nacional para causar danos transfronteiriços, avaliação de impactos ambientais transnacionais, etc.

Mas parece–nos que continuam a existir duas lacunas essenciais. A nível normativo, a conceptualização e o tratamento jurídico do ambiente como um bem comum (clima, oceanos, água, ar, biosfera) e respetiva consagração de obrigações *erga omnes*, com um regime de responsabilidade internacional mais adequado. E a nível institucional, a criação de instituições multilaterais mais eficazes, à semelhança do comércio e dos direitos humanos, reforçando p. e. o papel do PNUA e da própria ONU, no que toca ao plano da implementação.

Dadas essas lacunas, e também uma evidente simbiose em termos de objetivos globais e conexão, tem sido estabelecida uma ligação crescente entre ambiente e direitos humanos, uma vez que este se encontra dotado talvez de uma arquitetura mais robusta e passível de implementação concreta.

A Declaração de Estocolmo proclamou o direito fundamental à liberdade, à igualdade e às condições de vida adequadas, num ambiente de qualidade que permita uma vida de dignidade e bem–estar (Princípio 1).

A Declaração do Rio estabeleceu também, no seu Princípio 1, que os seres humanos estão no centro das preocupações do desenvolvimento sustentável e que têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

Há, assim, quem discuta até se o direito a um ambiente saudável não deverá ser visto como um direito humano de terceira geração, mas talvez se poderá começar por afirmar que os Estados têm a obrigação de proteger os direitos humanos de impactos decorrentes de danos ambientais.

A proteção do ambiente tornou–se uma parte vital da doutrina contemporânea dos direitos humanos, assim o afirmou o juizWeeramantry.[8]

Casos mais antigos, e sem sucesso em termos de resultado da queixa apresentada, como *EHP v. Canada*,[9]*Yanomami Indians v. Brazil*[10], ou mais recentemente e com um resultado positivo, *Oneryildiz v. Turkey*,[11] demonstram que a potencial degradação ambiental pode violar os direitos humanos. Essa potencial degradação pode resultar na privação de muitos direitos humanos, como o sejam o direito à saúde, o direito à vida, à vida familiar privada e familiar, à propriedade, entre outros, problema que se coloca também no âmbito das chamadas migrações ambientais.

Apesar de nenhum instrumento de *hard law* ter ainda codificado a conexão que se estabelece entre dano ambiental e violação de direitos humanos, alguns instrumentos de *soft law*[12]expressaram o potencial de tal relação.

Como referiu o relatório da Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos de 2009: "*While the universal human rights treaties do not refer to a specific right to a safe and healthy environment, the United Nations human rights treaty bodies all recognize the intrinsic link between the environment and the realization of a range of human rights, such as the right to life, to health, to food, to water, and to housing*."[13]

O reconhecimento da relação entre direitos humanos e ambiente poderia, assim, resumir–se a dois caminhos possíveis: ou se opta pela criação de um novo direito explícito a um ambiente saudável, seguro, ou se enfatiza a relação entre o ambiente e direitos já reconhecidos, como o direito à vida e à saúde.

---

[8] *Cf. Case Concerning the Gabcikovo–Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), Judgment of 25 September 1997, disponível em: http://www.icj–cij.org/files/case–related/92/092–19970925–JUD–01–00–EN.pdf.

[9] Queixa apresentada ao Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas (1982).

[10] Queixa apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1985).

[11] Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Acórdão de 30 de Novembro de 2004.

[12] *Cf*., p.e., "Draft Declaration of Principles on Human Rights and the Environment", disponível em http://hrlibrary.umn.edu/instree/1994–dec.htm.

[13] "Report of the OHCHR on the relationship between climate change and human rights", UN Doc. A/HRC/10/61, 15 January 2009, para. 18. Disponível em: https://documents–dds–ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/103/44/PDF/G0910344.pdf?OpenElement.

Verifica–se, no entanto, e por ora, uma maior tendência para um reconhecimento internacional da conexão entre a garantia dos direitos humanos e a preservação do ambiente, mais do que a opção pela inclusão de um direito humano específico ao ambiente[14].

Há, assim, uma vasta doutrina que sugere que os princípios de direitos humanos, assim como o direito à vida, à saúde e o direito ao desenvolvimento, não podem ser realizados na ausência de um direito a um ambiente saudável.

Fatma Ksentini, primeira Relatora Especial sobre Direitos Humanos e Ambiente da Subcomissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, foi pioneira em reconhecer o vínculo recíproco entre a proteção de direitos humanos e a proteção do ambiente, afirmando e enfatizando o quanto os severos danos ambientais podem violar direitos humanos e, ainda, que o reconhecimento e implementação de direitos ambientais procedimentais é crucial tanto para os direitos humanos como para a proteção ambiental. No seu relatório de 1994[15], concluiu que a degradação ambiental tem um efeito adverso na consagração de vários direitos humanos, assim como que as infrações aos direitos humanos potenciam a degradação ambiental, tal como reconheceu existir um fosso entre o Direito Ambiental Internacional e os direitos humanos.

Durante muito tempo o regime dos direitos humanos foi, assim, essencialmente omisso quanto ao ambiente e as alterações climáticas. Foi apenas em 2009 que se reconheceu oficialmente, através do Conselho de Direitos Humanos, que tais alterações comportam implicações quanto ao efetivo gozo dos direitos humanos[16].

Mas continua a ser controverso o papel dos direitos humanos na proteção ambiental, assim o atestam algumas críticas no sentido em que a ênfase dada a tais direitos tenderia a perpetuar valores e atitudes que estão na base da degradação ambiental.

No Conselho de Direitos Humanos, principal órgão das Nações Unidas nesta área, existe, desde 2012, um Perito Independente para o Ambiente. O Perito Independente, John Knox, cujo mandato (2012–2018) cessou, dando lugar ao sucessor David R. Boyd, respeitou às obrigações de direitos humanos relativas ao gozo de um ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável. Os seus primeiros relatórios[17] examinaram as boas práticas dos Estados, bem como as obrigações processuais (avaliação impacto; informação ao público; participação pública no processo de

[14] Apesar de algumas Constituições Nacionais terem optado pela inclusão desse direito específico, como a portuguesa (cf. Artigo 66º da Constituição da República Portuguesa).

[15] E/CN.4/Sub.2/1994/9.

[16] U.N Human Rights Council Res. 10/4, Human Rights and Climate Change, 10th session, Mar. 2–27, 2009. N. 53, A/64/53 at 29 (Mar 25, 200). Disponível em: https://documents–dds–ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/174/51/PDF/G0917451.pdf?OpenElement.

[17] *Cf.* p.e. A/HRC/25/53 (30 Dezembro 2013).

tomada de decisão; e acesso a tribunais e reparação) e substantivas (quadro jurídico apropriado no seu território; proteção quanto à ação dos atores privados) que promovem a proteção dos indivíduos face aos danos causados ao ambiente[18].

Foram também já adotadas várias Resoluções do Conselho de Direitos Humanos sobre as Alterações Climáticas,[19] em que este órgão: "*Reiterates its concern that climate change poses an immediate and far–reaching threat to people and communities around the world and has adverse implications for the full enjoyment of human rights*".

No seio do Conselho da Europa, os temas dos direitos humanos e do ambiente também têm estado cada vez mais interligados, apesar da Convenção Europeia dos Direitos Humanos não garantir um direito específico a um ambiente saudável. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante TEDH) tem examinado casos em que o gozo dos direitos humanos protegidos pela Convenção é afetado por fatores ambientais adversos. Por outro lado, também tem admitido uma restrição desses direitos, p. e. o direito de propriedade, em nome da proteção dos direitos dos membros da comunidade ao ambiente, como expresso no caso *Pine Valley Developments Limited and Ohters v. Ireland*[20]. O TEDH tem repetidamente reconhecido que o dano ambiental pode originar a privação de direitos humanos protegidos nos termos da CEDH, nomeadamente a privação do direito à vida (Art. 2º), à vida privada e familiar (Art. 8º) e do direito a uma reparação efetiva pela violação de direitos da CEDH (Art. 13º). O Tribunal tem entendido que o art. 8.º da referida Convenção se aplica ao caso de poluição ambiental severa que tenha a capacidade de afetar o bem–estar de indivíduos e que os impeça de gozar os seus direitos, como entendeu em *Taskin and others v. Turkey*[21].

Casoscomo*PowellandRagnerv.theUK*[22]e *López Ostra v. Spain*[23]demonstram que a potencial degradação ambiental viola os direitos humanos, isto é, que a poluição-ambiental pode ser considerada como uma interferêncian o exercíciod os direitos da

[18] Informação disponibilizada do mandato em: http://srenvironment.org/. *Vide*, em especial, o relatório relativo às questões das obrigações de direitos humanos relativas ao gozo de um ambiente seguro, limpo, saudável e seguro (UN. Doc. A/HRC/34/49), 19 de Janeiro de 2018, disponível em: https://undocs.org/A/HRC/34/49.

[19] A/HRC/RES/7/23 e A/HRC/RES/18/22.

[20] *Pine Valley Developments Limited and Others v. Ireland*, no. 12742/87, TEDH (negação de licença de construção com justificação no interesse geral no ambiente).

[21] *Taskin and Others v.* Turkey, no. 46117/99, TEDH, para. 113, p. 27.

[22] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Caso n.º9310/81:*Caseof Powelland Ragner v.United Kingdom*. Nestecaso,alegou–se que a poluição sonora gerada pelo tráfego aéreo de Heathrow violava o direito de privacidade nostermos do art.8.ºAo analisaro pedido dos requerentes, oTribunal aplico uo teste da ponderação às questões ambientais, pesando os interesses conflituantes.

[23] Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Cason.º16798/90:*LópezOstrav.Spain*. No caso Lopez Ostrao Tribunal pareceu tomar como garantida a inclusão das questões ambientais como parte integrante da CEDH.Vide§ 51.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Essa potencial degradação pode resultar na privação de muitos direitos humanos, como o seja o direito à intimidade da vida privada (art. 8.º CEDH) e o direito à vida (art. 2.º CEDH).

No caso*Öneryldiz v. Turkey*[24] o TEDH analisou se o Estado tema obrigação de informar o público sobre os potenciaisris cosambientais de correntes de fenómenosnaturais ou atividades humanas que possama fetar o direito à vida, protegida pelo Artigo2º da Convenção Europeia. OTribunal declarou que no contexto particular das atividades perigosas que são da responsabilidade do Estado, deve ser dada especial ênfase ao direito de informação do público. Trata–se do primeiro caso na jurisprudência do TEDH em que uma reivindicação nos termosdo direito à vida foi levada a cabono contexto industrial. Neste caso, o Estado tinha conhecimen todas emana ções degás potencialmente ameaçadoras de uma fábricade eliminação de resíduosa o lado das casasdoscandidatosenãoinformouaspessoaspotencialmente afetadasporesse risco.

Nos outros sistemas regionais de proteção dos direitos humanos como americano ou o africano, a situação é ainda mais interessante, uma vez que existem dois importantes instrumentos que reconhecem o direito ao ambiente. Veja–se o Artigo 24º da Carta Africana dos Direitos do Homem e o Artigo 11º do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos (designado de Protocolo de São Salvador).

Mais recentemente, o Tribunal Inter–Americano dos Direitos Humanos (doravante TIADH) emitiu um parecer sobre as obrigações dos Estados em relação ao ambiente no contexto da poluição e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal reconhecidos nos arts. 4.º e 5.º da Convenção Inter–Americana, em relação aos artigos. 1.º/1 e 2.º da mesma – isto é, tratou–se de um pedido de clarificação do escopo da responsabilidade ambiental nos termos da Convenção. Nesse Parecer,[25] o Tribunal reconheceu a existência de uma relação irrefutável entre a proteção do ambiente e a realização de direitos humanos na medida em que a degradação ambiental afeta o efetivo gozo de outros direitos humanos. Reconheceu a existência de uma relação irrefutável entre a proteção do ambiente e a realização de direitos humanos na medida em que a degradação ambiental afeta o efetivo gozo de outros direitos humanos. O TIADH perspetivou assim o Direito ao meio ambiente saudável como um direito com feições individuais (a sua violação pode causar repercussões

[24] *Cf.* TribunalEuropeudosDireitosdoHomem,Cason.º48939/99:*Öneryldizv. Turkey*;entreÖneryldiz eaTurquia. Ocorreu, no caso em desta que, uma explosão de metano cujos resíduos que entraram em erupção dapilha delixoengoliram mais de dez casas situadas abaixo, incluindo a que pertenciaa o requerente. Estevem denunciar a falta de medidas para evitar uma explosão, apesar de um relatório de peritos chamar a atenção das autorida des para a necessidadepreventiva,umavezquenãoeraimprovávelumaexplosão.

[25] Parecer 23 Tribunal Inter–Americano (*Advisory Opinion* OC– 23/17 of November 15, 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm? lang=es>

individuais devido à sua relação com outros direitos – direito à vida, saúde, entre outros) e coletivas (na medida em que constitui um valor universal que é devido às gerações presentes e futuras). Tal direito – enquanto direito autónomo – difere do conteúdo ambiental que deriva da proteção de outros direitos humanos. De entre os direitos humanos, há direitos mais suscetíveis à degradação ambiental (como os chamados *direitos substantivos* – direito à vida, direito à integridade pessoal) que outros (estes últimos são chamados de *direitos procedimentais*, neles se encontrando direitos como à informação ou à participação na tomada de decisões).

Quanto ao sistema africano, no caso*TheOgoni People Case between SERAC (Social and Economic Right Action Center) vs. Nigerian Government*, apesar de a Carta Africana não assegurar claramente uma componente procedimental ao direito ao ambiente, a Comissão Africana dos Direitos Humanos definiu–a na decisão concernente ao Caso *The Ogoni People*: o acesso à informação é vital. Tal componente processual requer que o governo permita a participação do público na decisão proposta que possa afetar a Comunidade, assim como o acesso à justiça. Também na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos se reconheceu um escopo alargado ao direito à vida (digna)[26]. No entanto, em face da inclusão de um autónomo direito ao meio ambiente saudável, as reivindicações ligadas à vida e saúde do indivíduo relacionadas ao ambiente tendem a ser fundamentadas naquele direito, e não no direito à vida.

Em Março de 1996, a Comissão recebeu uma comunicação contra a Nigéria alegando a violação do direito a um ambiente satisfatório – entre outras alegações –, direito presente na Carta Africana. A comunicação alegou que o Governo Nigeriano, através do seu envolvimento na exploração do Nigeria Delti, contribuiu diretamente e indiretamente para a violação dos direitos do povo Ogoni. Esta comunicação foi a primeira vez em que a Comissão proclamou o significado do Artigo 24º da Carta.A Comissão assentou que o Artigo 24º da Carta reconhece a importância de um ambiente seguro e saudável. Entendeu que o ambiente da Niger Delta sofreu uma degradação como resultado da poluição e que o efeito da degradação ambiental afecta a satisfação do direito a um ambiente saudável. O governo Nigeriano violou tal direito: a Comissão veio afirmar que o Governo Nigeriano deve abster–se de interferir no gozo do direito a um meio ambiente saudável. A atividade da companhia nacional de petróleo da Nigéria causou degradação ambiental e problemas de saúde à população de Ogoni, o que resultou na contaminação do ambiente. O Governo Nigeriano falhou na proteção da população contra outros atores (terceiros), nomeadamente na legislação e não adoptando remédios efetivos. A Comissão entendeu que o Governo Nigeriano não monitorizou as operações das companhias de

[26] Comentário Geral n.º3, Comissão Africana, p. 7, § 3. A dignidade da vida humana, da qual decorre o escopo alargado direito à vida na Carta Africana, decorre da interpretação conjunta do art. 4.º (direito à vida) com o art. 5.º.

gás nem requereu medidas seguras. O Governo Nigeriano esteve, assim, ativamente envolvido na poluição, na contaminação de ambiente, o que resultou em problemas de saúde para o povo Ogoni. Além disso, o Governo Nigeriano falhou na regulação, na monotorização e na investigação de comportamentos das companhias de gás em Ogoniland. O governo também falhou em providenciar que a Comunidade fosse informada. Além disso, o Governo falhou na produção de estudos sobre o impacto na saúde e no ambiente.

No caso do sistema interamericano, destacam–se os casos *EHP v. Canada*, *Yanomami Indians v. Brazil*, e sobretudo o caso *Inuit*, que foi o primeiro caso em que se tentou estabelecer uma ligação clara entre as alterações climáticas e os seus causadores e as violações de direitos humanos.

No caso *Inuit*, de 2005, Sheila Watt–Cloutier apresentou uma petição (com o apoio da *Inuit Circumpolar Conference*) à Comissão Interamericana de Direitos Humanos alegando violações de direitos humanos resultantes dos impactos das alterações climáticas causadas por atos e omissões dos Estados Unidos. Foi alegada a violação dos direitos à vida e à saúde dos Inuit, entre outros (como o da habitação e de movimentação). A peticionária solicitou, em seu nome e em nome de mais sessenta e dois indivíduos Inuit (membros indígenas que habitam nas regiões árticas do Canadá, do Alasca e da Gronelândia), à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que recomendasse aos Estados Unidos que adotassem medidas obrigatórias para limitar as emissões de gases de efeito estufa, que considerassem os impactos das emissões de gases com efeito de estufa no Ártico na avaliação de todas as principais ações governamentais, que estabelecessem e implementassem um plano para proteger a cultura e recursos daquele povo e prestassem a assistência necessária para que os Inuit se adaptem aos impactos das mudanças climáticas que não podem ser evitadas. De facto, como foi frisado na petição, os impactos das alterações climáticas assumem proporções severas na região do Ártico, pelo que a petição considerava que os Estados Unidos se encontravam obrigados a proteger os direitos dos povos residentes no Ártico, assim como estariam vinculados a uma obrigação de não causar danos ambientais transfronteiriços.

Esta petição foi negada, uma vez que a Comissão considerou que não tinha autoridade para compelir os Estados Unidos a restringir as suas emissões de gases de efeito estufa ou compensar os Inuit. Contudo, contribuiu sem dúvida para aumentar a consciencialização pública sobre os efeitos prejudiciais do clima, alertando assim os atores globais na sua responsabilidade potencial para o aquecimento global.

Mas como se reflete esta abordagem de direitos humanos às questões ambientais no caso mais específico das alterações climáticas?

V. Um desafio para o Século XXI: as Alterações Climáticas e os Direitos Humanos

1. O impacto das alterações climáticas no gozo dos direitos humanos

Os direitos humanos são, nas relações internacionais, ameaçados e postos em causa por diversos fenómenos. Tradicionalmente, esses fenómenos relacionam–se com o comportamento direto dos Estados, através de ditaduras e sistemas internos repressivos dos direitos humanos, ou de conflitos armados internacionais ou internos que, naturalmente, prejudicam o gozo pleno dos direitos humanos.

Contudo, os direitos humanos são hoje confrontados com novos desafios, que vão para além das ameaças mais ou menos tradicionais como a guerra, o terrorismo ou as ditaduras.

O fenómeno global das alterações climáticas está – com o potencial de se vir a agravar – a colocar em causa os direitos humanos. Esta ameaça tem uma dimensão moral e ética de certa forma inovadora, uma vez que possui contornos indiretos, onde a ligação entre o comportamento do Estado e a violação dos direitos humanos é menos nítida e onde as pessoas mais vulneráveis às alterações climáticas se encontram normalmente em países que menos contribuíram para essas alterações climáticas.

Na verdade, o impacto negativo das alterações climáticas parece ser desproporcionalmente suportado por pessoas e comunidades já em situações desvantajosas devido à geografia, pobreza, género, idade, incapacidade, historial ético e/ou cultural, afetando principalmente direitos económicos, sociais e culturais, os direitos dos migrantes, a proteção de direitos durante conflitos, etc.

Como assinalou Mary Robinson: "*Aqueles que estão a sofrer mais não conduzem carros, não têm eletricidade, não consomem desproporcionalmente*."

Assim, o Secretário–Geral das Nações Unidas, António Guterres, tem afirmado repetidamente "*climate change is the defining threat of our time*".

Numa carta de Novembro de 2017 intitulada "*World Scientists' warning to Humanity: A second notice*", mais de 15.000 cientistas de 184 países reiteraram um chamada de atenção alarmante para a rápida evolução das ameaças ambientais, incluindo as alterações climáticas. As consequências surgem em todos os planos: político, segurança, jurídico, económico, ambiente, migrações, direitos humanos, saúde, tecnologia, etc.

As soluções estão a ser procuradas numa corrida contra o tempo, com o Acordo de Paris de 2015 no epicentro: diminuição das emissões, adaptação às alterações

climáticas, programas de financiamento e parcerias, e uma busca contínua de liderança ("*leadership*") nesta temática. Estas soluções têm de ser necessariamente globais, mas perspetivam–se igualmente a nível regional e nacional.

As alterações climáticas são um tópico de grande atualidade nas relações internacionais e de impacto global, em relação ao qual nem sempre se contempla a sua dimensão de impacto no gozo dos direitos humanos. No entanto, ela é real, sobretudo no que toca a várias direitos humanos universalmente reconhecidos como o direito à vida, alimentação, água, saúde ou habitação condigna. As consequências das condições climatéricas extremas causadas pelas alterações climáticas, como a seca e desertificação, as cheias, os furações ou a subida do nível do mar, são já visíveis de uma forma regular e em diversas partes do mundo.

Uma abordagem de direitos humanos deverá levar a que se examinem também os efeitos das alterações climáticas sobre os direitos humanos das populações mais afetadas e que se integrem os direitos humanos nas políticas ambientais de combate e adaptação às alterações climáticas.

O Acordo de Paris de 2015 é, como já se disse, o primeiro acordo internacional em matéria de alterações climáticas a conter uma menção aos direitos humanos, reconhecendo que as alterações climáticas são uma preocupação comum a toda a humanidade e referindo no seu preâmbulo que os Estados Partes devem: "*when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights, the right to health, the rights of indigenous peoples, local communities, migrants, children, persons with disabilities and people in vulnerable situations and the right to development, as well as gender equality, empowerment of women and intergenerational equity*".

A potencial degradação do ambiente causada pelas alterações climáticas pode resultar na privação em massa de muitos direitos humanos, como sejam o direito à saúde, o direito à vida, alimentação, água, vida familiar, propriedade, etc., e resultar naquilo que podemos designar por "migrações ambientais", não existindo ainda hoje a categoria de "refugiados ambientais" protegidos por convenções internacionais de direitos humanos.

Tabela 1[27]

Climate Impact	Human Impact	Rights Implicated
Sea Level Rise • Flooding • Sea Surges • Erosion • Salination of land and water	• Loss of land • Drowning, injury • Lack of clean water, disease • Damage to coastal infrastructure, homes, and property • Loss of agricultural lands • Threat to tourism, lost beaches	• Self-determination [ICCPR;ICESCR,1] • Life [ICCPR, 6] • Health [ICESCR, 12] • Water [CEDAW,14; ICRC 24] • Means of subsistence [ICESCR,1] • Standard of living [ICESCR, 12] • Adequate housing [ICESCR,12] • Culture [ICCPR, 27] • Property [UDHR,17]
Temperature Increase • Change in disease vectors • Coral bleaching • Impact on Fisheries	• Spread of disease • Changes in traditional fishing livelihood and commercial fishing • Threat to tourism, lost coral and fish diversity	• Life [ICCPR, 6] • Health [ICESCR, 12] • Means of subsistence [ICESCR, 1] • Adequate standard of living [ICESCR, 12]
Extreme Weather Events • Higher intensity storms • Sea Surges	• Dislocation of populations • Contamination of water supply • Damage to infrastructure: delays in medical treatment, food crisis • Psychological distress • Increased transmission of disease • Damage to agricultural lands • Disruption of educational services • Damage to tourism sector • Massive property damage	• Life [ICCPR,6] • Health [ICESCR,12] • Water [CEDAW,14; ICRC 24] • Means of subsistence [ICESCR,1] • Adequate standard of living [ICESCR, 12] • Adequate and secure housing [ICESCR,12] • Education [ICESCR,13] • Property [UDHR,17]
Changes in Precipitation • Change in disease vectors • Erosion	• Outbreak of disease • Depletion of agricultural soils	• Life [ICCPR,6] • Health [ICESCR,12] • Means of subsistence [ICESCR,1]

UDHR = Universal Declaration of Human Rights; ICCPR = International Covenant on Civil and Political Rights; ICESCR = International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; CEDAW = Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; ICRC = Convention on the Rights of the Child.

As alterações climáticas não destroem a vida *per se*, mas sim os *habitats* humanos, as bases da agricultura. Com o aumento da temperatura, a água escasseia, as plantas secam e o pasto morre. Em consequência, a morte será causada pelas alterações climáticas, alterações essas que são geradas, por sua vez, pela atividade humana. Tal significa que tais atividades representam violações ativas do direito à vida e à integridade física. O direito à vida[28] é conectado e dependente da própria proteção do ambiente humano porque "*like no other, may be directly and dangerously threatened by detrimental environmental measures. The right to life and quality of life depend directly on positive and negative environmental conditions*."[29] Os

[27] "Climate Change & Human Rights: A Primer", *The Centre For International Environmental Law.* Disponível em: Disponível em: http://www.ciel.org/Publications/CC_HRE_23May11.pdf

[28] ECHR (Art.2.º), IACHR (Art.4.º) and ACHR (Art. 4.º)

[29] Report of Special Rapporteur on Human Rights and the Environment, Report by Special Rapporteur Mrs. Fatma Zohra Ksentini on Human Rights and the Environment, UNESCO E/CN.4/Sub.2/1994/9, para. 174.

Estados têm a obrigação de proteger a vida dos seus cidadãos e de quaisquer indivíduos que se encontrem nos limites das fronteiras territoriais de cada Estado. Há, assim, o dever do Estado de proteger ativamente as pessoas contra quaisquer atividades humanas que possam ter impacto no direito à vida.

O direito à saúde também é violado na medida em que as mortes ocorridas são também causa de falta de saúde quando as consequências das atividades humanas atingem um nível sério de perigo. O art. 12.º do PIDESC aplica–se, assim, aos problemas gerados pelas alterações climáticas; são disso exemplo os Comentários gerais n.º 14 e n.º 15[30] nos quais se indica que o ambiente é considerado como um fator significativo para se alcançar um adequado nível de saúde, e que os problemas ambientais como a poluição são barreiras para o gozo pleno do direito à saúde. O direito à saúde não significa que se tem o direito a ser saudável, mas apenas que se deve ter acesso às oportunidades de gozo do mais alto *standard* de saúde.

A outra esfera afetada é o gozo do direito de propriedade. A subida do nível das águas do mar, por exemplo, causa a submersão da terra, destruindo as habitações e outras estruturas costeiras, assim como a desertificação causada por altas temperaturas torna a terra sem uso.

Ao mesmo tempo, as políticas de luta contra as alterações climáticas também devem, como diz o Acordo de Paris, ter em conta os direitos humanos a fim de minorar os seus impactos.

Durante muito tempo, o discurso sobre os direitos humanos foi omisso quanto à questão das alterações climáticas. Porém, tal começou a mudar quando, há cerca de dez anos, o Conselho de Direitos Humanos da ONU começou a reconhecer sistematicamente nas suas resoluções, que as alterações climáticas comportam implicações quanto efectivo gozo dos direitos humanos: "*climate change poses an immediate threat to people and communities around the world, a threat moreover with far–reaching implications for the full enjoyment of human rights*."

Estas resoluções, sendo a primeira a Resolução 10/4 (2009), do Conselho de Direitos Humanos surgem na sequência de o impacto das alterações climáticas sobre os direitos humanos ter sido sublinhado num estudo pedido pelo Conselho ao Alto Comissariado para os Direitos Humanos,[31] na sequência da Declaração de Malé sobre a Dimensão Humana das Alterações Climáticas de 14 de Novembro de 2007.

[30] *Vid.* Comentário geral n.º 14. Vide o Relatório sobre as obrigações estatais relacionadas com o meio ambiente saudável (UN doc. A/HRC/31/52, disponível em: https://undocs.org/A/HRC/31/52) que procede à interpretação dos artigos 11.º (direito a um nível de vida suficiente) e 12.º do PIDESC de modo a incluir acesso suficiente e seguro a água para uso doméstico e sanitário, e também cobre a prevenção e redução da exposição a substâncias danosas como radiação e químicos e condições ambientais degradantes que têm um impacto negativo na saúde humana

[31] UNHRC, 2008

Concluiu–se que as alterações climáticas representam ameaças a direitos como os direitos à vida, alimentação e à água:

> "*Noting that climate change–related impacts have a range of implications, both direct and indirect, for the effective enjoyment of human rights including, inter alia, the right to life, the right to adequate food, the right to the highest attainable standard of health, the right to adequate housing, the right to self–determination and human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, and recalling that in no case may a people be deprived of its own means of subsistence.*"[32]

Porém, apesar de as alterações climáticas terem implicações óbvias quanto ao gozo dos direitos humanos, não será tão evidente determinar em que sentido tais implicações podem ser qualificadas como violações de direitos humanos em sentido estrito.

Por outro lado, a multiplicidade de causas da degradação ambiental e a dificuldade em relacionar efeitos específicos a emissões oriundas de países específicos torna problemática a atribuição de responsabilidade a qualquer Estado.

Para promover uma reflexão mais ampla e profunda sobre estes temas, em 2012 o Conselho de Direitos Humanos nomeou[33], como dito anteriormente, um perito independente, John Knox, para avaliar as questões de direitos humanos referentes a um ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável. Posteriormente, em 2015, Knox tornou–se Relator Especial sobre os direitos humanos e o ambiente.

O trabalho do Relator Especial,[34] os debates e as várias resoluções do Conselho de Direitos Humanos desde 2009, têm ajudado a clarificar os impactos adversos que as alterações climáticas causam num leque considerável de direitos humanos.

Porém, a questão da atribuição da responsabilidade por esses impactos adversos subsiste como a questão mais controvertida.

2. A atribuição da responsabilidade pelo impacto das alterações climáticas no gozo dos direitos humanos aos Estados e empresas

O maior desafio é, contudo, o da responsabilização pelas violações de direitos humanos causadas em virtude das alterações climáticas: Que Estados? As Empresas? Os direitos humanos de que cidadãos? Pois trata–se de um fenómeno novo das relações internacionais e que não passa por uma relação vertical e direta entre o Estado e os seus nacionais, mas sim por uma relação indireta e difusa entre a soberania, a atividade industrial e empresarial e a comunidade internacional como um todo, bem como as populações especialmente afetadas.

---

[32] A/HRC/10/L.11, p. 15.

[33] Pela Resolução 19/10 (2012).

[34] *Cf.*, entre outros, o seu relatório de 2016 (A/HRC/31/52).

A intenção original da importação do Direito Internacional dos Direitos Humanos para a discussão das alterações climáticas foi tornar responsáveis os maiores emissores pelos danos que estavam a causar. Tal conclusão poderá retirar–se de casos como a petição *Inuit*, já acima referida.

Efetivamente, os danos transfronteiriços associados às alterações climáticas, isto é, os danos factualmente originados fora dos limites territoriais de um Estado, não encaixam no regime internacional clássico segundo o qual um Estado ratifica um tratado de Direitos Humanos, ficando vinculado ao respeito desses mesmos direitos dos cidadãos através de leis congruentes com o Tratado.

Trata–se classicamente de uma jurisdição vertical e sob a égide de uma leitura tradicional dos Direitos Humanos, os Estados emissores não terão obrigação de proteger os direitos humanos dos cidadãos de outros territórios porque não estão vinculados a obrigações extraterritoriais.

John Knox tem defendido, assim, que os direitos inseridos em Convenções Internacionais (como o PIDCP ou o PIDESC) devem ser delineados de uma forma diagonal ao invés de vertical:[35] um Estado–parte numa dessas Convenções deve respeitar os direitos daqueles que estão sob seu "controlo efetivo." Veja–se o caso do PIDESC no qual as obrigações dos Estados se estendem a todos os atos que sejam efeito de uma conduta estatal (impõe–se, assim, obrigações extraterritoriais). Também mais recentemente no Parecer 23, o TIADH esclareceu o escopo extraterritorial da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (artigo 1.º, n.º 1) no contexto do cumprimento de obrigações ambientais.

Posto isto, é de notar a fragilidade dos mecanismos de aplicação, relativos a direitos humanos, no Direito Internacional, devido à complexidade na identificação das responsabilidades locais e extraterritoriais e na demonstração de nexo causal entre o dano ambiental e o seu impacto na vida e saúde humana.

Além disso, como bem expresso por Stephen Humphreys, podem entrar em conflitos direitos humanos diversos, isto porque os direitos humanos protegem não somente os prejudicados pelas consequências das mudanças climáticas, mormente os atores económicos que, titulares de direitos – como o de propriedade e o de gozo pacífico dos seus bens – podem invocá–los para reduzir a ação das alterações climáticas. Quanto ao direito de propriedade em particular, deve reconhecer–se que "the right to property has been given a broad interpretation by international tribunals and could be asserted by those who have been licensed to act in ways that harm the environment."[36]

---

[35] J. Knox, "Climate Change and Human Rights Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, nº 1 (2009), p. 201.

[36] S. Humphreys, "Climate Change and Human Rights", in: M. Grodin, D. Tarantola, G. Annas e S. Gruskin (eds.), *Health and Human Rights in a Changing World*, Routeledge (2013), 501–513, p. 504.

O desafio da "justiça ambiental" ou "justiça climática" é, assim, um dos maiores desafios éticos da atualidade no que toca aos direitos humanos e relações internacionais.

O princípio da responsabilidade comum mas diferenciada ("*common but differentiated responsibilities*") é um princípio do direito internacional do ambiente que estabelece que todos os Estados são responsáveis por lidar com a destruição ambiental global, mas não são todos igualmente responsáveis. O princípio visa equilibrar, por um lado, a necessidade de todos os Estados se responsabilizarem pelos problemas ambientais globais e, por outro, a necessidade de reconhecer as grandes diferenças entre os níveis de desenvolvimento económico entre os Estados que, por sua vez, estão relacionadas com a contribuição dos Estados para os problemas ambientais e também com a sua capacidade para os resolver.

O princípio da responsabilidade comum mas diferenciada foi reconhecido inicialmente na Declaração do Rio de 1992 sobre Ambiente e Desenvolvimento e tem sido reiterado em vários outros instrumentos internacionais, mais recentemente no Acordo de Paris sobre as Alterações Climáticas de 2015.

Trata–se de um compromisso entre as posições dos países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento no que toca à proteção ambiental e, do ponto de vista ético, consiste numa expressão do Princípio da Equidade nas relações internacionais, ao reconhecer que os países desenvolvidos contribuíram mais ao longo do tempo para a degradação ambiente e, por isso, devem assumir uma maior quota–parte na responsabilidade.

Porém, este princípio tem sido contestado por alguns países desenvolvidos, incluindo os Estados Unidos, o que tem dificultado a sua aplicação prática. Por outro lado, no que toca à relação entre as alterações climáticas e os direitos humanos, também não oferece uma ligação direta entre comportamento e violação, não contribuindo plenamente para a sua proteção.

Não pode ser deixado de ter em conta um dos grandes fins a ser obtido com uma abordagem sobre as alterações climáticas focada nos direitos humanos: a responsabilidade ou *accountability*.

O sistema de proteção internacional, regional e nacional de direitos humanos continua essencialmente baseado no paradigma clássico da relação direta entre o Estado e os seus cidadãos, revelando dificuldades na ligação entre a proteção de interesses coletivos ou difusos, como é a proteção do ambiente global, e a violação de direitos humanos de indivíduos e grupos em concreto.

Contudo, os impactos negativos causados por alterações climáticas são globais, contemporâneos e sujeitos a um crescimento exponencial tendo em conta as alterações que se têm vindo a registar. Este fenómeno requer uma resposta global baseada em direitos. Há, pois, que acentuar–se as obrigações essenciais e as

responsabilidades dos Estados e outros portadores de deveres, como as empresas que operam em indústrias que contribuem para a emissão de gases estufa, e as suas implicações relativamente a alterações climáticas[37].

Nos últimos anos, tem–se desenvolvido, sobretudo em termos de *soft law* uma forte ligação entre as empresas e a necessidade de as mesmas respeitarem os direitos humanos. O principal documento na matéria são os *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*,[38] também desenvolvidos no quadro do Conselho de Direitos Humanos.

Neste documento, confirma–se a responsabilidade dos Estados em prevenirem que as empresas violem os direitos humanos, mas estabelece–se também um *standard* de conduta das referidas empresas face aos direitos humanos. No entanto, tal não equivale estritamente a uma possibilidade de responsabilização por violação de normas internacionais, mas apenas da legislação interna aplicável.

Apesar disso, o *standard* de conduta é no sentido de uma expectativa de que as empresas devem pautar a sua conduta pelo respeito dos direitos humanos universalmente reconhecidos. Em termos operacionais, as empresas deverão também praticar a "*due diligence*", identificando, prevenindo e mitigando o impacto adverso das suas atividades nos direitos humanos (*cf*. Princípio 17 dos *UN Guiding Principles)*.

Para além dos casos já referidos que tramitaram em sede das instituições regionais de proteção de direitos humanos, começa a assistir–se a alguma litigância em matéria de alterações climáticas, incluindo no que toca a violação de direitos humanos, mas não apenas, alguma dessa litigância em tribunais nacionais contra Estados e, noutros casos, também contra empresas[39].

É interessante notar alguns desenvolvimentos recentes, cujas decisões se encontram ainda pendentes, nesta matéria em tribunais nacionais, como na Colômbia ou Paquistão, em que o Estado ou entidades públicas, como o Ministério do Ambiente, foram demandadas em temas relacionados com o ambiente e alterações climáticas.

No caso *Ali v. Federation of Pakistan*, de2016, que corre no Supremo Tribunal de Lahore, Rabab Ali, uma criança de 7 anos que vive em Karachi, é o peticionário da ação (representada pelo seu pai). Em causa estão uma série de ações e omissões por parte do governo federal do Paquistão, assim como por parte da província de Sindh (aonde se localiza Karachi). Alega–se, na petição, a violação de direitos fundamentais protegidos pela Constituição em relação à atmosfera, ao clima do Paquistão e aos direitos relacionados com a degradação ambiental expectável como resultado da queima de carvão de modo a gerar–se eletricidade. Afirma que através da

[37] *Cf*. OHCHR's Key Messages on Human Rights and Climate Change.

[38] http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

[39] Sobre estes casos, encontra–se disponível uma importante base de dados da *Columbia Law School* em http://climatecasechart.com.

exploração e promoção contínua dos combustíveis fósseis, em particular o carvão, os governos do Paquistão e do Sindh violaram a Doutrina da Confiança Pública e os direitos fundamentais das gerações mais novas à vida, à liberdade, à propriedade, à dignidade humana, à informação e à proteção igual perante a lei. O foco principal é a aprovação de um plano para desenvolver campos de carvão localizados na região do deserto de Thar. Espera–se que o desenvolvimento aumente a produção de carvão paquistanesa de 4,5 para 60 milhões de toneladas por ano, com um aumento proporcional das emissões de gases de efeito estufa (aumento significativo das emissões de CO2) como efeito da exploração massiva daquele combustível. Também é esperado o deslocamento dos residentes dessa região e a degradação ambiental, quer diretamente (através de impactos na qualidade da água), quer indiretamente (através de impactos da qualidade do ar da combustão do carvão).

No caso *Future Generations v. Ministry of the Environment and Others,* de 2018, perante o Supremo Tribunal de Bogotá, vinte cinco demandantes apresentaram uma queixa contra vários órgãos do governo da Colômbia, municípios desse país e algumas empresas para fazer valer os direitos em causa. Alegam que as omissões das autoridades competentes para com o dever de proteger o ambiente, permitindo o aumento da taxa de desflorestação, incumpriram o direito dos autores em gozarem de um meio ambiente saudável. Estão também em causa outros direitos: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à água. Fazem ainda referência às implicações nas gerações futuras que sofrerão com os efeitos das alterações climáticas no país (aplicação do Princípio da Equidade Intergeracional). Os Autores alegam que as alterações climáticas, assim como a falha do governo na redução da desflorestação e na garantia do cumprimento do objectivo de não desflorestação na Amazónia Colombiana até 2020 (previsto no Plano Nacional de Desenvolvimento 2014–2018) são claras ameaças daqueles direitos fundamentais, solicitando assim a prescrição de medidas de proteção (correspondentes a critérios de oportunidade e eficiência). Está aqui em causa a efetividade do direito ambiente saudável que alegadamente é ameaçado pelas alterações climáticas e pela desflorestação (desflorestação essa que tem efeitos negativos no solo da região assim como no ecossistema de todo o país).

Um outro caso interessante está ainda pendente nos tribunais holandeses – *Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands* (District Court of the Hague, 2015) – em que uma ONG solicita uma decisão declarativa no sentido de que o não cumprimento dos objectivos de redução de emissões de gases constituiria uma violação de direitos humanos.

Por outro lado, deram recentemente entrada em tribunais americanos ações de cidades contra grandes empresas petrolíferas, pedindo indemnizações em virtude dos elevados custos de obras e infraestruturas para fazer face aos efeitos das alterações climáticas.

Assim, no caso *People of State of California v BP p.I.c (Oakland)* e *People of State of California v. BP p.l.c. (San Francisco)* (2017), que corre perante o *Superior Court of the State of California, County of san Francisco* e no *Superior Court* of *The State of California, County of Alameda*, o povo de S. Francisco e o povo de Oakland estão a tentar processarar cinco empresas de combustível fóssil (BP, Chevron Corporation, ConocoPhillips, Exxom Mobil, Royal Dutch Shell). Trata–se de *public nuisanceactions* contra essas empresas de combustíveis fósseis. Alega–se que os réus produziram e promoveram quantidades massivas de combustíveis fósseis, apesar de saberem que as emissões desses combustíveis produzem impactos severos e catastróficos de mudança de clima e consequentemente um risco catastrófico para os seres humanos e para a propriedade, pública e privada. São Francisco já sofre e continuará a sofrer os impactos da elevação acelerada do nível do mar. A cidade pede a condenação dos réus no financiamento de um programa de adaptação climática para a construção de muralhas marítimas e outras infraestruturas necessárias para proteger a propriedade pública e privada da elevação do nível do mar e outros impactos do clima. Oakland exige o financiamento de um programa de adaptação climática, com o mesmo fundamento, visando a implementação das necessárias infraestruturas. Em causa estão a *State–law nuisance* e a *cláusula desupremacia,* a segunda do artigo VI da Constituição Americana

No caso *City of New York vs BP Plc et al* (2018), que corre no US District Court for Manhattan, a cidade de Nova Iorque intentou uma ação contra cinco empresas de combustíveis fósseis, alegando que, com a sua conduta, contribuíram de forma continuada e decisiva para o aquecimento global. As rés são as seguintes: BP, Chevron, ConocoPhillips, Exxon Mobil e Royal Dutch Shell. Bill de Blasio, presidente da Câmara de Nova Iorque, disse que a cidade quer recuperar mil milhões de dólares na sequência deste processo, montante já gasto na sequência dos danos provocados pelas mudanças climáticas, e tendo em vista o financiamento de infraestruturas físicas, como proteções costeiras e esgotos. Argumentou que as rés produziram, comercializaram e venderam enormes quantidades de combustíveis fósseis, sabendo que o uso de tais combustíveis é causador do efeito estufa, pela emissão de gases que se acumulam e permanecem na atmosfera, causando danos graves. Alegou também que as rés, visando o lucro, deliberadamente se envolveram numa campanha de negação e descredibilização acerca do aquecimento global e seus impactos, tal como encetaram uma campanha de décadas que visou maximizar a dependência contínua dos seus produtos. Tais danos, no caso concreto, traduzem–se em intensas ondas de calor/secas severas, precipitação extrema e subida do nível do mar. Pede–se, na ação, indemnizações compensatórias pelos custos suportados pela cidade de Nova Iorque no tratamento de infraestruturas e noutros bens, para proteger a saúde pública, a segurança e os bens da cidade e dos moradores/vítimas, e referem–se também os custos em que a cidade continuará a

incorrer para proteger as pessoas contra os impactos das alterações climáticas. Para o efeito apresenta–se prova documental. Por outro lado, defende–se que a cidade sofreu danos e prejuízos, para além da comunidade em geral, o que coloca diversas questões, designadamente a questão dos danos no meio ambiente como prejuízo ecológico puro; tal noção de prejuízo ambiental puro, fruto do impulso de uma ética ecológica, coloca dificuldades, por não ser consensual. O dano ecológico puro ou *per se* é o que afecta o meio natural, quer dizer, *res nullius* e *res communis*. Pioneiros nesta abordagem, os EUA contam com dois instrumentos: o CERCLA (1980) e o Oil Pollution Act (OPA) de 1990, sendo notório que as ações de *public nuisance* fazem antever o futuro reconhecimento público de um direito ao ambiente. Nova Iorque prevê alienar capitais dos seus fundos de pensão investidos em empresas de combustíveis fósseis.

Numa queixa também recente apresentada, em 2016, perante a Comissão Nacional de Direitos Humanos das Filipinas, que já se declarou competente e o caso admissível, um conjunto de indivíduos e ONGs alegam que as chamadas "Carbon Majors"[40] (i.e. 47 principais empresas multinacionais petrolíferas, gás, carvão e cimento) são responsáveis por violações ou ameaças de violações de direitos humanos em virtude dos impactos resultantes das alterações climáticas. Em particular, alegam que as emissões das empresas petrolíferas são uma causa imediata dos efeitos negativos das alterações climáticas e, por essa razão, as empresas em questão podem ser responsabilizadas pelos danos causados, por exemplo, por vários furacões que causaram imensa destruição nas Filipinas. A decisão, apesar de não provir de um órgão judicial, terá um impacto considerável quanto à possibilidade de responsabilizar empresas por violações de direitos humanos decorrentes dos impactos adversos das alterações climáticas.

Mas para além desta complexa questão jurídica da atribuição da responsabilidade pelo impacto das alterações climáticas no gozo dos direitos humanos aos Estados e empresas, existe outra que tem marcado as discussões nesta matéria, que é a de saber se as pessoas afetadas pelos efeitos adversos das alterações climáticas poderão beneficiar de um estatuto de refugiados ambientais ou climáticos.

3. Existirão refugiados "ambientais" ou "climáticos"?

Refugiados climáticos ou ambientais são pessoas forçadas a emigrar da sua terra natal em função de mudanças no meio ambiente. Algumas das causas de migrações motivadas pelo clima são a desertificação, a subida do nível do mar, secas e eventos climáticos sazonais, como as monções. Existe uma correlação estatisticamente

[40] http://www.greenpeace.org/seasia/ph/PageFiles/735291/Petitioners–and–Annexes/CC–HR–Petition.pdf.

significativa entre migrações e a degradação ambiental, incluindo mudanças climáticas, mesmo tendo em conta outras causas de migração.

Segundo o Relatório Mundial de Desastres de 2001 (World Disasters Report 2001), publicado pela Federação Internacional da Cruz Vermelha, mais pessoas são forçadas a abandonar suas casas graças a desastres ambientais do que guerras. Estima–se que, aproximadamente, 25 milhões de pessoas poderiam ser consideradas, atualmente, refugiados ambientais.

O problema é especialmente sentido nas zonas costeiras e em ilhas. Os habitantes das ilhas Carteret, na Papua–Nova Guiné, evacuaram o arquipélago como resultado da subida do nível do mar, em 2002, atribuída ao aquecimento global. Estiveram entre os primeiros refugiados das mudanças climáticas atribuídas ao aquecimento global. Outros habitantes de regiões de baixa elevação também estão sob risco. Tuvalu, Kiribati e as Maldivas são regiões vulneráveis às elevações no nível do mar e à mudança das marés.

Outras regiões onde houve registo de refugiados climáticos recentemente são: África, onde cerca de 10 milhões de pessoas migraram, no curso das duas últimas décadas, fugindo dos efeitos da desertificação e da degradação ambiental; a ilha de Bhola, no Bangladesh, onde a subida do nível do mar deixou 500.000 deslocados desde 1995; e a vila de Shishmaref, no Alaska, onde a perspectiva dos habitantes locais no futuro próximo é a de evacuação total da população, com a elevação do oceano.

No entanto, como refere, Jane McAdam: "*While the term 'refugee' describes only a narrow sub–class of the world's forced migrants, it is often misapplied to those who move (or who are anticipated to move) for environmental or climate reasons*."[41]

Como foi exposto anteriormente, as mudanças climáticas incluem, entre outras manifestações, o aumento nas temperaturas médias, muitas vezes chamado de aquecimento global; alterações nos padrões de chuva levando a inundações, secas e, em algumas áreas, desertificação; condições meteorológicas extremas e imprevisíveis, resultando em mais intensos e numerosos desastres naturais; e o derretimento dos glaciares e das calotas polares resultando em subida do nível do mar e erosão costeira, tornando as áreas de baixa altitude inabitáveis".[42] As mudanças climáticas são um fenómeno global, mas não intervêm de forma uniforme e linear, já que certas zonas do mundo são mais ameaçadas, como as zonas áridas de África subsaariana e da Ásia Central ou as zonas costeiras de baixa elevação.

[41] J. McAdam, "Swimming against the Tide: Why a Climate Change Displacement Treaty is Not the Answer", *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, nº 1 (2011), 2–27, p. 3.

[42] A. Guterres, "Climate Change, Natural Disasters and Human Displacement: a UNHCR perspective", United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), 23 de outubro de 2008, p. 1.

A relação entre as referidas alterações climáticas e as migrações/deslocações humanas é uma realidade global e encerra vários problemas e dificuldades em termos jurídicos, desde logo porque entre os especialistas não há uma definição consensual do que seja o deslocado/refugiado ambiental. Assim, num primeiro momento, há que dizer que o conceito em causa é um novo *corpus* a apreender pelo direito, sendo certo que os Autores divergem no respeitante à terminologia a adotar e no tocante à própria noção ou conceito dos migrantes/deslocados/refugiados ambientais.

Exceto no caso de eventos climáticos extremos que imediatamente deslocam os afetados, é quase impossível apartar os fatores ambientais de outras variáveis, como a pobreza, na decisão de migrar. E é assim especialmente quando se trata de processos graduais, como a subida do nível do mar ou o derretimento glacial, a capacidade de uma população para lidar e adaptar–se às mudanças depende, em grande parte, dos recursos financeiros e humanos disponíveis, bem como da força de instituições governamentais para enfrentar essas questões. Assim, a migração devido à mudança ambiental precisa de ser analisada no contexto de três características inter–relacionadas: vulnerabilidade, resiliência e adaptabilidade.

Enquanto os investigadores do ambiente têm tendência para ter uma visão mais alarmista, apontando para deslocamentos massivos, os especialistas das migrações veem as mudanças ambientais como um fator, entre outros, do fenómeno migratório. Tais pontos de vista dificultam o acordo sobre o quadro jurídico necessário para tratar a questão das migrações climáticas. Assim sendo, na busca de um estudo mais equilibrado parece adequado defender–se a necessidade de ter em conta as diversas perspetivas e contributos do Direito do Ambiente, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional das Migrações.

A este respeito, afirmam Michèle Morel e Nicole de Moor:

> " *Le droit de l'environnement, le droit relatif aux droits de l'Homme, le droit des réfugiés et le droit de la migration, constituent les quatre pièces du puzzle des migrations climatiques. Séparés ils ont une fonction limitée, mais pris ensemble, ils forment un ensemble satisfaisant. Les juristes, les organisations spécialisées et les décideurs devraient en conséquence penser et travailler d'une manière interdisciplinaire afin de parvenir à une solution cohérente au problème des migrations climatiques.*"[43]

A legislação sobre os Direitos Humanos tem um papel importante na prevenção das migrações climáticas, mas nem todos os Estados são partes desses instrumentos internacionais, além de que, quanto aos que o são, nem sempre há vontade por parte dos governos no sentido de promover a eficácia prática desses direitos. Por conseguinte, o relevo de tal eficácia não é despicienda e o reforço dos Direitos Humanos pelos governos nacionais é necessário para reforçar a prevenção das migrações

[43] M. Mórel e N. de Moor, "Migrations climatiques: quel rôle pour le droit international?", *Cultures & Conflits*, nºº 88 (2012), pp. 61–84, esp. p. 84.

forçadas. Os Direitos Humanos podem também ser fundamentais para os migrantes ambientais no quadro das migrações climáticas externas. Sendo aplicados a todos, sem discriminação, são aplicáveis aos estrangeiros (também, portanto, aos que saem dos seus países rumo a outros países) da mesma forma que se aplicam aos cidadãos. Os migrantes climáticos que tenham atravessado uma fronteira internacional e que se encontrem num território estrangeiro aproveitam assim de todos os direitos fundamentais, independentemente da sua situação–regular ou não regular, mas na prática os irregulares ficam privados de alojamento, de tratamentos de saúde e de outros serviços sociais.

O direito de se ser protegido contra um regresso forçado ao seu país (Princípio de *non–refoulement*) proíbe os Estados de reenviar, expulsar ou extraditar uma pessoa que dessa forma corre o risco de ser submetida a graves violações de direitos humanos, mas há que estender tal princípio aos deslocados ambientais, uma vez que de acordo com as convenções internacionais e regionais existentes, mormente da jurisprudência do TEDH, tais pessoas não são protegidas pelo princípio referido. Consequentemente, nada impede que as decisões jurisprudenciais decidam pelo regresso de um deslocado ambiental a um país (o seu) marcado por problemas ambientais extremamente severos. Por outro lado, pode suceder que o próprio regresso ao território seja impossível, por se ter tornado inabitável ou por ter desaparecido.

A Convenção de Genebra de 1951 assenta no carácter individual do reconhecimento do estatuto dos refugiados, e por isso não contempla a abordagem *prima facie* colectiva, parecendo ser esta a mais apropriada em situações de urgência. Uma nova convenção *ad hoc* é a solução preconizada por Véronique Magniny, a qual propôs um estatuto dos refugiados do ambiente.

Ponderando estas dificuldades, outros defendem como solução mais realizável a cooperação internacional e o recurso a acordos bilaterais. Todavia, esbarram noutra dificuldade: Que solução mais acertada para as situações em que um Estado está em vias de desaparecer[44], como Tuvalu?

> "[*Q*]*uand les migrants fuient définitivement un pays inhabitable (comme Tuvalu), il serait souhaitable que les Etats les plus proches aient l'obligation de les accueillir. La protection des habitants de Tuvalu doit être organisée avant la disparition des îles, dans une approche préventive, et une protection internationale pourrait imposer cette obligation aux Etats voisins*"[45].

[44] De acordo com os dados do *World Bank*, "In search of shelter: Mapping the effects of climate changeon human migration", 2008, p. 19. Disponível em: http://www.ehs.unu.edu/file.php?id=621

Em1999, Kiribati perdeu duas ilhas inabitáveis (Tebua, Tarawa e Abanvea).

[45] *Cf*. Geremia Cometti, "Quelle solution juridique pour Tuvalu", *Réchauffement Climatique et Migrations Forcées : Le cas de Tuvalu*, E–cahiers de L'institut, Graduate Insitute Publications, nº 5 (2011), § 14. Disponível em : https://books.openedition.org/iheid/213#text. *Vid.e* ainda C. Cournil e P. Mazzega, "Réflexions prospectives sur une protection juridique des réfugiés écologiques", *Révue Européenne des Migrations Internationale*s, vol. 24, nº 1 (2007), 7–34, p. 20 ss

Os instrumentos de direitos humanos podem garantir os direitos dos migrantes climáticos: podemos referir, por exemplo, o segundo parágrafo do artigo 1.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; o artigo 6.º, que estabelece que o direito à vida é inerente à pessoa humana e que este direito deve ser protegido por lei. O artigo 12.º, finalmente, afirma que ninguém deve ser arbitrariamente privado do direito de entrar no seu próprio país. Quanto à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, declara no artigo 3.º que todos têm direito à vida, à liberdade e à segurança. Além disso, de acordo com o artigo 13.º, todos têm o direito de deixar qualquer país, incluindo o seu próprio país, e a ele retornar, e de acordo com o artigo 15.º, ninguém deve ser arbitrariamente privado de sua nacionalidade. De facto, até agora apenas são reconhecidos os refugiados políticos[46], apesar de a Convenção da União Africana para a Proteção e Assistência das Pessoas internamente deslocadas (Convenção de Kampala)[47] e do Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais[48] terem reconhecido os migrantes ambientais. Destaca–se, ainda, a Declaração de Cartagena[49] que se centra na crise de refugiados da América Central, expandindo o conceito tradicional de refugiado a eventos que colocam seriamente em risco a ordem pública.

Sendo as alterações climáticas um problema global, a verdade é que os seus impactos são diferenciáveis segundo a região sobre a qual nos debrucemos. As desigualdades entre ricos e pobres estão a aumentar e os direitos humanos poderão ter o papel de referente ético a traduzir–se em obrigações jurídicas, e também de instrumento de proteção dos mais vulneráveis aos referidos impactos.

Os tribunais nacionais têm recusado aplicar a estas situações do quadro jurídico da Convenção de Genebra de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados. Por exemplo, no caso *In Re: AD (Tuvalu)* (2014), no Protection Tribunal New Zealand, depois de terem sido negados vistos de residência na Nova Zelândia com base em pretensa ilegalidade, uma família de cidadãos oriundos de Tuvalu apelou para o Tribunal.

[46] Estes devem temer razoavelmente a perseguição pelo seu governo baseada numa das seguintes características: raça, religião, nacionalidade, pertença a um particular grupo social ou opinião política. Jessica NOTO defende a expansão do conceito de perseguição para uma escala global – não apenas tendente ao governo de que é nacional, mas a qualquer outro governo – de modo a incluir um maior leque de pessoas. A Autora considera que os refugiados ambientais deveriam ser abrangidos pela definição tradicional de refugiado adotada pela convenção de 1951. *Vid.* Jessica Noto; "Creating a Modern Atlantis: Recognizing Submerging States and Their People", *Buffalo Law Review*, vol. 62, nº 3 (2014), p. 772–773

[47] Convenção da União Africana para a Proteção e Assistência das Pessoas internamente deslocadas em África (Convenção de Kampala), 2009. Disponível em: https://au.int/en/treaties/african–union–convention–protection–and–assistance–internally–displaced–persons–africa.

[48] Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos deslocados ambientais, 2010. Disponível em: https://cidce.org/wp–content/uploads/2016/08/Draft–Convention–on–the–International–Status–on–environmentally–displaced–persons–third–version.pdf.

[49] Declaração de Cartagena sobre Refugiados, 1984. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena:

Argumentaram, os apelantes, que estavam em risco de sofrer os impactos adversos das alterações climáticas caso fossem deportados para Tuvalu; além disso, que seriam separados de parte da família com quem mantinham vínculos estreitos. O Tribunal analisou o caso à luz do *Immigration Act* 2009, reconhecendo que a família apelante se encontrava numa circunstância excepcional de carácter humanitário, o que tornaria demasiado severo o regresso da mesma a Tuvalu. O Tribunal reconheceu que os impactos das alterações climáticas podem afectar o gozo dos direitos humanos, citando para isso, por exemplo, um relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas de 2014 (concernente aos impactos, adaptação e vulnerabilidade). O Tribunal também se referiu ao interesse superior das crianças apelantes, concluindo que esse se dirige no sentido da permanência das mesmas na Nova Zelândia. O Tribunal não se pronunciou sobre a questão de saber se as alterações climáticas constituiriam uma base para concessão de vistos de residência, baseando a sua decisão – de concessão dos vistos – na constatação das circunstâncias excecionais e na integração da família (três gerações) na comunidade da Nova Zelândia.

No caso*Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment* (2015), noSupremo Tribunal da Nova Zelândia (ou *Supreme Court of New Zealand*), um cidadão de Kiribati recorreu da não concessão do estatuto de refugiado. O recorrente alega, para o efeito, as consequências das alterações climáticas em Kiribati – mormente o da subida no nível do mar, o que tem forçado a migração. O *High Court* reconhece que os argumentos citados pelo recorrente não o qualificam, à luz da Convenção de Genebra sobre o estatuto dos Refugiados (1951), de "refugiado" para os efeitos da concessão desse estatuto. O Tribunal ainda referiu como preocupante uma possível expansão do âmbito daquela Convenção de modo a integrar um novo tipo de refugiado (o de denominado "refugiado ambiental"). O recorrente interpôs recurso da decisão para o Tribunal de Recurso (ou *Court of Appeal*). Tal Tribunal rejeita, nos termos do *Immigration Act* 2009, o pedido de autorização de recurso pelo mesmo motivo (não aplicabilidade da Convenção de Genebra sobre o estatuto dos refugiados). Por último, a questão é analisada pelo Supremo Tribunal (*Supreme Court*) que indefere o pedido de recurso, afirmando que não há provas de que o Governo de Kiribati tenha falhado em tomar medidas para proteger os seus cidadãos dos efeitos de degradação das alterações climáticas. Concluindo, o seu pedido foi rejeitado por não cumprimento dos critérios exigidos para concessão do estatuto de refugiado.

Assim, sem flexibilidade por parte dos tribunais nacionais, nem uma possibilidade realista de uma alteração da Convenção de 1951[50], urge encontrar soluções criativas para fazer face a esta nova realidade.

[50] A posição do próprio ACNUR tem sido contra esta opção.

4. Caso de Estudo: A Subida do Nível do Mar e o seu impacto nos Direitos Humanos das populações afetadas

As consequências da subida do nível do mar têm–se tornado recentemente num assunto de importância crescente para uma parte da comunidade internacional. Mais do que 70 Estados serão possivelmente direta ou indiretamente afetados, o que representa mais de um terço dos Estados que compõem a comunidade internacional. Como é também sabido e já foi acima referido, este fenómeno está já a ter um impacto significativo em muitos aspetos essenciais da vida nos Estados costeiros (sobretudo os de baixa altitude) e nos Estados insulares, sendo as suas populações as principais afetadas.

De acordo com estudos e relatórios científicos de confiança, como o 5º Relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental sobre as Alterações Climáticas (IPCC), este fenómeno deverá acelerar no futuro[51]. Em consequência, a inundação de vastas áreas costeiras de baixa altitude e de ilhas irão tornar estas áreas cada vez menos habitáveis e eventualmente impossíveis de habitação, e irão produzir a sua depopulação parcial ou total.

Estas consequências factuais da subida do nível do mar suscitam um importante número de questões e problemas jurídicos. Por exemplo, quais as consequências sobre a qualidade de Estado (*statehood*) do desaparecimento do território e da população de um Estado? É a legitimidade do Governo afetada pela perda de território e deslocação da sua população para outros Estados? Quais são os efeitos jurídicos da inundação das zonas costeiras de baixa altitude e das ilhas sobre as delimitações marítimas já existentes ou futuras? Qual o impacto sobre o direito de explorar os recursos naturais dos espaços marítimos que pertencem ao Estando, quando a configuração da sua costa mudou ou o seu território diminuiu ou desapareceu devido à subida do nível do mar? Aspetos relacionados com a deslocação, migração e direitos humanos das pessoas afetadas pelas consequências negativas da subida do nível do mar devem também ser tidas em conta.

Estas questões e problemas necessitam, na nossa opinião, de soluções jurídicas internacionais específicas. Na verdade, o direito internacional existente, quer de natureza convencional quer costumeira, contem uma importante base para tais soluções, porém não contém respostas suficientemente específicas e adequadas para todas as questões relacionadas com as consequências da subida do nível do mar.

---

[51] O *Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* estima que o nível médio da subida global do nível do mar será provavelmente entre 26 cm e 98 cm no ano 2100. *Cf.* Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Working Group I Contribution to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2013), p. 1180.

Como foi referido, para além de questões relativas ao Direito do Mar e à soberania, a inundação completa ou parcial do território de Estados, em particular de pequenas ilhas e de Estados costeiros de baixa altitude, causada pela subida do nível do mar, pode ter importantes implicações no que respeita ao deslocamento, migração e direitos humanos dos indivíduos afetados por este fenómeno.

O deslocamento e a migração de populações podem ser desencadeados pelas consequências a longo prazo da subida do nível do mar, como a erosão costeira, ou por desastres repentinos, ou por uma combinação de ambos. Por exemplo, a subida do nível do mar pode exacerbar tempestades, levar à intrusão de água salgada no território e à perturbação dos lençóis de água doce.

A deslocação no interior no próprio Estado ou a migração para países terceiros no contexto das alterações climáticas e dos desastres é um fenómeno multicausal, no qual os efeitos desses eventos interagem com outros fatores económicos, políticos e sociais. Pode levar a situações temporárias de movimento de pessoas mas, ao contrário de outros desastres naturais ou de outro tipo, os efeitos das alterações climáticas, como a subida do nível do mar, tem o potencial de criar movimentação de pessoas a longo prazo ou a título definitivo, dentro do próprio país ou para terceiros Estados.

Ao mesmo tempo, enquanto a subida do nível do mar não é, em si mesmo, uma violação de direitos humanos, possui o potencial de afetar adversamente o gozo destes direitos humanos, protegidos a nível universal e regional, com incidência especial em grupos e pessoas já vulneráveis. As consequências da subida do nível do mar produzem riscos para muitos aspetos da vida humana, incluindo no que toca a mortalidade, segurança quanto a água e comida, saúde, habitação, propriedade rural e urbana, modo de via e herança cultural, entre outros.

Em várias Resoluções do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas,[52] os Estados têm reconhecido que os efeitos adversos das alterações climáticas causam vários impactos diretos e indiretos no gozo efetivo de todos os direitos humanos.

O Acordo de Paris sobre as Alterações Climáticas de 2015, como já se referiu, é o primeiro acordo internacional em matéria de alterações climáticas contendo uma menção aos direitos humanos. Reconhece, no seu preâmbulo, que as alterações climáticas são uma preocupação comum a toda a humanidade e considera que os Estados: "*when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights, the right to health, the rights of indigenous peoples, local communities, migrants, children, persons with disabilities and people in vulnerable situations and the right to development, as well as gender equality, empowerment of women and intergenerational equity*".

[52] Resoluções 10/4 (2009), 18/22 (2011), 26/27 (2014) 29/15 e 32/33 (2016).

Os direitos humanos mais suscetíveis de serem afetados pela subida do nível do mar são o direito à vida, à liberdade de momento, o direito à propriedade, a uma alimentação adequada, o direito à saúde e à habitação e o direito à identidade cultural. A proteção dos direitos humanos das pessoas objeto de evacuação, deslocamento ou migração devido aos efeitos da subida do nível do mar deve também ser assegurada.

Para além do direito internacional dos direitos humanos, existem outros instrumentos internacionais úteis para o enquadramento jurídicos destas questões como a Convenção Africana para a Proteção e Assistência aos Deslocados Internos em África (Convenção de Kampala) de 23 de Outubro de 2009, a Declaração de Nova Iorque sobre os Refugiados e Migrantes[53] de 2016, o *Sendai Framework on Disaster Risk Reduction* de 2015[54] e os Princípios Diretrizes das Nações Unidas sobre Deslocados Internos de 1998.[55] Em 2018, as Nações Unidas adotaram um Compacto Global para as Migrações.[56]

O *Institut de Droit International* (IDI) também adotou recentemente uma Resolução em 2017 sobre as Migrações em Massa[57], que elenca os princípios aplicáveis às obrigações dos Estados e os direitos humanos dos migrantes em massa.

Igualmente, um Comité da Associação de Direito Internacional (ILA) desenvolveu um conjunto de princípios aplicáveis ao deslocamento, migração e direitos humanos no contexto da subida do nível do mar[58].

Este tema foi muito recentemente incluído na agenda da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que criou em 2019 um Grupo de Estudo para analisar a questão do "Sea–level rise in relation to international law", incluindo a vertente da proteção das pessoas afetadas pela subida do nível do mar.[59]

O quadro jurídico atual relativo à proteção dos refugiados internacionais não é, contudo, aplicável ao caso *sub judice*, não sendo a noção de "refugiados ambientais/climáticos" aceite pela Convenção de Genebra de 1951 nem é alvo de aplicação pelos tribunais nacionais[60]. Em resposta, alguns países como a Nova Zelândia

[53] A/RES/71/1.

[54] A/RES/69/283.

[55] UN Doc E/CN.4/1998/53/Add.2.

[56] *Cf.* o relatório preparatório do Secretário–Geral da ONU (A/72/643) e o texto final do Compacto incluído na Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/73/195.

[57] IDI, Session of Hyderabad, Final Report of the 16th Commission, *Final Resolution on Mass Migration*.

[58] International Law Association, Committee on "International Law and Sea Level Rise", *vid.* http://www.ila–hq.org/index.php/committees.

[59] *Cf.* o Anexo B do Relatório Anual da Comissão de Direito Internacional de 2018 (doc. A/73/10) e, para mais detalhes, ver http://legal.un.org/ilc/.

[60] *Ioane Teitiota v. The Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment*, Supreme Court of New Zealand (20 July 2015).

anunciaram publicamente a intenção do governo em criar um visto humanitário para ajudar a realojar pessoas dos países do Pacífico que se encontram deslocadas devido aos efeitos das alterações climáticas, incluindo pessoas deslocadas em virtude da subida do nível dos mares[61].

Para além disso, o quadro jurídico atual acima referido e que se aplica sobretudo a cenários de desastre também parece ser insuficiente, uma vez que o direito aplicável a essas situações se prende com respostas mais imediatas ou a curto prazo, enquanto as consequências da subida do nível do mar exigirão respostas a mais longo prazo.

Os indivíduos afetados poderão ter de ser auxiliados a permanecer *in situ*, deslocar–se no seu próprio país ou migrar para outro Estado a fim de evitar ou lidar com os efeitos da subida do nível do mar. Alguns governos já se encontram a tomar medidas para realojar parte da sua população em outros países, tendo p. e. Kiribati comprador terrenos em Fiji com esse fim[62].

Assim, partindo do reconhecimento de que os Estados territoriais possuem o dever e responsabilidade primária de prestar proteção e assistência às pessoas sob sua jurisdição[63] afetadas pela subida do nível do mar, poderiam ser identificados e desenvolvidos Princípios com referência ao seguinte:

— Prevenção do deslocamento e proteção das pessoas deslocadas pelos efeitos da subida do nível do mar;

— Cooperação internacional[64] com outros Estados (da região e para além dela) e Organizações Internacionais, para ajudar os Estados com relação às atividades de prevenção e proteção acima mencionadas;

---

61 https://www.reuters.com/article/us–newzealand–climatechange–visa/new–zealand–considers–visa–for–climate–refugees–from–pacific–islands–idUSKBN1DH1JB. Vistos de residente já foram concedidos em virtude de alterações climáticas no país de origem. Cf. AD (Tuvalu), Immigration and Protection Tribunal of New Zealand (4 June 2014).

62 http://www.climate.gov.ki/2014/05/30/kiribati–buys–a–piece–of–fiji/.

63 *Cf.*, por exemplo, Princípio 3 dos *UN Nations Guiding Principles on Internal Displacement*, UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2 (11 Fevereiro 1998); Parágrafo preambular 22 da Resolução da AGNU 71/127 (2016), *Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations*; International Law Commission, *Protection of Persons in the Event of Disasters*, Draft Articles and Commentary, A/71/10 (2016), Article 10; e Parágrafo preambular 3 da Resolução AGNU 45/100 (1990), *Humanitarian assistance to victims of natural disasters and similar emergency situation*; Princípio 4 do Anexo à Resolução AGNU 46/182 (1991), *Strengthening of the coordination of humanitarian emergency assistance of the United Nations*.

64 O Artigo 1(3) da Carta das Nações Unidas lista como um dos quatro objectivos das Nações Unidas: "Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião". O Artigo 56 da Carta dispõe que: 'Para a realização dos objectivos enumerados no Artigo 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.' *Cf. Carta das Nações Unidas* (adoptada a 26 de Junho de 1945, entrou em vigor em 24 Outubro 1945) 1 UNTS XVI. Ver

— Medidas para reduzir riscos associados com a subida do nível do mar[65].

Também poderiam ser identificados e desenvolvidos Princípios relativos ao respeito pelos direitos humanos dos indivíduos, incluindo pessoas e grupos vulneráveis que, devido às consequências da subida do nível do mar, têm de ser evacuados, realojados ou migrar, ou que se encontram deslocados dentro ou fora de fronteiras.

VI. Conclusões – A necessidade de elevação para um novo patamar do terreno moral das Relações Internacionais

No presente artigo foi realizado um balanço sobre a evolução da proteção internacional dos direitos humanos nos últimos 70 anos e de como tal resultou numa alteração do terreno moral das relações internacionais.

Contudo, os direitos humanos encontram–se hoje face a novas ameaças, de contornos distintos, como é o caso das alterações climáticas, cujas consequências sobre as populações só se têm vindo a agravar desde o início do Século XXI.

Os direitos humanos são, nas relações internacionais, ameaçados e postos em causa por diversos fenómenos. Tradicionalmente, esses fenómenos relacionam–se com o comportamento direto dos Estados, através de ditaduras e sistemas internos repressivos dos direitos humanos, ou de conflitos armados internacionais ou internos que, naturalmente, prejudicam o gozo pleno dos direitos humanos. Contudo, os

---

também, por exemplo, *Pacto dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais* (PIDESC), Arts. 2(1), 11, 15, 22, 23; *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co–operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, Resolução AGNU 2625 (XXV) (24 Outro 1970) Anexo, parág. 1; *Declaração do Rio*, Princípios 5, 7, 13, 24, 27; *Convenção Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas* (adoptada a 9 Maio 1992, entrou em vigor em 21 Março 1993) 1771 UNTS 107, Artigos 4(1)(c), (d), (e), (g), (h), (i), 5(c), 6(b); *Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities* (ILC 1997) Artigos 4, 14, 16; *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment* (adoptada a 16 Junho 1972), UN Doc. A/ CONF.48/14/Rev.1 (1972) ('Declaração de Estocolmo), Princípios 22, 24; ver também UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comments* No 2 'International Technical Assistance Measures (Art. 22 do PIDESC)', UN Doc. E/1990/23 (2 Fevereiro 1990), No 3 'The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2/1 do PIDESC)', UN Doc. E/1991/23 (14 Dezembro 1990), No 7 'The Right to Adequate Housing (Art 11/1 do PIDESC): "Forced Evictions", UN Doc. E/1998/22 (20 Maio 1997), No 14, 'The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Artigo 12 do PIDESC)', UN Doc. E/C.12/2000/4 (11 Agosto 2000), No 15 'The Right to Water (Arts. 11 e 12 do PIDESC)', UN Doc. E/C.12/2002/11 (20 Janeiro 2003). A *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência* de 2006 refere que o direito de cooperação se aplica 'em situações de risco, incluindo situações de conflito armado, emergências humanitárias e desastres naturais (Art. 11). No contexto de desastres naturais em especial, ver Resolução AGNU 46/182, *'Strengthening the Coordination of Humanitarian Emergency Assistance of the United Nations'* (19 Dezembro 1991) Anexo, parágrafo 5; ILC Draft Articles Protection of Persons in the Event of Disasters, Art 5; Princípio 3 dos *Guiding Principles on Internal Displacement*.

[65] *Vid.*, por exemplo, AGNU, *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015–2030*, UN Doc. A/RES/69/283, 23 Junho 2015.

direitos humanos são hoje confrontados com novos desafios, que vão para além das ameaças mais ou menos tradicionais como a guerra, o terrorismo ou as ditaduras.

O fenómeno global das alterações climáticas está – com o potencial de se vir a agravar – a colocar em causa os direitos humanos. Esta ameaça tem uma dimensão moral e ética de certa forma inovadora, uma vez que possui contornos indiretos, onde a ligação entre o comportamento do Estado e a violação dos direitos humanos é menos nítida e onde as pessoas mais vulneráveis às alterações climáticas se encontram normalmente em países que menos contribuíram para essas alterações climáticas.

O direito internacional do ambiente e o dos direitos humanos são dois ramos do direito internacional que se têm desenvolvido de forma autónoma, mas onde encontramos cada vez mais conexões, aproximando–se o primeiro do segundo por várias razões.

Apesar de não existir um direito humano ao ambiente protegido internacionalmente, cuja defesa futura não deixa de seduzir, o quadro jurídico e sistema de proteção internacional e regional dos direitos humanos oferece um leque de opções e possibilidade de acesso que não existe no quadro do Direito Internacional do Ambiente, designadamente no quadro das alterações climáticas em que existe já um reconhecimento, incluindo no quadro do Conselho de Direitos Humanos, de que as mesmas colocam em causa o gozo de vários direitos humanos, como os direitos à vida, alimentação e à água, entre outros. Ao mesmo tempo, o Acordo de Paris de 2015 torna claro que as medidas de adaptação às alterações climáticas devem também ter em consideração o respeito pelos direitos humanos.

Porém, subsiste a difícil questão da identificação de violações concretas bem como da atribuição da responsabilidade pelas mesmas aos Estados ou a empresas. Que Estados? Que empresas? Os direitos humanos de que cidadãos? Pois trata–se de um fenómeno novo das relações internacionais e que não passa por uma relação vertical e direta entre o Estado e os seus nacionais, mas sim por uma relação indireta e difusa entre a soberania, a atividade industrial e empresarial e a comunidade internacional num seu todo, bem como as populações especialmente afetadas.

Assiste–se, na atualidade e como demos conta, a um conjunto importante de litigância em diferentes fóruns, contra diferentes entidades e com distintos objetivos, que relacionam os direitos humanos com as alterações climáticas, porém muitos destes casos ou não foram bem–sucedidos ou aguardam ainda o respetivo desfecho, não sendo de excluir que, em algumas destas instâncias se consiga estabelecer uma ligação entre a ação ou omissão de Estados ou empresas e a violação de direitos humanos em virtude dos impactos adversos das alterações climáticas, levando assim a uma alteração de paradigma em termos de responsabilização por este novo fenómeno.

Algo que parece mais difícil é, no entanto, a aceitação de uma categoria de "refugiados ambientais ou climáticos" no quadro da Convenção dos Refugiados de 1951. Face ao elevado número de deslocações internas ou migrações a que já se assiste e que se preveem como consequência das alterações climáticas, incluindo pelo caso específico que examinámos relativamente à subida do nível do mar, torna–se urgente também garantir um quadro de proteção jurídica e respeito pelos direitos humanos nos casos de mobilidade causada pelas alterações climáticas.

Assim, pensamos que é tempo de, como acima se referiu, melhor proteger os direitos humanos na época das alterações climáticas, elevar para um novo patamar o terreno moral das relações internacionais, possivelmente até para um novo patamar jurídico através da proteção do próprio ambiente e da natureza como um bem jurídico.

Entre Paris de 1948, aquando da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e Paris de 2015, no momento do Acordo sobre as Alterações Climáticas, foi certamente percorrido um longo caminho. Mas os desafios são tão sérios, que muito resta ainda a fazer. Podemos trazer à colação a frase de Humphrey Bogart em "Casablanca": "*We'll always have Paris*". Nós sempre teremos Paris, porém é preciso a sua implementação com determinação para que os efeitos das alterações climáticas não agravem ainda mais os direitos humanos dos grupos mais vulneráveis em vários pontos do globo e que, em grande medida, em nada contribuíram para aquelas, acabando por sofrer os seus maiores impactos.

GRUPOS VULNERABLES EN SITUACIONES DE RIESGOS Y AMENAZAS. EL CASO DE LOS DESASTRES NATURALES

Rubén CARNERERO CASTILLA (España)*

Sumario: I. Introducción. II. Las personas y grupos especialmente vulnerables. III. Las situaciones de riesgo y las amenazas para los derechos fundamentales: los desastres naturales. IV. Los derechos de las personas y grupos vulnerables en situaciones de riesgo y amenaza como consecuencia de los desastres naturales. 1. Desastres naturales y no discriminación.2. Desastres naturales y derechos humanos. V. Conclusiones.

Resumen: Si bien los Estados tienen la obligación de respetar y proteger los derechos fundamentales de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción en cualquier circunstancia, incluidas las situaciones de riesgo o amenaza para el ejercicio de los mismos derivadas de los desastres que causen graves daños al medio humano −lo que requiere la adopción de medidas para la prevención de su violación, la mitigación de los efectos de la misma y la reparación de sus consecuencias−, el cumplimiento de dicha obligación resulta especialmente importante cuando se trata de personas jurídicamente vulnerables por estar más expuestos a sufrir la lesión de sus derechos.

Palabras clave: derechos humanos, personas vulnerables, grupos vulnerables, situaciones de emergencia, desastres naturales.

Abstract: States, as it is known, have the obligation to respect and protect the fundamental rights of any person under their jurisdiction in any circumstance, including situations of risk or threat to the exercise thereof derived from disasters that cause serious damage to the human environment – which requires the adoption of measures for the prevention of its violation, the mitigation of its effects and the repair of its consequences–. Compliance with this obligation is especially important when dealing with legally vulnerable persons because they are more exposed to suffer the infringement of their rights.

Keywords: human rights, vulnerable people, vulnerable groups, emergency situations natural disasters.

* Miembro del IHLADI. Profesor de Derecho internacional público de la UCM. Vicedecano de alumnos, cultura y deporte de la Facultad de Derecho de la UCM. Antiguo Secretario General adjunto del IHLADI.

I. Introducción

Entendida la vulnerabilidad en su amplio sentido semántico como la condición de quien puede ser dañado o perjudicado, el ser humano es por naturaleza vulnerable desde el punto de vista físico, psicológico y moral. Tal vulnerabilidad alcanza también a su situación jurídica, en la medida en que toda persona está sometida al riesgo de sufrir la lesión de sus derechos y sus intereses jurídicamente protegidos. De hecho, las normas jurídicas son, por definición, susceptibles de infracción, motivo por el cual la función del ordenamiento jurídico consiste no solo en reconocer derechos e imponer obligaciones a los sujetos del mismo, sino también en implementar medidas para proteger esos derechos y, en su caso, para responder frente a sus violaciones con medidas sancionadoras y reparadoras.

Sin embargo, a esa inevitable exposición de cualquier individuo a los peligros inherentes a la propia existencia y, en particular, a la posibilidad de ver violados sus derechos fundamentales, hay que añadir el hecho de que algunos colectivos, debido a sus propias características o a las circunstancias de sus miembros, resultan más vulnerables, es decir, más propensos a sufrir la infracción de sus derechos. En este sentido, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja define la vulnerabilidad como la capacidad disminuida de una persona o un grupo de personas para anticiparse, hacer frente y resistir a los efectos –en el caso de nuestro estudio, a las consecuencias jurídicas– de un peligro natural o causado por la actividad humana, y para recuperarse de los mismos[1].

Así pues, la vulnerabilidad jurídica de cada individuo o colectivo varía dependiendo de múltiples circunstancias inherentes a ellos, como las de carácter personal, y extrínsecas, como las de naturaleza socioeconómica o cultural, así como de su capacidad para hacer frente a las mismas. Además, la propia vulnerabilidad jurídica, y en consecuencia la especial propensión a sufrir la violación de los derechos fundamentales que ella conlleva, puede ser temporal, como es el caso de los niños; definitiva, como la relativa a la condición de las mujeres y los ancianos o la pertenencia una minoría nacional de carácter étnico; o eventualmente reversible, como ocurre con la situación de los migrantes o la condición de refugiado, asilado o desplazado. En otros supuestos la causa que determina la vulnerabilidad puede encajar en una u otra de esas categorías, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso concreto, como ocurre con la discapacidad física.

Obviamente, la situación resultará potencialmente más delicada y el riesgo será más grave en la medida en que un determinado ciudadano se encuentre

[1] http://www.ifrc.org/es/introduccion/disaster–management/sobre–desastres/que–es–un–desastre/ que –es–la–vulnerabilidad/.

simultáneamente en varias de estas situaciones de vulnerabilidad, como es el caso, por ejemplo, de las ancianas discapacitadas, de las niñas refugiadas o de las mujeres migrantes.

Además, esa vulnerabilidad puede verse agravada por circunstancias coyunturales que incrementan el riesgo de violación de los derechos fundamentales de la población, o al menos de las personas pertenecientes a alguno o varios grupos vulnerables, o las amenazas para su disfrute. Entre estas situaciones se encuentran, sin lugar a duda, las catástrofes provocadas por los desastres naturales.

Así pues, partiendo de la base de que el objetivo fundamental del Derecho ha de ser intentar revertir o mitigar las situaciones de vulnerabilidad jurídica, en el caso de que éstas no sean definitivas ni transitorias por su propia naturaleza, implementando las medidas legislativas necesarias al efecto, lo cierto es que, en tanto que ello ocurre o para el caso de que no llegue a producirse ese cambio de situación, los esfuerzos deberán centrarse en proporcionar a las personas especialmente vulnerables los instrumentos jurídicos necesarios para que puedan compensar su posición de desventaja respecto del resto de los ciudadanos.

Dicho esto, la presente ponencia no pretende analizar la situación jurídica desde el punto de vista del Derecho internacional de aquellas personas que integran los distintos grupos vulnerables, ni las causas que determinan que se encuentren en tal situación y las soluciones a las mismas, pues ello exigiría un estudio multidisciplinar en profundidad de cada uno de ellos, sino comprobar si gozan conforme al Derecho internacional de derechos específicos respecto del resto de los ciudadanos con los que conviven y, en cualquier caso, si se benefician –o deberían beneficiarse– de medidas especiales, distintas y adicionales a las establecidas con carácter general, para la protección de tales derechos ante situaciones excepcionales que conllevan un riesgo inusual de violación de los mismos, en particular frente a las catástrofes provocadas o derivadas de los desastres naturales.

II. Las personas y grupos especialmente vulnerables

La expresión "personas y grupos especialmente vulnerables", tal y como la hemos perfilado, debe incluir a distintos colectivos, cuya vulnerabilidad responde en unos casos a causas endógenas, es decir, a las propias características inherentes a las personas que los constituyen (edad, sexo, etc.) y en otros a causas exógenas, ajenas a los mismos (sobre todo de carácter socioeconómico y cultural), y cuyas circunstancias y problemática particular varían notablemente de unos supuestos a otros, complicando cualquier intento de considerarlos en su conjunto, tanto a la hora de adoptar medidas jurídicas o políticas para garantizar sus derechos y mejorar su situación, como a los efectos de su estudio.

Por este motivo, dada la variedad de supuestos que comprende y la heterogeneidad de los mismos, ningún instrumento internacional de carácter normativo ha definido el concepto genérico y jurídicamente indeterminado de "personas y grupos especialmente vulnerables", ni ha determinado cuáles son esos grupos o ha precisado qué elementos diferenciadores comunes caracterizan a las personas que los componen. A ello se suma el carácter relativo de la vulnerabilidad que llevó a la CDI a dejar deliberadamente abierto el alcance de la expresión "especialmente vulnerables" en su Proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, descartando fijar una lista de grupos vulnerables a fin de incluir no solo las categorías de personas que suelen asociarse al concepto, sino también a aquellas otras que podrían encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad a raíz de un desastre concreto[2].

En consecuencia, dado que resulta complicado manejar categorías genéricas que puedan incluir a todos los grupos especialmente vulnerables, la primera cuestión que se plantea al analizar la situación jurídica de las personas que forman parte de los mismos es la de su identificación. Para ello recurriremos a diversos textos internacionales de distinta naturaleza jurídica, algunos de ellos carentes de eficacia obligatoria, que nos aportan una primera relación básica, que no exhaustiva, de los mismos[3].

– *Los menores*: La Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, responde a la necesidad de proporcionar a los menores una protección especial, que ya había sido enunciada por la Sociedad de Naciones en la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño, de 28 de febrero de 1924, y por las Naciones Unidas en la Declaración de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y también ha sido reconocida por la Declaración universal de derechos humanos de 1948, en los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan por el bienestar del niño.

[2] *Vid*. el informe de la CDI a la Asamblea General correspondiente a su 68º período de sesiones, p. 38.

[3] La siguiente es, pues, una enumeración subjetiva y, como tal, opinable, que viene determinada por el objeto de la presente ponencia. En consecuencia, no tiene por qué coincidir con otras que han sido propuestas por la doctrina o por entidades con competencias en la materia, como es el caso de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que menciona como ejemplos de grupos potencialmente vulnerables: los desplazados internos; los refugiados; los repatriados, es decir las personas que habiendo sido refugiadas o habiendo estado desplazadas vuelven a su hogar; las personas marginadas, excluidas o desposeídas; los niños pequeños, las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños no acompañados, las viudas, las personas mayores sin apoyo familiar y personas discapacitadas (http://www.ifrc.org/es/introduccion/disaster–management/ sobre–desastres/que–es–un–desastre/que–es–la–vulnerabilidad/).

La vulnerabilidad de los menores es consecuencia de su dependencia del cuidado de los adultos, de modo que, conforme a la Declaración de las Naciones Unidas de 1959, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluyendo la debida protección legal, idea retomada por el Comité de Derechos Humanos en su Observación general nº 17, sobre los derechos de los niños, adoptada en su 35º período de sesiones (1989), al insistir en que todo niño, debido a su condición de menor, tiene derecho a medidas especiales de protección (parr. 4). A ello se une el hecho de que hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles debido, entre otras razones, a la situación económica y al nivel educativo de su familia o sus cuidadores, que afectan o pueden llegar a afectar a sus derechos.

– *Los ancianos*: El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha puesto de manifiesto en su Observación general nº 6, sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, aprobada en el 13º período de sesiones (1995), que muchas personas de edad carecen de medios económicos suficientes para subsistir, incluso en países desarrollados, figurando entre los grupos más vulnerables, marginales y no protegidos (par. 17), lo que inevitablemente repercute de forma negativa en el disfrute de sus derechos fundamentales.

En la misma línea, la resolución 21/23 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 28 de septiembre de 2012, reconoció expresamente que las personas de edad se enfrentan a factores específicos de vulnerabilidad y a dificultades para el ejercicio de todos los derechos humanos, por lo que resulta preciso prestar más atención a los problemas que les afectan específicamente. Además, el Consejo se ha mostrado preocupado por las múltiples formas de discriminación que les afectan y por la gran incidencia de la pobreza en este grupo particularmente vulnerable, especialmente cuando se trata de mujeres, personas con discapacidad, afrodescendientes, personas pertenecientes a pueblos indígenas, personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, personas del medio rural, personas que viven en la calle y refugiados, entre otros grupos.

El consenso internacional acerca de la identificación de las personas de edad como un grupo en situación de desventaja o de potencial vulnerabilidad se ve, además, ampliamente reflejado en la práctica de los sistemas regionales y de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas[4].

A pesar de ello, lo cierto es que hasta la fecha las personas mayores no han sido objeto de un tratamiento específico por el Derecho internacional de los derechos

[4] L. Rodríguez–Piñero Royo, *Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad*, CEPAL, Santiago de Chile, 2010, p. 27.

humanos mediante la adopción de un tratado para el reconocimiento y la protección de sus derechos, como sí ocurre con otros grupos de población especialmente vulnerables a las violaciones de los mismos.

– *Las mujeres*: El carácter vulnerable de las personas que conforman un grupo humano viene determinado, entre otros factores, por la discriminación a la que se hayan sometidas, entendida ésta como toda distinción, exclusión a restricción que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales. A este respecto, la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, proclamada por la resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967, reconoció su vulnerabilidad al constatar con preocupación que, a pesar de los muchos instrumentos internacionales adoptados en el seno de las Naciones Unidas y de los organismos especializados y a pesar de los progresos realizados hasta esa fecha en materia de igualdad de derechos entre sexos, dicha discriminación continuaba, lo que resulta incompatible con la dignidad humana y con el bienestar de la familia y de la sociedad e impide su participación en la vida política, social, económica y cultural en condiciones de igualdad con el hombre.

Es obvio que tal situación no se había corregido cuando la propia Asamblea General adoptó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, mediante su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, en la que volvió a confirmar que, a pesar de las convenciones internacionales, las resoluciones, las declaraciones y las recomendaciones concertadas bajo los auspicios o aprobadas por las Naciones Unidas y sus organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres, éstas seguían siendo objeto de importantes discriminaciones. Como también lo es que esa lamentable realidad todavía no ha sido superada en la actualidad, si bien se ha paliado en distinta medida por el efecto de los desiguales avances alcanzados en las últimas décadas por muchos Estados.

Pero si la discriminación que con demasiada frecuencia sufren las mujeres en muchos Estados ya es motivo para que se les deba considerar como un grupo vulnerable por lo que al respeto de sus derechos se refiere, más grave si cabe resultan los actos de violencia que en ocasiones sufren por razón de su sexo, pues, tal y como recuerda la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada por la resolución 48/104 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993, tales agresiones y coacciones no solo constituyen en sí mismas violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sino que además impiden total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades.

Los actos de discriminación y las agresiones violentas dirigidos contra las mujeres las convierten, pues, en un grupo especialmente vulnerable, que se

distingue del resto porque no constituyen una minoría, pues desde el punto de vista cuantitativo en cada comunidad nacional su número es por lo general equivalente o superior al de los hombres.

Por este motivo, la Observación general nº 28, sobre a igualdad de derechos entre hombres y mujeres, aprobada por el Comité de Derechos Humanos en su 68º periodo de sesiones (2000), indica que los Estados partes en el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 deben adoptar todas las medidas necesarias para hacer posible que tanto los hombres como las mujeres disfruten de dichos derechos sin discriminación, eliminando los obstáculos que se interponen en el goce de los mismos en condiciones de igualdad (parr. 3).

– *Las personas con discapacidad:* El propio concepto jurídico de discapacidad establecido por la Convención de 13 de diciembre de 2006, al incluir a todas las personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 1), denota la idea de vulnerabilidad de las mismas.

Además, la Observación general nº 5 que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas aprobó en su 11º periodo de sesiones (1994), relativa a las personas con discapacidad, considera que éstas constituyen un grupo tan vulnerable y desfavorecido que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para reducir sus desventajas estructurales y darles el trato preferente apropiado (parr. 9). Posteriormente, la mencionada Convención de 2006 insistió en la vulnerabilidad sobre los derechos de las personas con discapacidad al reconocer la necesidad de promover y proteger sus derechos debido a las barreras que encuentran para participar en la vida social en igualdad de condiciones que las demás personas, situación que resulta especialmente difícil cuando son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional, étnico o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición, especialmente en el caso de las mujeres y las niñas, quienes suelen estar expuestas, dentro y fuera del hogar, a un riesgo mayor de sufrir violencia, lesiones o abusos, abandono, malos tratos o explotación.

– *Los refugiados y asilados:* Conforme a la Declaración sobre el asilo territorial, aprobada por la resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones, de 14 de diciembre de 1967, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 14 de la Declaración universal de derechos humanos, pueden disfrutar de asilo en un Estado las personas que sean objeto de persecución por las autoridades de otro Estado, salvo que el motivo de la misma sea una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Por su parte,

la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, considera como tales, más específicamente, a aquellas personas que, debido a fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de su país.

En estos casos la causa de la vulnerabilidad jurídica reside, pues, en la persecución de la que son objeto tales personas y en la ausencia de protección de sus derechos fundamentales por parte del Estado de la nacionalidad que, bien no quiere o no puede velar por el respeto de los mismos, bien es el responsable del acoso en cuestión.

– *Los apátridas:* La delicada y comprometida posición jurídica de los apátridas, derivada de la ausencia de una nacionalidad a la que acogerse, ha sido puesta de manifiesto por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su resolución 32/5, de 30 de junio de 2016, en la que destaca que las personas privadas arbitrariamente de la nacionalidad se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad frente a las violaciones de los derechos humanos, debido a que pueden verse afectadas por la pobreza, la exclusión social y la limitación de su capacidad jurídica, con la consiguiente repercusión negativa en lo que se refiere al disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, en particular en los ámbitos de la educación, la vivienda, el empleo, la salud y la seguridad social.

De hecho, el interés y los esfuerzos de las Naciones Unidas por asegurar a los apátridas el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales ya había propiciado muchos años antes la convocatoria por el Consejo Económico y Social de una conferencia de plenipotenciarios que adoptó el 28 de septiembre de 1954 la Convención sobre el estatuto de los apátridas con la intención declarada de regularizar y mejorar su condición. Ese mismo año, la Asamblea General, en su resolución 896 (IX), de 4 de diciembre de 1954, expresó su deseo de que se convocase una nueva conferencia internacional con el objeto de concertar una convención para suprimir o reducir la apatridia, que acabó reuniéndose en 1959 y 1961, año en el que adoptó la Convención para reducir los casos de apatridia, de 30 de agosto, en vigor desde el 13 de septiembre de 1975.

– *Los desplazados internos:* Los Principios rectores sobre los desplazados internos adoptados en 1998 por la desaparecida Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (E/CN.4/1998/53/Add.2), consideran como tales a aquellas personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para

evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida. Su vulnerabilidad fue expresamente puesta de manifiesto por el Representante del Secretario General para las personas internamente desplazadas, quien en la nota de presentación de dichos Principios rectores recordaba, por un lado, que los desplazamientos son consecuencia habitual de la experiencia traumática que suponen los conflictos violentos, las violaciones manifiestas de los derechos humanos y causas similares en las que la discriminación tiene un papel significativo y, por otro lado, que generan casi siempre condiciones de sufrimiento y penalidad para las poblaciones afectadas, pues provocan rupturas familiares, cortan los lazos sociales y culturales de los afectados, ponen término a relaciones de empleo sólidas, perturban las oportunidades educativas, niegan el acceso a necesidades vitales como la alimentación, la vivienda y la medicina, y exponen a personas inocentes a actos de violencia en forma de ataques, desapariciones y violaciones. De modo que se cuentan entre las poblaciones más vulnerables y más necesitadas de protección y asistencia, tanto si se agrupan en campamentos, como si huyen para ponerse al abrigo de la persecución y la violencia o se sumergen en comunidades igualmente pobres y desposeídas (parr. 1).

– *Los trabajadores migrantes:* Especialmente explícita y exhaustiva es la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, que en su Preámbulo parte de la situación de vulnerabilidad en la que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otros motivos, a las muchas dificultades de distinta índole con las que tropiezan durante su estancia en el Estado de empleo, situación que se ve agravada debido, entre otras circunstancias, a que los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares no han sido debidamente reconocidos por el Derecho interno de muchos Estados y a que a menudo la migración provoca la dispersión familiar. Problemas a los que se suman los derivados de la migración irregular, pues los trabajadores no documentados son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las del resto de los empleados.

– *Las minorías sexuales:* El 18 de diciembre de 2008, los representantes de 66 Estados miembros de las Naciones Unidas dirigieron una carta al Presidente de la Asamblea General (A/63/635) en la que ponían de manifiesto la vulnerabilidad jurídica de las personas integrantes de las minorías sexuales como consecuencia de las frecuentes violaciones de sus derechos y libertades que suponen la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio de la que son objeto

por causa de su orientación sexual o su identidad de género, prácticas que socavan la integridad y dignidad de aquellos sometidos a tales abusos.

De hecho, ya desde 2003 la Asamblea General en sus resoluciones sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias venía llamando la atención de los miembros de las Naciones Unidas sobre los asesinatos de personas por causa de su orientación sexual o identidad de género. En la misma línea, la primera resolución de las Naciones Unidas sobre la materia, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos el 17 de junio de 2011 (A/HRC/RES/17/19, que tuvo su continuación en la resolución A/HRC/RES/27/32, de 26 de septiembre de 2014) expresó la grave preocupación por los actos de violencia y discriminación cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género; y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos preparó un informe oficial sobre la cuestión (A/HRC/19/41), en el que constató que en muchos casos, la sola percepción de homosexualidad o identidad transgénero pone a las personas en situación de riesgo de sufrir vulneraciones de sus derechos consistentes, entre otras, en asesinatos, violaciones y agresiones físicas, torturas, detenciones arbitrarias, denegación de los derechos de reunión, expresión e información y discriminación en el empleo, la salud y la educación.

– *Los enfermos:* Resulta obvio que, tal y como pone de manifiesto la Organización Mundial de la Salud (OMS), los grupos sociales vulnerables y marginados suelen tener menos probabilidades de disfrutar del derecho a la salud. Así, de entre los muchos datos que apoyan esta afirmación cabe destacar que tres de las enfermedades transmisibles más mortíferas (paludismo, sida y tuberculosis) afectan desproporcionadamente a las poblaciones más pobres del mundo; o que los grupos de población especialmente desfavorecidos, como son determinadas comunidades indígenas, están expuestos a mayores tasas de enfermedad y afrontan dificultades importantes para acceder a una atención sanitaria de calidad y asequible, por lo que registran tasas de mortalidad y morbilidad sustancialmente más altas que la población en general.

Pero el problema de la relación entre el desarrollo y la salud se ve agravado debido a que no solo las personas desfavorecidas socioeconómicamente están más expuestas a contraer enfermedades, sino que también los enfermos constituyen un grupo especialmente vulnerable desde el punto de vista jurídico.

A pesar de ello, aunque los Estados Partes en el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12) y las Naciones Unidas cuentan con un Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, la Organización carece de un instrumento general que reconozca a los enfermos derechos, mecanismos o garantías para hacer frente a

su especial vulnerabilidad, no solo en el aspecto físico sino también jurídico, de modo que ha centrado su acción en algunas enfermedades concretas como el sida o la lepra, respecto de la que ha nombrado una Relatora Especial para la eliminación de la discriminación contra las personas afectadas y sus familiares.

En cuanto a las personas que están −o se les supone− contagiadas por el virus del sida, además de padecer la enfermedad sufren la estigmatización y la discriminación que pueden dificultarles el acceso al tratamiento de la infección y afectar a su empleo, su vivienda y otros derechos. Por este motivo, la Asamblea General dedicó su 26º periodo extraordinario de sesiones, celebrado en junio de 2001, al problema del virus de la inmunodeficiencia humana y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, aprobando la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA (A/RES/S–26/2), de 27 de junio, en la que reconoció que la epidemia mundial de sida, por sus dimensiones y consecuencias devastadoras, constituye una emergencia mundial y uno de los desafíos más graves para la vida y la dignidad del ser humano, así como para el disfrute efectivo de los derechos humanos.

– *Las minorías nacionales:* Ante la ausencia de una definición internacionalmente acordada sobre qué grupos constituyen minorías nacionales, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, considera que su existencia es una cuestión de hecho y que su identificación depende tanto de factores objetivos (como la existencia de una etnia, de un lenguaje o de una religión compartidos) como factores subjetivos (en particular, que las personas que las forman se identifiquen a sí mismas como miembros de una minoría)[5].

Por lo que se refiere a su situación jurídica, para el Derecho internacional resultan especialmente vulnerables las minorías nacionales de naturaleza étnica, religiosa o lingüística, a cuyos miembros el Pacto internacional de derechos civiles y políticos les reconoce el derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (art. 27). Tal vulnerabilidad viene determinada por el hecho de que, como señaló la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su resolución 2003/50, aprobada el 23 de abril de 2003, las personas pertenecientes a dichas minorías suelen verse especialmente afectadas por los conflictos existentes en muchos países, en los que resultan gravemente conculcados sus derechos humanos, a menudo de forma trágica.

En ellas han centrado, pues, sus esfuerzos de protección jurídica tanto las Naciones Unidas, adoptando la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General mediante su resolución 47/135, de 18 de diciembre de

[5] Naciones Unidas: *Derechos de las Minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación* (HR/PUB/10/3). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2010, p. 3.

1992, como el Consejo de Europa, con la adopción del Convenio–marco para la protección de las Minorías Nacionales, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995, instrumentos ambos que pretenden como objetivo fundamental que los Estados garanticen su protección efectiva, de modo que las personas pertenecientes a las mismas puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley.

– *Los pueblos indígenas:* Si bien los pueblos indígenas pueden reivindicar los derechos reconocidos por el ordenamiento internacional a las minorías, en las Naciones Unidas existen mandatos y mecanismos dedicados específicamente a protegerlos. Entre ellos destaca la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada mediante la resolución 61/295 de la Asamblea General, de 13 de septiembre de 2007, en la que se reafirma que los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación en el ejercicio de sus derechos y se recuerdan las injusticias históricas que han sufrido como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer su derecho al desarrollo. Además, esta Declaración, partiendo de la vulnerabilidad jurídica de los pueblos indígenas, llama la atención acerca de la urgente necesidad de respetar y promover tanto sus derechos intrínsecos, derivados de sus estructuras políticas, económicas y sociales, sus culturas, sus tradiciones y su historia, como de los derechos que les reconocen los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados.

III. Las situaciones de riesgo y las amenazas para los derechos fundamentales: los desastres naturales

Al igual que ocurre con las personas y los grupos vulnerables, tampoco existe en el Derecho internacional una definición o enumeración de carácter normativo que establezca las amenazas y situaciones de riesgo para los derechos fundamentales de la población en las que las autoridades deberían adoptar las medidas excepcionales pertinentes para garantizar su respeto y disfrute. A falta de la misma, para identificarlas ha de partirse de criterios restrictivos, pues en caso contrario puede ocurrir que siendo tantas, tan frecuentes y tan amplias las circunstancias que requerían la adopción de esas medidas, tales circunstancias dejen de resultar extraordinarias, de modo que lo razonable sería hacerles frente mediante las normas, los procedimientos y los mecanismos previstos para su aplicación con carácter general a los supuestos comunes.

Por el motivo contrario, tampoco resulta útil a estos efectos la aplicación de criterios tan exigentes como por ejemplo los previstos en el art. 4 del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 para la suspensión de las obligaciones que

impone a los Estados, ni los establecidos para su interpretación por la Observación general nº 29 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aprobada en su 72º período de sesiones (2001), según la cual para que tenga lugar tal posibilidad es necesario que se dé una situación excepcional tan grave que ponga en peligro la vida de la nación (parr. 2), requisito que, si bien puede estar justificado para proceder a la suspensión de los derechos de los ciudadanos, no lo está tanto cuando se trata de ampliar los mismos o de reforzar y garantizar su ejercicio por parte de las personas vulnerables.

Para salvar los inconvenientes derivados de ambos extremos podemos considerar, siguiendo al profesor español J. Oraá Oraá[6], como situaciones fácticas que, a la vista de su gravedad, ponen en grave riesgo o amenazan los derechos humanos las que encajen en alguna o varias de las siguientes categorías:

– *Los conflictos políticos graves:* Se trata de situaciones de distinta naturaleza, tales como los conflictos armados internos o internacionales, los disturbios internos, la subversión, las amenazas al orden público y otras similares, teniendo en cuenta que, como recuerda la mencionada Observación general nº 29 del Comité de Derechos Humanos, no todos los disturbios, catástrofes o conflictos armados tienen la entidad suficiente como para conllevar una modificación en la aplicación de las normas internacionales sobre derechos humanos (parr. 3).

– *Las crisis económicas:* A pesar de que resulta indiscutible que las crisis económicas graves y prolongadas generan indefensión entre los sectores más afectados y constituyen un escenario de riesgo para el respeto de los derechos humanos, lo cierto es que tales situaciones de emergencia socioeconómica resultan poco propicias para la adopción de soluciones coyunturales encaminadas a reforzar o ampliar los derechos de los ciudadanos −aunque no deben descartarse−, pues, como ha señalado J. Bonet, raramente constituyen episodios puntuales o muy localizados en términos temporales, más allá de alguna de sus manifestaciones o consecuencias concretas, como puede ser el desabastecimiento de bienes y servicios, motivo por el cual suelen requerir más bien la adopción de medidas políticas y económicas de ajuste y reformas estructurales con vocación de permanencia[7].

– *Los desastres naturales:* Se entiende como desastres naturales no solo aquellas situaciones provocadas como consecuencia de fenómenos naturales, tales como

[6] J. Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 31.

[7] J. Bonet Pérez, "Las situaciones de crisis y el Derecho internacional de los derechos humanos", *El derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad* (ed. J. Bonet Pérez y J. Saura Ètapa), Marcial Pons, Madrid 2013, (7–27) p. 14.

terremotos, maremotos, tormentas, sequías, erupciones volcánicas, huracanes, tornados y siniestros similares, sino también las causadas debido a la actuación humana −por acción o inacción−, normalmente de forma accidental, como es el caso de los vertidos peligrosos o los accidentes nucleares, siempre que ocasionen graves daños en el medio ambiente −natural o humano− y, como consecuencia de ello, afecten al normal funcionamiento de las instituciones y los servicios públicos y dificulten la supervivencia de la población debido a las pérdidas materiales o personales sufridas o al menoscabo de sus medios de vida. Se trata, pues, de desastres naturales, no necesariamente por su origen, sino por sus efectos. Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional[8] y la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNISDR)[9] añaden como requisitos de este tipo de desastres el hecho de que ocasionen una gran cantidad de muertes y excedan la capacidad de la comunidad o la sociedad afectada para hacer frente a la situación mediante el uso de sus propios recursos.

En efecto, aunque como recuerda el Comité Permanente entre Organismos (*Inter–Agency Standing Committee*, IASC) −foro establecido en 1992 en respuesta a la resolución 46/182 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre el fortalecimiento de la asistencia humanitaria, que constituye el principal mecanismo para la coordinación interinstitucional de la asistencia humanitaria prestada por las Naciones Unidas y por entidades ajenas a las mismas−, tradicionalmente se ha considerado que los desastres naturales suscitan principalmente desafíos de carácter humanitario, lo cierto es que también pueden plantear importantes problemas en relación con la protección de los derechos humanos de las víctimas[10], en especial cuando el desastre ocurre en Estados económicamente menos desarrollados, supuesto en el que normalmente sus efectos devastadores se ven agravados. Es en esta cuestión en la que se centra principalmente la presente ponencia, toda vez que no resulta posible abarcar los aspectos de la misma relativos a las demás situaciones de riesgo mencionadas, debido a su excesiva amplitud.

[8] *Vid*. el Proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre (art. 3–a). La CDI aprobó este Proyecto de artículos en primera lectura en su 66º período de sesiones (2014) y en segunda lectura el 3 de junio de 2016, recomendando a la Asamblea General el 4 de agosto de 2016, de conformidad con el art. 23 de su Estatuto, que elaborase una convención a partir del mismo.

[9] UNISDR: *Terminología sobre reducción del riesgo de desastres*, Ginebra, 2009, pp. 13–14.

[10] IASC: *Directrices Operacionales del IASC sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales*, Washington, 2011, p. 1. Existe una versión anterior y más breve de este documento con el título *Protección de las personas afectadas por los desastres naturales. Directrices Operacionales del Comité Permanente entre Organismos (IASC) sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales*, Washington, 2006.

IV. Los derechos de las personas y grupos vulnerables en situaciones de riesgo y amenaza como consecuencia de los desastres naturales

Además de las medidas preventivas que deben adoptar las autoridades nacionales con anterioridad a que ocurran los desastres naturales para mitigar sus efectos destructivos e intentar evitar los que sean causados como consecuencia de la acción humana, ya sea por negligencia o debido a la implementación de políticas inadecuadas[11], en la etapa posterior a la catástrofe surgen con frecuencia desafíos respecto de la protección de los derechos fundamentales de la población perjudicada, pues, además de que las víctimas quedan expuestas a sufrir su violación, especialmente si se trata de personas vulnerables, los desastres naturales pueden agravar las situaciones de discriminación que ya padezcan previamente. De modo que, por ejemplo, el riesgo de que las mujeres, las niñas y los niños sufran violencia sexual o de género se incrementa como consecuencia del hacinamiento y falta de seguridad que en muchas ocasiones conllevan los campamentos de emergencia, mientras que la escasez de recursos básicos, como el agua, los alimentos y las medicinas, puede favorecer situaciones de abuso de poder y explotación o desencadenar episodios de violencia contra las personas vulnerables.

Sin embargo, los esfuerzos de la comunidad internacional para hacer frente a las consecuencias de los desastres naturales se han centrado básicamente en implementar medidas para garantizar la prestación de la asistencia humanitaria bajo los principios de humanidad, imparcialidad y neutralidad[12] y para incrementar la resiliencia de la población frente a los mismos[13], habiéndose prestado menor

[11] Las ventajas obvias de la adopción de estas medidas de carácter preventivo fueron destacadas por el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe de 2005 a la Asamblea General sobre "Cooperación internacional para la asistencia humanitaria en casos de desastres naturales: del socorro al desarrollo" (A/60/227), adoptado a raíz del tsunami que afectó al océano Índico en 2004, al indicar que las posibilidades de que se produzcan desastres asociados a peligros de la naturaleza vienen determinadas en buena parte por los niveles de vulnerabilidad y por las medidas de preparación, prevención y mitigación que se adopten para evitarlos (parr. 1).

[12] Así, el objeto declarado del Proyecto de artículos de la CDI sobre la protección de las personas en caso de desastre consiste en facilitar una respuesta adecuada y efectiva a los mismos, a fin de atender a las necesidades esenciales de las personas afectadas (art. 2). Si bien, como recuerda el IASC: *Directrices operacionales…, op. cit.*, p. 5, esta acción humanitaria llevada cabo por los Estados o las organizaciones de asistencia ha de cumplir con las normas de derechos humanos y tener especialmente en cuenta a las personas con necesidades especiales, atendiendo, por ejemplo, los problemas específicos de acceso a la asistencia por parte de los hogares encabezados por mujeres, personas de la tercera edad, personas con discapacidad y otras personas con vulnerabilidades especiales.

[13] *Vid*., por ejemplo, el Marco de Acción de 2005–2015 para el aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres, en Naciones Unidas: "Informe de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres", celebrada en Kobe, Hyogo (Japón) del 18 a 22 de enero de 2005, p. 6 ss. (A/CONF.206/6).

atención a los problemas que se plantean en estas situaciones en relación con la protección de los derechos humanos de la población en general y de las personas pertenecientes a los grupos vulnerables en particular, ámbito respecto del cual se echa de menos la labor normativa de la comunidad internacional.

En cualquier caso, los efectos perniciosos de los desastres naturales sobre los derechos de las personas vulnerables varían dependiendo, entre otros factores, de su tipo, intensidad y duración; de la posibilidad de que las víctimas reciban apoyo y ayuda por parte de su entorno familiar y social; y de la capacidad de las instituciones –públicas y privadas, locales, regionales y estatales– para dar respuesta al mismo. Pero también de las circunstancias de cada persona afectada y de la causa de su vulnerabilidad, de modo que no todos los grupos vulnerables son igualmente sensibles a la amenaza que suponen los desastres naturales, ni requieren igual protección jurídica frente a los mismos, pues las características que determinan la vulnerabilidad de algunos de ellos y les distinguen del resto no justifican que disfruten una protección diferente en estas situaciones[14]. Así pues, siguiendo a la CDI, lo importante no es tanto determinar los subgrupos especialmente vulnerables dentro del conjunto general de afectados o potencialmente afectados por un desastre, como prestar atención específica a las necesidades de todas las personas especialmente vulnerables[15], pertenezcan o no a un grupo vulnerable.

1. Desastres naturales y no discriminación

El riesgo de discriminación para las personas vulnerables afectadas por las consecuencias de un desastre natural es doble: por un lado, pueden sufrirla, junto al resto de la población afectada, frente a los demás habitantes del Estado que no hayan resultado perjudicados por la catástrofe; y, por otro parte, pueden ser discriminados respecto del resto de los damnificados. Ello es así porque, aunque normalmente la discriminación de las personas vulnerables no está provocada por los desastres naturales, sino que existe antes de que estos ocurran, sí contribuyen a intensificarla,

[14] Sería el caso, por ejemplo, de las minorías lingüísticas. Por su parte, la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en la edición de 2007 de su Informe Mundial sobre Desastres (International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies: *World Disasters Report. Focus on Discrimination*, Ginebra, 2007), dedicado al problema de la discriminación de las víctimas, solo analiza específicamente cómo afectan a las minorías (capítulo 2), las personas de edad (capítulo 3), las personas con discapacidad (capítulo 4) y las mujeres (capítulo 5), omitiendo los demás grupos vulnerables; si bien en las *Directrices sobre la facilitación y reglamentación nacionales de las operaciones internacionales de socorro en casos de desastre y asistencia para la recuperación inicial*, adoptadas en la 30ª Conferencia Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (2007), añade a esa relación a los niños y a las personas que padezcan enfermedades debilitantes (directriz 4.3–a), en la línea de lo previsto por el IASC: *Directrices operacionales…, op. cit*., pp. 63 ss, que incluye también, entre otros, a los desplazados internos, los pueblos indígenas y, de forma discutible, a los jóvenes y a los miembros de los hogares monoparentales.

[15] Proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de desastre, comentario al art. 6.

agravando los motivos que la producen. A ello se suma el hecho de que con frecuencia los grupos vulnerables son excluidos por las autoridades de la planificación y la adopción de medidas para hacer frente al desastre antes, durante o después del mismo, circunstancia que actúa como causa y origen de la mencionada marginación y a la vez constituye una de sus consecuencias[16].

Por este motivo, el derecho fundamental de las personas y de los grupos vulnerables que se encuentran en situaciones de riesgo o afrontan las amenazas que suponen las catástrofes naturales para el disfrute de sus derechos fundamentales consiste en no ser discriminadas, especialmente en aspectos tales como la prestación de la asistencia, la reubicación o el reasentamiento en el supuesto de que hayan perdido sus hogares. A este respecto, el Código de conducta relativo al socorro en casos de desastre, preparado conjuntamente por la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y el Comité Internacional de la Cruz Roja y aprobado en su XXVI Conferencia Internacional (1995), establece que en tales supuestos la ayuda prestada no debe estar condicionada por ninguna distinción de índole adversa entre los beneficiarios de la misma, de modo que la prioridad de la asistencia ha de fijarse únicamente en función de las necesidades de estos.

Pero, si bien el Derecho internacional de los derechos humanos no admite discriminación alguna en perjuicio de los miembros de los grupos vulnerables ni en cuanto a la prestación de la asistencia humanitaria ni, como veremos, por lo que se refiere a la suspensión de sus derechos cuando sea necesaria para salvaguardar la seguridad o incluso la propia existencia del Estado ¿sería jurídicamente viable la discriminación positiva de las personas pertenecientes a los mismos para dispensarles un trato más favorable en situaciones que, como los desastres naturales, pongan en riesgo o amenacen los derechos de la población? A este respecto, los tratados internacionales sobre protección de los derechos humanos que definen la discriminación en sus respectivos ámbitos de aplicación, vinculan este concepto a las actuaciones que tienen por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de tales derechos y libertades fundamentales. Es el caso de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965 (art. 1), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (art. 1), el Convenio nº 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958 (art. 1–a) y la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960 (art. 1)[17].

[16] International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies: *World Disasters Report…, op. cit.,* p. 13.

[17] *Vid.* A.F. Bayefsky: "The Principle of Equality or Non–Discrimination in International Law", *Human Rights Law Journal*, vol. 11, nº 1–2, 1990, 1–34, pp. 8–9.

Así pues, si bien el pilar fundamental en la protección jurídica de las personas pertenecientes a los grupos vulnerables consiste en garantizarles el disfrute de los principios de igualdad y no discriminación, la forma de hacerlos efectivos puede requerir beneficiarlas con algún tipo de discriminación positiva que compense las desventajas a las que han de hacer frente y mitigue las situaciones de marginación y exclusión que les puedan afectar, de modo que las medidas de asistencia y protección específicas dirigidas a categorías particulares de la población afectada no constituyen discriminación siempre que, y en la medida que, se basen en las necesidades distintas de éstas[18]. En efecto, la no discriminación exige que la prestación de asistencia humanitaria esté guiada exclusivamente por las necesidades de los afectados y se encuentra estrechamente relacionada con el principio de imparcialidad, en virtud del cual debe proporcionarse sin distinción alguna entre las personas con necesidades urgentes, aunque dando prioridad a las de las personas especialmente vulnerables, que deberán ser objeto de atención específica[19].

Así pues, el principio de no discriminación no debe entenderse de forma que excluya la posibilidad de la discriminación positiva, que de hecho constituye el instrumento fundamental en las políticas nacionales e internacionales de reducción de las desigualdades existentes entre los diferentes grupos sociales. Por este motivo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Observación general nº 18, sobre no discriminación, aprobada el 10 de noviembre de 1989, en su 37º periodo de sesiones, considera que el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia (parr. 8) y que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto (parr. 13); mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica, sentenció el 23 de julio de 1968 que el art. 14 del Convenio de Roma de 1950 no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos (parr. 10); y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión consultiva OC–4/84, de 19 de enero de 1984, sobre la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica respecto a la naturalización, dictaminó que no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes (parr. 57).

[18] IASC: *Directrices operacionales…, op. cit.*, principio general I.1, p. 11.

[19] Proyecto de artículos de la CDI sobre protección de las personas en caso de desastre, comentario al art. 6. *Vid*., en la misma línea, IASC: *Protección de las personas…, op. cit.*, p. 22, directriz B.1.3. Igualmente deberá tenerse especialmente en cuenta a los grupos vulnerables, además de en la prestación de la asistencia humanitaria, al adoptar las medidas necesarias para proteger a las personas en peligro ante un desastre natural inminente que represente un riesgo grave para la vida, integridad física o salud de las personas, *Ibíd.*, p. 18, directriz A.1.1.

2. Desastres naturales y derechos humanos

El principio básico por lo que se refiere al disfrute de los derechos humanos en situaciones que, como los desastres naturales, supongan un riesgo o amenaza para los mismos, dispone que los Estados están obligados a su respeto y son responsables de dicha protección en cualquier circunstancia y respecto de toda persona que se encuentre en su territorio o bajo su jurisdicción[20]. Para ello, las administraciones deberán impedir sus violaciones si es posible, atajarlas cuando estén ocurriendo y hacer efectiva la reparación correspondiente a las víctimas una vez consumadas. Por consiguiente, las personas que forman parte de los grupos vulnerables no pierden sus derechos como consecuencia de los efectos de un desastre natural, sino que estos han de ser garantizados incluso en las situaciones de emergencia derivadas de los mismos. Además, debido a su delicada situación jurídica, el cumplimiento de dicha obligación puede exigir la adopción de acciones estatales específicas a favor de estas personas, para garantizar el ejercicio de sus derechos, distintas y complementarias de las medidas dirigidas a la población en general.

Sin embargo, salvo por lo que se refiere a la protección que el Derecho internacional humanitario depara a algunos grupos especialmente vulnerables con ocasión de la existencia de conflictos armados, en especial a las mujeres, los niños y los enfermos[21], los instrumentos jurídicos internacionales sobre los derechos de las personas y grupos vulnerables no contemplan reglas concretas que dispongan

[20] *Vid*. el Proyecto de artículos de la CDI sobre la protección de las personas en caso de desastre (art. 5). En este sentido apunta también la primera Conclusión aprobada por el XXVII Congreso del HLADI, celebrado en San Juan de Puerto Rico en 2012, sobre "La Comisión de Derecho Internacional y la Convención sobre la protección de personas en situaciones de desastres", *AHLADI*, vol. 21, 2013, (575–577) p. 575, tema del que fue ponente el profesor R. Aponte Toro.

[21] En especial el 4º Convenio de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra que, por ejemplo, prevé la designación zonas sanitarias y de seguridad para la protección contra los efectos de la guerra de los heridos y los enfermos, los inválidos, los ancianos, los niños menores de quince años, las mujeres encintas y las madres de niños de menos de siete años (art. 14); que los heridos y los enfermos, así como los inválidos y las mujeres encintas, sean objeto de protección y de respeto particulares (art. 16); la evacuación de los heridos, los enfermos, los inválidos, los ancianos, los niños y las parturientas desde las zonas sitiadas o cercadas (art. 17); el libre paso de los envíos de víveres, ropa y tónicos reservados para los niños de menos de quince años y para las mujeres encintas o parturientas (art. 23); el trato preferente a los niños menores de quince años, las mujeres embarazadas y las madres de niños menores de siete años, en las mismas condiciones que los súbditos del Estado interesado (art. 38.5), en particular por lo que respecta a la nutrición, a la asistencia médica y a la protección contra los efectos de la guerra (art. 50), de modo que las mujeres encintas y lactantes, así como los niños menores de quince años recibirán suplementos de alimentación proporcionados a sus necesidades fisiológicas (art. 89); o la concertación durante las hostilidades de acuerdos con miras a la liberación, la repatriación, el regreso al lugar de domicilio o de hospitalización en país neutral de niños, mujeres encintas y madres lactantes o con hijos de corta edad, heridos y enfermos o internados que hayan estado mucho tiempo en cautiverio (art. 132).

una protección específica de los mismos en situaciones de riesgos y amenazas, más allá de proclamaciones genéricas de carácter programático[22].

Muy al contrario, las previsiones contenidas en distintos tratados internacionales sobre derechos humanos –como es el caso del Pacto de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas o del Convenio sobre derechos humanos y libertades fundamentales del Consejo de Europa–, en relación con determinadas circunstancias excepcionales que por su gravedad requieren modular la aplicación de las normas contenidos en los mismos, no tienen por objeto ampliar los derechos de los ciudadanos en general o de los grupos vulnerables en particular, o extremar las medidas para garantizar su respeto en tales situaciones adversas, sino hacer frente a los riesgos que de las mismas se derivan para la independencia, la seguridad o la propia existencia del Estado, por la vía de limitar o incluso derogar temporalmente el disfrute de dichos derechos. Si bien es cierto que tanto el Pacto de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas (art. 4.1) como la Convención americana sobre derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (art. 27), al permitir a los Estados Partes suspender en tales casos las obligaciones contraídas en virtud de los mismos, tienen en consideración la situación de algunos grupos vulnerables, pues dicha posibilidad está supeditada a que no resulte incompatible con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional y no entrañe discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Además, conforme a la citada Observación general nº 29 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aun cuando el art. 26 y

[22] Así, por lo que se refiere a las personas con discapacidad, la Convención de 2006 dispone que los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al Derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales (art. 11). Por su parte, la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, adoptada en Washington el 15 de junio de 2015, obliga a los Estados Parte a tomar todas las medidas específicas que sean necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres (art. 29); y la Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño, adoptada por la Organización para la Unidad Africana (hoy Unión Africana) de 11 de julio de 1990, establece que los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que los niños que soliciten o tengan el estatuto de refugiado, así como los que sean desplazados internos a consecuencia de sucesos como los desastres naturales, puedan recibir la protección y la asistencia humanitaria apropiadas para el goce de los derechos recogidos en la misma y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en los que los Estados sean parte" (art. 23). En cuanto a los textos no jurídicamente vinculantes, el Principio 8 de la Declaración de los derechos del niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959, indica que el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro; mientras que la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, aprobada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1974, resulta algo más concreta al establecer que cuando formen parte de la población civil y se encuentren en situaciones de emergencia y en conflictos armados o vivan en territorios ocupados, no serán privados de alojamiento, alimentos, asistencia médica ni de otros derechos inalienables.

las demás disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación no figuran entre las disposiciones que según el párrafo 2 del art. 4 no pueden ser suspendidas, existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna (parr. 8).

Así pues, la comunidad internacional no cuenta con reglas específicas para proteger los derechos humanos de las personas afectadas por los desastres naturales, pues las directrices proporcionadas por el IASC para estos casos ni son vinculantes ni recogen los derechos que les reconoce el ordenamiento internacional, sino que están dirigidos a orientar la actuación de los agentes que prestan asistencia humanitaria para que la misma se inspire en el principio de protección y promoción de los derechos humanos[23]. Por su parte, aunque el Proyecto de artículos de la CDI sobre la protección de las personas en caso de desastre establece que las personas afectadas tienen derecho a que se respeten y protejan sus derechos humanos de conformidad con el derecho internacional (art. 5), tampoco indica cuáles son ni establece ninguna distinción al respecto a favor de las personas vulnerables. La explicación a tal omisión se encuentra en el comentario correspondiente, según el cual la Comisión no consideró factible elaborar una lista exhaustiva de todos los derechos potencialmente aplicables, además de descartarlo ante el temor de que esa lista pudiera prestarse a una interpretación *a contrario*, en el sentido de que los derechos que no se mencionasen en ella no fueran aplicables.

La CDI sí reconoce, como no podía ser de otra forma, que un derecho particularmente pertinente en este supuesto es el derecho a la vida[24], que resultaría violado si un Estado se negara a adoptar las medidas efectivas que estén a su alcance para prevenir los desastres que ocasionen víctimas mortales o a reaccionar ante los mismos. En el mismo sentido, para el Relator especial de las Naciones Unidas sobre la Protección de las personas en casos de desastre, entre los derechos humanos que revisten especial importancia en estas situaciones destacan el derecho a la vida y otros estrechamente relacionados con el mismo, como el derecho a la alimentación, el derecho a la salud y a los servicios médicos, el derecho al abastecimiento de agua, el derecho a vivienda, vestido y saneamiento adecuados, así como el derecho a no ser discriminado[25].

Pero las Directrices del IASC sobre protección de las personas en caso de desastres naturales recuerdan que tal protección no debe limitarse a asegurar su

[23] También el interés mostrado por los Estados en la regulación jurídica de la asistencia humanitaria en caso de desastres naturales ha sido superior al relativo a la protección de los derechos humanos de las víctimas de los mismos, dando frutos como la adopción en Santiago de Chile el 6 de julio de 1991, en el marco de la OEA, de la Convención interamericana para facilitar la asistencia en casos de desastre.

[24] Proyecto de artículos de la CDI sobre protección de las personas en caso de desastre, comentario al art. 5, parr. 6.

[25] NU: "Protección de las personas en casos de desastre". Informe preliminar del Relator Especial, Eduardo Valencia–Ospina, sobre la protección de las personas en casos de desastre (A/CN.4/ 598), parr. 26.

supervivencia y su seguridad física, lo que sin duda ha de constituir su objetivo mínimo y básico, sino que tiene que garantizar, en la medida de lo posible, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que disfrutan los afectados conforme al ordenamiento nacional e internacional[26].

Con objeto de sistematizarlos, tales derechos han sido clasificados en cuatro grupos, teniendo en cuenta su naturaleza, contenido y relevancia[27], en el entendimiento de que esta clasificación responde a meros motivos prácticos de clarificación, pues, conforme a la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993 (A/CONF.157/23) los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados:

El primero de ellos estaría formado por los derechos civiles y políticos esenciales para garantizar la integridad personal y la seguridad física de los afectados, tales como el derecho a la vida y el derecho a disfrutar de protección frente a las agresiones, violaciones, detenciones arbitrarias o secuestros.

La salvaguarda de estos derechos requiere, en primer lugar, la adopción de las medidas necesarias para hacer frente a los riesgos que supone el propio desastre natural para la vida de las personas afectadas, entre ellas las de carácter sanitario que tienen por objeto tratar a quienes han sufrido heridas o lesiones como consecuencia del mismo y hacer frente a las enfermedades causadas por la falta de higiene, salubridad o asepsia entre la población. Tales medidas pueden incluir la evacuación de los damnificados, en la que se deberá dar preferencia a los niños, procurando no separarles de las personas a cuyo cargo se encuentren. Pero también exige evitar situaciones que, sin ser consecuencia directa del desastre, se ven favorecidas por el mismo y afectan especialmente a las personas vulnerables, como el incremento del riesgo de sufrir desatención, denigración, abusos, actos de violencia, maltrato físico y psicológico, sobre todo por motivos de género o contra las minorías, o explotación, tanto laboral como sexual, especialmente por parte de los niños y niñas que han quedado en situación de desvalimiento al verse privados de los familiares o de los allegados de los que dependían o que cuidaban de ellos.

El segundo grupo lo constituyen los derechos sociales básicos relacionados con la satisfacción de las necesidades elementales para la subsistencia, como es el caso del derecho a la alimentación, al agua potable, al alojamiento o a disponer de servicios de salud y saneamiento apropiados.

El derecho de toda persona a gozar de una alimentación adecuada, proclamado por el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas (art. 11.1), puede verse en riesgo como consecuencia de la incidencia de los

[26] IASC: *Protección de las personas…, op. cit.*, p. 10.
[27] *Ibíd*., pp. 10 ss.

desastres naturales en el abastecimiento de víveres, bien porque provoque la pérdida o disminución de las reservas o bien porque impida o dificulte el suministro de las existentes. Por su parte, la falta de disponibilidad de instalaciones adecuadas para el saneamiento y la higiene no solo conlleva un mayor impacto del desastre sobre la salud de las personas afectadas, sino que también perjudica su dignidad y calidad de vida. Además, todos estos efectos perniciosos suelen verse agravados en el caso de las personas vulnerables debido a las carencias de servicios de atención especializada, capacitados y especializados para afrontar las necesidades planteadas por su situación particular.

Para evitarlo, debe proporcionarse a la población damnificada los bienes y servicios humanitarios correspondientes sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, discapacidad, edad o cualquier otra condición similar y sin más distinción que la impuesta por las necesidades de cada cual, lo que exige tener especialmente en cuenta las de las personas especialmente vulnerables a quienes debe reconocérseles el acceso prioritario a los mismos, estableciendo en su caso sistemas separados de distribución.

Sin embargo, el problema para garantizar el disfrute de estos derechos sociales radica en que su promoción resulta especialmente complicada en situaciones en las que las necesidades se acentúan y los medios escasean, como ocurre en el caso de los desastres naturales, a pesar de lo cual, la Observación general nº 3 del Comité de Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptada en su 5º periodo de sesiones (1990) y relativa a la índole de las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, subraya el hecho de que estos pueden y deben proteger a los miembros vulnerables de la sociedad incluso en tiempos de limitaciones graves de recursos causadas por un proceso de ajuste, por una recesión económica o por otros factores (parr. 12); mientras que la Observación general nº 6 que el mismo Comité aprobó en su 13º período de sesiones (1995), sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores insiste en que los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad incluso en momentos de graves escaseces de recursos (par. 17).

Los derechos que configuran estos dos primeros grupos cobran especial relevancia en el periodo de emergencia inmediata, mientras que la protección de los derechos incluidos en los dos grupos siguientes suele plantear desafíos posteriormente en la etapa de respuesta al desastre, particularmente en las fases de rehabilitación y reconstrucción.

Así, a medio plazo, es decir, una vez garantizada la subsistencia de los damnificados y, en consecuencia, cuando ya comienza a superarse la situación de riesgo y amenaza derivada del desastre, cobran especial importancia los derechos

económicos, sociales y culturales que configuran el tercer grupo, pues tienen que ver con la recuperación tras el desastre para lograr la normalización de las condiciones de vida de los damnificados, para lo que resulta necesaria la protección del derecho a la propiedad contra el saqueo, la destrucción, la apropiación o la ocupación; la sustitución de los refugios de emergencia por alojamientos temporales o viviendas permanentes; la ayuda para la restauración de las actividades económicas, las oportunidades de empleo y los medios de subsistencia afectados por el desastre natural; y restablecimiento de los sistemas públicos de educación y formación[28].

Por último, también la mayoría de los derechos pertenecientes al cuarto grupo pueden hacerse valer más eficazmente cuando las consecuencias del desastre natural se han superado o comienzan a superarse, por lo que no están tan estrechamente relacionados con la situación de riesgo y amenaza derivada de los mismos. Es el caso del restablecimiento o la restitución de los documentos que se hayan deteriorado o perdido por efecto directo o indirecto de la catástrofe, como los certificados de nacimiento, identidad, estado civil, defunción o educación; y el disfrute de la libertad de circulación, abandonando la zona de peligro o retornando a la misma cuando se den las circunstancias propicias para ello, una vez superada la fase de emergencia.

V. Conclusiones

A la vista de lo expuesto, el ponente considera que el XXX Congreso del Instituto Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional debería adoptar, tras el debate correspondiente, conclusiones al menos sobre las siguientes cuestiones:

1.– Conforme al Derecho internacional, los Estados tienen la obligación de respetar y proteger los derechos fundamentales de toda persona que se encuentre en su territorio o bajo su jurisdicción en cualquier circunstancia, incluidas las situaciones de riesgo o amenaza para el ejercicio de los mismos derivadas de los conflictos políticos internos o internacionales, las crisis económicas graves y duraderas o los desastres que causen graves daños al medio humano.

2.– El cumplimiento de la obligación de proteger los derechos fundamentales de las personas que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción que pesa sobre todo Estado incluso en situaciones de riesgo o amenaza para el ejercicio de los

[28] El "Estudio temático sobre los derechos de las personas con discapacidad en virtud del art. 11 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativo a las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias" (A/HRC/31/30), aprobado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su 31º periodo de sesiones (2015), parr. 38, ha destacado la especial importancia que revisten las medidas dirigidas a proporcionar a las personas vulnerables formación profesional y oportunidades de trabajo, como pueden ser las subvenciones públicas que fomenten su contratación por parte de los empleadores.

mismos como las provocadas por los desastres naturales, resulta especialmente importante por lo que se refiere a las personas jurídicamente vulnerables o que forman parte de grupos jurídicamente vulnerables.

3.– La protección en tales supuestos de los derechos de la población en general y de las personas vulnerables en particular, requiere la adopción de medidas para la prevención de sus violaciones, la mitigación de los efectos de las mismas y la reparación de sus consecuencias.

4.– Los Estados deben implementar políticas y programas con el objeto de promover y garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas vulnerables en su vida cotidiana, como medida preventiva más eficaz para evitar o atenuar la discriminación que puedan sufrir en situaciones graves de riesgo o amenaza, entre ellas las provocadas como consecuencia de los desastres naturales.

5.– Los Estados deben implementar políticas y programas de protección social destinados a reducir la vulnerabilidad de su población frente a las secuelas de los desastres naturales, entre ellos los destinados específicamente a los grupos de personas que por sus características están más expuestas a sus efectos y en especial a sufrir la violación de sus derechos fundamentales con ocasión de los mismos.

6.– La protección jurídica de las personas vulnerables en caso de desastres naturales no requiere la atribución por parte del ordenamiento internacional de derechos adicionales en favor de los mismos, sino la adopción de las medidas necesarias para hacer efectivos en tales situaciones los que ya tienen reconocidos por el Derecho internacional consuetudinario y convencional, tanto por los tratados internacionales sobre derechos humanos de alcance general, como los relativos específicamente a cada grupo vulnerable.

7.– Las medidas específicas a favor de las personas vulnerables que eventualmente puedan adoptar los Estados con objeto de garantizar el disfrute de sus derechos en situaciones de catástrofe provocadas por los desastres naturales no pueden considerarse contrarias al Derecho internacional por discriminatorias, puesto que precisamente persiguen evitar la discriminación de estas personas atendiendo a sus necesidades objetivas particulares.

COMUNICACIONES DEL XXX CONGRESO

LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

Zlata DRNAS DE CLÉMENT*

Sumario: I. Aspectos preliminares. II. Concepto de víctimas del terrorismo. III. Derechos de las víctimas.1 Derechos de las víctimas que corresponden a deberes de los Estados. 2. Derechos de las víctimas que corresponden a deberes de la sociedad internacional organizada. IV. Reflexión final.

I. Aspectos introductorios

En estas últimas décadas la comunidad internacional ha comenzado a prestar atención a las "víctimas" del terrorismo, si bien, esa preocupación se presenta aún desarticulada e incompleta.

Es de observar que tanto la *Declaración* como el *Plan de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena* de 25 de junio de 1993 sólo contienen tres referencias genéricas a terrorismo y ninguna a las víctimas de ese flagelo.

La *Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo* (2006)[1]en sus once páginas sólo usa sólo seis veces la palabra "víctima" pero no todas constituyen

* Miembro del IHLADI. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Catedrática de Derecho Internacional Público (UNC). Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (E–mail: zlata1@fibertel.com.ar).

[1] Res. *AGNU 60/288 (Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo): "I.Medidas para hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo. Resolvemos adoptar las medidas siguientes para hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo, que incluyen,* (…) *la deshumanización de las víctimas del terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, la ausencia del imperio de la ley, las infracciones de los derechos humanos, la discriminación por motivos étnicos, nacionales y religiosos, la exclusión política, la marginación socioeconómica y la falta de buena gobernanza, reconociendo al mismo tiempo que ninguna de esas condiciones puede excusar ni justificar los actos de terrorismo: 1. Seguir fortaleciendo y aprovechando al máximo la capacidad de las Naciones Unidas en ámbitos como la prevención de conflictos, la negociación, la mediación, la conciliación, el arreglo judicial, el imperio de la ley (...)".* La Resolución no ha generado ámbitos específicos eficaces capaces de eliminar–atenuar las causas del

comunicación conceptual autónoma[2]. Ello, a pesar de que la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) ya en su primera resolución dirigida a la adopción de medidas para prevenir el terrorismo (*AGNU Res 3034 (XVII))* ha hecho referencia a la "*profunda preocupación por los actos de violencia que cada vez con más frecuencia ponen en peligro vidas humanas inocentes o causan su pérdida o comprometen sus libertades fundamentales"*. Esa resolución, adoptada el 18 de diciembre de 1972 –pocos meses después del atentado terrorista ocurrido durante los Juegos Olímpicos de Múnich (4 de septiembre de 1972)– *insta a los Estados a que consagren su *atención inmediata a buscar soluciones justas y pacíficas a las causas subyacentes* que dan origen a esos actos de violencia; *reafirma el *derecho inalienable a la libre determinación e independencia de todos los pueblos que se encuentran bajo regímenes coloniales y racistas o bajo otras formas de dominación extranjera y sostiene la legitimidad de su lucha de conformidad a la Carta y resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas*; *condena la *persistencia de los actos represivos y de terrorismo cometidos por regímenes coloniales, racistas, extranjeros al negar a los pueblos su derecho a la libre determinación y a la independencia y de otros derechos humanos y libertades fundamentales*. Es decir, desde el inicio de sus labores sobre el tópico reconoce en espejo dos tipos de terrorismo y dos tipos de víctimas: *individuos y grupos en pos de objetivos lícitos varios por medio de actos ilícitos, siendo sus víctimas civiles inocentes[3]; y * Estado/s que tiene/n por víctimas a individuos, grupos, pueblos a los que sojuzga/n por la fuerza para mantener

terrorismo, aspecto sobre el que volveremos más adelante. Continúa la Resolución expresando de modo extremadamente débil: *"8. Estudiar la posibilidad de establecer, a título voluntario, sistemas nacionales de asistencia que atiendan a las necesidades de las víctimas del terrorismo y sus familias y faciliten la normalización de su vida (…). También nos esforzaremos por promover la solidaridad internacional en apoyo de las víctimas (…). Eso podría incluir el examen por la Asamblea General de la posibilidad de elaborar mecanismos prácticos para prestar asistencia a las víctimas (…). II. 17 Invitar a las Naciones Unidas (…) (a) operaciones de socorro y apoyo a las víctimas (…). IV. Medidas para asegurar el respeto de los derechos humanos para todos y el imperio de la ley como base fundamental de la lucha contra el terrorismo. Resolvemos adoptar las medidas siguientes(…) destacando la necesidad de promover y proteger los derechos de las víctimas del terrorismo (…)"* (https://undocs.org/es/A/RES/60/288).

[2] Debe tenerse en cuenta que la *Oficina de las Naciones Unidas de Lucha contra el Terrorismo,* establecida conforme Resolución AGNU 71/291 el 15 de junio de 2017 –que agrupa actualmente bajo su seno al Counter–Terrorism Implementation Task Force / Equipo especial de lucha contra el terrorismo (2005) y al UN Counter–Terrorism Centre / Centro de contra–terrorismo de NU (2011), tiene como objetivo central la aplicación de la *Estrategia Global,* feble y difusa en la protección de las víctimas.

[3] *Vid*. D. Pisoiu – S. Hain. *Theories of Terrorism. An introduction,* New York, Routledge, 2018, Cap. 3; L. Brynjar, "On causes of terrorism identified on the basis of a survey of the literature on terrorism", en *Theories of Terrorism*, 2011, p. 276 ss. (https://sites.google.com/site/jihadismstudiesnet/jihadism–studies–at–ffi/causes–of–terrorism). *Vid*. asimismo Trabajo anterior de la autora sobre el mismo tópico (http://rapporter.ffi.no/rapporter/2000/02769.pdf).

la dominación sobre ellos. El propio título de la Resolución resulta esclarecedor en ese sentido: *"Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete sus libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia en un intento de lograr cambios radicales"*[4–5]. Así, reiteramos, esta primera resolución de la AGNU relaciona las medidas para prevenir el terrorismo con las causas subyacentes de esos actos, dimensión que con el tiempo se ha perdido.

A partir de la Res. de la *AGNU 48/122* se comienza a enlazar expresamente terrorismo con derechos humanos, señalando la AGNU que: * lamenta el *aumento del número de personas inocentes asesinadas, masacradas y mutiladas por terroristas en actos indiscriminados y arbitrarios de violencia y ter*ror*que no pueden justificarse bajo ninguna circunstancia* (abarcando el terrorismo de individuos–grupos y el de Estado/s); * es consciente de la *necesidad de proteger los derechos humanos y las garantías de la persona* de conformidad con los principios e instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes, en particular el derecho a la vida; *"*condena inequívocamente todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, dondequiera que se cometan y quienquiera que los cometa, por tratarse de actividades cuyo objeto es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia y que constituyen una amenaza para la integridad territorial y la seguridad de los Estados, desestabilizan los gobiernos legítimamente constituidos, socavan la sociedad civil pluralista y tienen consecuencias adversas para el desarrollo económico y social de los Estados"*. Sin embargo, no contiene ninguna previsión para

[4] Esta resolución crea el *Comité Especial sobre el Terrorismo Internacional* de 35 miembros elegidos en base al principio de distribución geográfica equitativa (http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3034(XXVII)). A esta resolución siguieron numerosas otras (v. el listado de Resoluciones de la AGNU en materia de terrorismo en http://www.un.org/es/counterterrorism/ga_res.shtml).

[5] Numerosos trabajos hacen referencia a la inconducente lógica de solución de conflictos por la relación dominación / incursión / sanción vs. terrorismo de grupos revolucionarios que no lleva a soluciones sino más bien a una escalada de violencia. Entre ellos, F.E. Guerra–Pujol. "The Logic of Terrorism", *18 Barry L. Rev.* (2012), p. 1 ss., que toma como base de sus reflexiones la "Guerra de Argelia"; M. Munir. "Ataques suicidas y derecho islámico", *International Review of the Red Cross*, marzo de 2008, N.º 869 de la versión original, p. 35 ss., quien recuerda expresiones del líder chiíta Sayyid Muhammad Hussayn Fadlallah con relación a los atentados terroristas: "(en) la respuesta de los débiles y los oprimidos a los agresores poderosos (…) cuando no existe otra alternativa, los métodos no convencionales se vuelven admisibles, e incluso hasta necesarios (…)" (p. 37). El referido líder aclara que "el blanco de los mujaidín no son los civiles, sino el ocupante" (p. 38). M. Aksenova. "Of Victims and Villains in the Fight against International Terrorism", *10 Eur. J. Legal Stud*. 17 (2017) que pone en juego la alternancia de roles (villanos–víctimas).

las víctimas del terrorismo, si bien, todos los comportamientos y consecuencias que contempla generan víctimas, víctimas que no son sólo el damnificado *in capita* sino toda la sociedad, atento al shock emocional que la promesa de repetición y expansión que el terrorismo en esencia conlleva.

II. Concepto de víctimas del terrorismo

Suele decirse que es imposible alcanzar una regulación internacional general para proteger a las víctimas del terrorismo antes de que se logre consenso en la definición de "terrorismo", menos aún, antes de contar con una definición de "víctima" universalmente aceptada. Por nuestra parte, en lo que hace a la definición de "*terrorismo*", compartimos la posición de numerosos doctrinarios[6] y de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano en su decisión de 16 de febrero de 2011 en el caso del asesinato del ex primer ministro libanés Rafik Hariri, la que rechazó el punto de vista de que no hay una definición universalmente aceptada de terrorismo. Ello, en el entendimiento de que la serie de tratados[7] y resoluciones de Naciones Unidas[8] y la práctica judicial y legislativa de los Estados[9] permite concluir que ha surgido una regla consuetudinaria de Derecho internacional que condena el crimen de terrorismo, con sus elementos conceptuales perfectamente definidos[10–11]. La mayoría de los doctrinarios y de los instrumentos

[6] *Vid*. C. Fernández de Casadevante Romani. "International Law of Victims", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 14, 2010, p. 268.

[7] Comprende la veintena de acuerdos relativos a: *actos cometidos a bordo de aeronaves (convenio y protocolo), *apoderamiento de aeronaves (convenio y protocolo), *actos contra la seguridad de la aviación civil (convenio y protocolo), *actos contra personas internacionalmente protegidas, *toma de rehenes, *actos contra la seguridad de la navegación marítima (convenio y protocolos), *actos contra la protección física de los materiales nucleares (convenio y enmiendas), *actos con explosivos plásticos, *atentados con bombas, *financiación del terrorismo, *represión de actos de terrorismo (V. www.un.org/es/counterterrorism/legal–instruments.shtml).

[8] *Vid*. http://www.un.org/es/counterterrorism/ga_res.shtml

[9] *Vid*. I. Muñoz Escandell. *Estatuto jurídico de las víctimas del terrorismo en Europa: Estudio de Derecho Comparado*, 2017 (https://iugm.es/wp–content/uploads/2017/06/Estatuto–juri%CC%81dico–de–las–vi%CC%81ctimas.pdf?id=3145); K. Ambos, E. Malarino y Ch. Steiner (Eds.). *Terrorismo y Derecho penal,* Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, EDPAL–K. Adenuauer Siftung, Berlín, 2015; E. Agudo Fernández, M. Jaén Vallejo, A.AL Perrino Pérez. *Terrorismo en el siglo XXI (la respuesta penal en el escenario mundial),* Dykinson S.L., Madrid, 2016.

[10] *Vid*. K. Ambos y A. Timmermann. "Terrorismo y Derecho internacional consuetudinario", en K. Ambos, E. Malarino y Ch. Steiner (Eds), *Terrorismo y Derecho penal,* cit., p. 23 ss.

[11] *Vid*. *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, stl–11–01/I/AC /R176bis, February 16, 2011 (file:///G:/20130530_F0936_PUBLIC_PRES_Interlocutory_Decision_Corrected_WEB_EN.pdf).

internacionales y nacionales contemplan tres elementos básicos que subsumen las múltiples manifestaciones del terrorismo internacional: a) la comisión o amenaza de un acto criminal (delito grave); b) la intención de intimidar gravemente a la población o compeler/coaccionar a una autoridad nacional o internacional a tomar alguna medida o abstenerse de tomarla, y c) un elemento transnacional como parte del acto[12].

Con relación a la definición de "*víctima*", siguiendo a Fernández de Casadevante Romaní[13], hacemos presente que la Resolución de la *AGNU 40/34* adopta la *Declaración de los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y el Abuso de Poder*, la que contiene un concepto de "víctima" que incluye tres categorías de personas: *personas que, individual o colectivamente, han soportado daños físicos o lesiones mentales, sufrimiento emocional, pérdida económica o deterioro sustancial de sus derechos fundamentales (independientemente de que el autor haya sido identificado, detenido, procesado o condenado, o de la eventual relación familiar entre perpetrador y la víctima)[14]; *familia inmediata o dependientes de la víctima directa; *personas que han sufrido daños al intervenir para ayudar a las víctimas en peligro o para prevenir la victimización. Similar definición se halla en el Estatuto y en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional y otros instrumentos internacionales[15].

El Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el 2 de marzo de 2005 la primera norma internacional dedicada exclusivamente a las víctimas del terrorismo. Se trata de las *Directrices para la protección de las víctimas de actos terroristas* (Consejo de Europa, Comité de Ministross–CM/Del/Dec (2005) 917) relativas a los medios a implementar para ayudar a las víctimas y proteger sus derechos fundamentales, excluyendo cualquier forma de arbitrariedad, así como cualquier trato discriminatorio o racista.

---

[12] K. Ambos y A. Timmerman. "Terrorismo y Derecho internacional consuetudinario", cit.,p. 34.

[13] C. Fernandez de Casadevante Romani. "International Law of Victims", cit., en especial p. 221 ss. V. asimismo, C. Fernandez de Casadevante Romani y F. Jiménez García. *Terrorismo y Derechos Humanos. Una aproximación desde el Derecho internacional,* Dykinson, Madrid, 2005; C. Fernández de Casadevante Romani. "El Estatuto Internacional de las Víctimas del Terrorismo", ponencia publicada por la Fundación Miguel Ángel Blanco, s/f (http:// www.fmiguelangelblanco.es/media/archivos/pdf/Ponencia_De_carlos_fernandez_de_casadevante.pdf).

[14] Tal como lo señaláramos precedentemente, "víctima" es también la sociedad toda en tanto la conmoción emocional y mental y el temor generado a futuro afecta a todos.

[15] *I.a. v.g.:* art. 1.1. de la Recomendación *Rec (2006) 8,* de 14 de junio de 2006, del Comité de Ministros del Consejo de Europa (http://policehumanrightsresources.org/wp–content/uploads/2016/06/CoE–Guidelines–on–the–protection–of–victims–of terrorist–acts.pdf); art. 2 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos incluidas las víctimas de terrorismo (http://eur–lex.europa.eu/legal–content/ES/TXT/?uri=CELEX:32012L0029).

III. Derechos de las víctimas

Generalmente, los documentos y los doctrinarios suelen presentar listas parciales o asistemáticas de derechos de las víctimas del terrorismo. Por nuestra parte, tratando de buscar un agrupamiento ordenador de los derechos de las víctimas, hablamos de derechos de las víctimas que corresponden a deberes de los Estados y a deberes de la sociedad internacional, distinguiendo esos deberes según su función preventiva o reparatoria. Destacamos que los derechos de las víctimas del terrorismo exceden el Derecho de los derechos humanos. Sintetizamos los derechos de las víctimas de la siguiente manera:

1. Derechos de las víctimas que corresponden a deberes de los Estados

El derecho de las víctimas[16] a que –conforme los convenios generales y regionales de Derechos Humanos– los *Estados, en* ***función preventiva****,* les garanticen el derecho a la vida, a la integridad física, a la seguridad. Ello, como un "deber operacional"[17], lo que incluye entre otras acciones:

— investigación de personas y situaciones[18];

[16] Al señalar estos derechos incluimos tanto a los actos de terrorismo de individuos–grupos como los actos de terrorismo de Estado, tal como lo hiciera la primera resolución de la AG sobre el terrorismo a la que hiciéramos referencia al inicio de este trabajo. Incluimos en la idea de terrorismo de Estado a las "intromisiones e injerencias ilegítimas" que Estados poderosos suelen llevar a cabo fuera de su territorio so pretexto de combatir el terrorismo, violando generalmente derechos fundamentales de individuos y pueblos.

[17] Tal como lo señala el Punto (10) del *Informe Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de las Víctimas del Terrorismo* (NY, 11 de febrero de 2016) (V. https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/sites/www.un.org.counterterrorism.ctitf/files/FINAL%20Report%20of%20the%20Conference_0.pdf).

[18] La prohibición propia del derecho de los derechos humanos de toda discriminación, en particular, la ejercida por razón de raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, no puede confundirse con la investigación justificadamente direccionada a cierto tipo de grupos, especialmente, si se tiene en cuenta que, según numerosos estudios, en particular uno de 2017 de la Universidad Austral (Argentina) sobre los principales motivos de ataques terroristas en el Mundo durante 2017, el 71% correspondió al fundamentalismo islámico, 11% desconocido, 7% ideologías antiestatales; 5% separatismo; 7% otros (http://www.austral.edu.ar/escueladegobierno/ 2017/ 11/02/davide–caocci–para–infobae–suman–388–los–ataques–terroristas–en–el–mundo–en–lo–que–va–de–2017/). En Chile, la generalidad de los múltiples atentados terroristas de los últimos años ha tenido por actores a individuos de origen mapuche, lo que justifica en el "stopping and searching" el perfil de búsqueda. Al respecto, v. *Mapa interactivo de ataques terroristas a través de la historia en todo el Mundo*(https://storymaps.esri.com/stories/terrorist–attacks/).

— el combate al uso de internet con fines terroristas (comunicación, propaganda);
— la lucha contra la apología, captación y adiestramiento de terroristas y la financiación del terrorismo;
— el control–registro de personas que ingresan al país; el control integrado de fronteras;
— la exigencia de pasaportes biométricos y visados; listado de terroristas; la cooperación estrecha con policías internacionales;
— la cooperación judicial internacional; el control reforzado de infraestructuras críticas; el control de movimientos de dinero fiduciario y de criptomonedas;
— el control de adquisición, tenencia y tráfico de armas;
— la investigación de personas sospechosas[19];
— la expulsión y denegación de asilo a terroristas[20];

[19] El 12 de septiembre de 2018, la Comisión de la UE invitó al Consejo Europeo (en consulta con el Parlamento), con vistas a la Cumbre que tendrá lugar en Sibiu el 9 de mayo de 2019, a adoptar Decisión por la que se modifique el art. 86, apartados 1 y 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con vistas a ampliar la competencia de la Fiscalía Europea a los delitos de terrorismo que afecten a más de un Estado miembro (COM(2018) 641 final)

[20] Rechazamos para los terroristas –una vez condenados– el alcance "pleno" de derechos tales como: derecho de asilo, refugio, *non refoulement*; libertad de expresión; libertad de circulación; la libertad de asociación; derecho a la privacía; derecho de salida anticipada o rehabilitación fuera del ámbito penitenciario; acceso a la libertad condicional –entre otras libertades– por entrar en colisión con derechos y libertades primordiales de otras personas a las que el Estado debe resguardar en su vida, integridad y seguridad, valores superiores a preservar. Contrapuesto al Derecho penal garantista, se encuentra el Derecho penal del enemigo (prevención general positiva). Cancio Meliá resume de modo reduccionista la siguiente fórmula "izquierda política – demandas de descriminalización vs. derecha política – demandas de criminalización" (M. Cancio Meliá: *De nuevo: ¿"derecho penal" del enemigo?,* https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526 _26.pdf). G. Jakobs, formulador de la teoría del Derecho penal del enemigo distingue entre "persona" (ciudadano integrante y sostenedor de la sociedad) y "no persona" (ser natural, individuo peligroso para la sociedad**)** y recuerda las posiciones de Rousseau (el "malhechor" que ataca el "Derecho social" deja de ser "miembro" de la sociedad), Fichte ("quién abandona el contrato ciudadano pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano", "el castigo del criminal no es una pena, sino sólo instrumento de seguridad"), Hobbes ("los que incurren en rebelión no son castigados en cuanto súbditos, sino en tanto enemigos") , Kant ("quien no participa en la vida de un Estado comunitario–legal, debe irse; no hay que tratarlo como persona, sino, como enemigo". (*Vid*. G. Jakobs y M. Cancio Meliá. *Derecho Penal del Enemigo,* Hammurabi, Buenos Aires, 2005). Por otra parte, Cancio Meliá señala, los jueces de los tribunales de derechos humanos –mayoritariamente– tienen inclinación ideológica definida. Desde esa postura, en ciertos casos, han desconocido principios generales del derecho tales como *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat legi generali,* han impuesto la supremacía del derecho de los derechos humanos según su propia interpretación sesgada y politizada por sobre todo el ordenamiento jurídico. Así, han desconocido las normas expresas relativas a limitaciones en la aplicación a los terroristas de los derechos de asilo–refugio, no expulsión, contenidas en instrumentos de derechos especiales y de acuerdos generales y regionales de DD.HH., violando sus textos y aplicando interpretaciones *ad libitum*. Tal el caso, *i.a.* del art. 33.2

— el establecimiento de políticas y acciones dirigidas a la erradicación del racismo, la xenofobia y la discriminación, y toda radicalización que pueda conducir al terrorismo;
— la generación de infraestructuras para situaciones de emergencia;
— la participación en el establecimiento de parámetros comunes a nivel internacional en materia de reglas procesales para los sospechosos y acusados de terrorismo y penas para los condenados;
— la no participación de los Estados en cruzadas de apoyo a ciertos grupos o gobiernos de otras latitudes en casos de injerencia/intervención ilegítima) con la excusa de luchar contra el terrorismo, los que –las más de las veces– alimentan a largo plazo mayor violencia o beneficios políticos de interés particular, etc.

El derecho de las víctimas a que los *Estados, en* ***función reparatoria,*** les otorguen

*compensación, indemnización, restitución[21];

*asistencia, apoyo, rehabilitación, atención a necesidades especiales o vulnerabilidad;

*atiendan necesidades emocionales y psicológicas de las víctimas[22];

Convención relativa al Estatuto del Refugiado de 1951, del art. 13 PIDCP, de los arts. 22.3 y 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de los arts. 12 y 13 de la Convención Interamericana contra la Tortura de 2002, del art. 1.5 de la Convención sobre Derechos de los Refugiados de la Organización de la Unión Africana de 1969. Debe tenerse en cuenta que en relación a la libertad y seguridad personal (art. 9 del PIDCP) el *Proyecto de Observación General nº 35* del 107 PS del Comité de Derechos Humanos (marzo de 2013) pretendió que la garantía se extendiese a "todos", incluidos los extranjeros y personas que hubiesen participado en actividades terroristas. El Proyecto no fue aprobado. A pesar de ello el Comité se ha pronunciado en reiteradas oportunidades como si hubiese sido aprobado. La nutrición interjurisdiccional, exponencialmente, impulsa el proceso de creación del derecho por vía jurisprudencial, sintiéndose los jueces en su activismo "guardianes de las promesas sociales de ciertos grupos" (*vid*. nuestros trabajos "Cultura y Orden Global", Conferencia CARI, octubre 2017 (obtenible en http://www.acaderc.org.ar/doctrina/cultura–y–orden–global) y "El sistema internacional contemporáneo: su dimensión normativa", *en* J. María Beneyto y C. Jiménez Piernas (Dirs.) *Tratado de Derecho Internacional Público*, T. I sobre Concepto y Fuentes del Derecho Internacional (en preparación, 2019).

[21] Pensamos en bienes, incluida una nueva residencia.

[22] Varios instrumentos internacionales no propios del Derecho de los derechos humanos contemplan la función reparatoria del Estado, si bien no todos lo hacen en carácter de "derecho" directo de las víctimas. Citamos a modo ejemplificativo:la *Resolución del CS 1566 (2004)* por la que se estableció un grupo de trabajo encargado entre otras cuestiones de considerar la posibilidad de establecer un fondo para indemnizar a las víctimas de actos de terrorismo y sus familias el que podría financiarse mediante contribuciones voluntarias y nutrirse parcialmente de los activos confiscados de organizaciones terroristas, sus miembros y patrocinadores (Punto 10 parte resolutiva). (*Vid*. todas las resoluciones del CS en materia de terrorismo en https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/resolutions); el *Convenio europeo sobre la indemnización de*

*les presten asistencia médica de urgencia y extendida en el tiempo según el caso;

*les presten asistencia jurídica;

*dispongan la atención de las víctimas por funcionarios con preparación profesional especializada;

*apliquen medidas que protejan la seguridad, la dignidad y la intimidad de las víctimas y sus familiares de la victimización secundaria o reiterada;

*instrumenten el derecho de las víctimas a recibir información sobre sus derechos a los servicios de apoyo y los sistemas de indemnización disponibles;

*derecho a que se identifique, arreste, enjuicie, condene al autor del acto terrorista[23];

*se les garantice en el proceso penal el derecho al debido proceso, a ser oídos, derecho a la información sobre la causa, derecho a traducción e interpretación, derecho a la protección consular, derecho a una revisión de toda decisión de no continuar con el procesamiento;

*derecho a justicia gratuita, derecho al reembolso de gastos procesales;

*derecho al acceso al sistema de justicia reparadora consensuada y otros sistemas alternativos de solución de controversias, etc.

---

las víctimas de delitos violentos de 24 de noviembre de 1983*;* la *Convención del Consejo de Europa sobre la prevención del terrorismo* (Varsovia, 16/05/2005: *"Art. 13 – Protección, compensación y apoyo a las víctimas del terrorismo. Cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para proteger y apoyar a las víctimas del terrorismo que se haya cometido dentro de su propio territorio. Estas medidas pueden incluir, a través de los esquemas nacionales apropiados y sujetos a la legislación nacional, entre otros, asistencia financiera e indemnización para las víctimas del terrorismo y sus familiares cercanos"* (https://www.coe.int/en/web/conventions/full–list))*; Resolución del Consejo de la Unión Europea (UE)* de 10 de junio de 2011sobre el *Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales* **(**2011/C 187/01) (Consid. 8, Anexo Plan de Trabajo); *Directiva 2004/80/CE del Consejo*, de 29 de abril de 2004, sobre *indemnización a las víctimas de delitos* (DO L 261 de 6.8.2004, p. 15); *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo* (DO L 315 de 14.11.2012, p. 57)*; Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo* de 15 de marzo de 2017 *relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo* (http://eur–lex.europa.eu/legal–content/ES/TXT/?uri=CELEX:32017L0541),etc.

[23] Tal como lo señala el Informe Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de las Víctimas del Terrorismo de 2016 ya referido *"Victims are not a homogenous group; they have different needs, expectations and priorities (...) "some want truth, others want punishment, others compensation ..."*, siendo creciente el reclamo de castigo al terrorista.

2. Derechos de las víctimas que corresponden a deberes de la sociedad internacional organizada

Entre los deberes que corresponden a la sociedad internacional organizada e institucionalizada frente a las víctimas de terrorismo, en ***función preventiva*** (**y*reparatoria***según el caso)[24], podemos citar:

i) adoptar convención/convenciones de ámbito universal y/o regional sobre terrorismo que incluya/n medidas de prevención del terrorismo y de la victimización, como también medidas de reparación de los daños sufridos por las víctimas del terrorismo;

ii) contar con organismos especializados en materia de derechos humanos regionales o universales no ideologizados[25] para entender en caso de violaciones vinculadas a actos de terrorismo de Estado[26];

[24] Reparatoria a la hora de su puesta en función.

[25] Al referirnos a tribunales de derechos humanos con competencia para juzgar el "terrorismo de Estado", consideramos que debe repensarse la composición y el rol de los tribunales y entes cuasijurisdiccionales de derechos humanos, ya que cuando se "dignifica" a los terroristas (con monumentos, dando su nombre/s a calles, a cátedras universitarias, etc.) por el hecho de haber sido violados sus derechos en el procedimiento, proceso judicial o la ejecución de la pena, se envían mensajes erróneos de valores a la sociedad (por ejemplo, "el ojo que llora" en el caso de Sendero Luminoso). No debe olvidarse que, cuando se obliga al Estado a indemnizar a los terroristas, a recibirlos en el territorio (*non refoulement*–asilo–refugio–excesivas garantías incluso frente a hechos *ex post* –como los casos Ahani, Al Zari, Aghiza, entre muchos otros–) y se dignifica en aplicación de un garantismo extremo al terrorista, se revictimiza, sacrifica, daña a la víctima de terrorismo, en tanto el Estado no es una entelequia, sino un ente jurídico integrado por la propia víctima/s y, cuando el Estado debe indemnizar, dar reparación a terroristas hace que la víctima indemnice a su victimario, olvidando que quien se colocó "en situación" ha sido el terrorista, sembrando angustia en una población pacífica, inocente. En general, esos tribunales y organismos cuasijurisdiccionales olvidan que el Estado está formado y actúa a través de seres humanos con sentimientos–resentimientos y temores, y no un ente ideal formado por ángeles autocontrolados e impávidos.

[26] No resulta comprensible cómo es posible afirmar –especialmente en estos últimos tiempos de protección de derechos humanos en expansión– que bajo "ninguna causa" un Estado puede violar los amplios y plenos derechos humanos de los terroristas que atacan su sociedad, y al mismo tiempo, justificar y considerar legítimo que los terroristas en sus luchas anti opresión violen derechos humanes de inocentes (v. *supra*). De ese modo, a una misma razón jurídica de preservación se pretende aplicar distinta norma, haciendo prevalecer de modo institucionalizado los derechos de los terroristas por sobre los derechos humanos de personas inocentes. Incluso, en ciertas circunstancias, suele no admitirse el derecho de opción del Estado en la actuación frente a circunstancias complejas en las que tanto la vida como la integridad física de inocentes y terroristas se halla comprometida conjuntamente por acción del terrorista. Este desajuste lógico se ve reforzado en las visiones de los tribunales nacionales garantistas y el perfil del castigo criminal (consecuencialismo), en los que se argumenta que debe prevalecer el reconocimiento, el arrepentimiento, la expiación, la reconciliación con la sociedad, independientemente de que hartamente se haya constatado que esos actos de contrición son una simulación

iii) contar con una Corte Penal Internacional (CPI)[27] con competencia para juzgar el crimen de terrorismo/crimen de lesa humanidad[28];

iv) consagrar la imprescriptibilidad de los crímenes de terrorismo;

v) contar con un sistema que canalice por la vía pacífica los conflictos que son causa de terrorismo, y que muestran la doble dimensión en el concepto de "víctima" señalada al inicio de este trabajo (junto al tradicional, el sojuzgamiento de pueblos y grupos por

---

de mala fe (*vid*. R.A. DUFF. "Penance, Punishment and the Limits of Community", *Sage Journal,* July 1, 2003, *passim;* H. Carvalho. "Punishment and Recognition, *15 New Crim. L. Rev.* 2012, p. 345 ss.).

[27] Para enjuiciar ante la CPI conductas terroristas como crímenes de lesa humanidad, según el art. 7 del Estatuto de la CPI, sería necesario que el Fiscal pruebe los cuatro elementos que constituyen un crimen de lesa humanidad:

* la comisión de ciertos actos;

* que esos actos se han cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático;

* que el ataque fue dirigido contra cualquier población civil en la aplicación o ejecución de la política de un Estado o de una organización internacional;

* el conocimiento que el autor de tales actos tenía del hecho de que tales actos formaban parte de un ataque generalizado o sistemático

[28] Numerosos autores no reconocen que el terrorismo sea un "crimen" de la competencia de la Corte Penal Internacional, sin embargo, es creciente la posición contraria que entiende que reúne los requisitos propios del crimen de lesa humanidad. Comparten esta última visión *i.a.* la exAlta Comisionada para los Derechos Humanos, Mary Robinson (v*id*. *i.a*. párrafo cuarto del Informe a la AGNU Doc. E/CN.4/2002/ 18, 27 February, 2002 obtenible en https://documents–dds–ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/110/24 /PDF/ G0211024.pdf? OpenElement), el Presidente de la Corte Penal Internacional (*vid*. C. Fernandez de Casadevante Romani, "International Law of Victims", *op.cit.,* citando a P. Kirsch, p. 255), Kofi Annan, Robert Badinter (*vid*. A. Cassese: "Terrorism is also disrupting some legal crucial categories of International Law", *EJIL* (2001) Vol. 12–5, p. 994). También lo ha entendió así el primer Fiscal General de la CPI Luis Moreno Ocampo (https://www.lanacion.com.ar/881646–moreno–ocampo–dijo–que–los–crimenes–de–la–guerrilla–tambien–son–de–lesa–humanidad). Por nuestra parte, desde hace largo tiempo, consideramos que la CPI tiene competencia para juzgar hechos cometidos por terroristas bajo la figura del crimen de lesa humanidad. Ello, en tanto el terrorismo no es "un" crimen, una figura comportativa única. Además, no es el hecho de causar temor/terror lo que lo hace crimen, sino los graves actos delictivos cometidos enunciados en el crimen de lesa humanidad como son el asesinato, la tortura física y espiritual, los actos inhumanos que causan intencionalmente grandes sufrimientos o atentan gravemente contra la integridad física o la salud mental o física de las personas, entre otros –lo que, en alguna medida, se da también en el crimen de genocidio y en los crímenes de guerra–. Esos actos se enmarcan en el crimen de lesa humanidad en tanto se cometen como parte de ataques sistemáticos, metódicos, orgánicos, tácticos contra la población civil. Todos los actos delictivos que configuran los crímenes de lesa humanidad buscan condicionar a grupos y gobiernos a hacer o dejar de hacer algo (objetivos políticos, sociales, religiosos), no siendo privativo del terrorismo el objetivo de condicionar/coaccionar, causar temor y cosechar sus ventajas. V. nuestros trabajos: "Refugiados y obligaciones *erga omnes*", en J.A. Musso (Coord.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ed. Bellas Alas, Santiago del Estero, 2017; "Los problemas migratorios desde el Derecho internacional público", Conferencia pronunciada el 2 de mayo de 2017 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba–Argentina, publicada en *Anuario ANDCS 2017* (www.acaderc.org.ar).

sus propios Estados o el sojuzgamiento a causa de injerencia ilegítima extranjera en el marco del contraterrorismo u otros intentos de dominación).

Con relación a este último deber, proponemos para morigerar/eliminar esas causas de terrorismo la instauración de un procedimiento similar al propuesto al Consejo de la Sociedad de Naciones por Tommaso Tittoni (representante italiano ante el Consejo) y aprobado por el Consejo el 20 de octubre de 1920 ("*Informe regulador del procedimiento ante el Consejo de los asuntos relativos a minorías*", Sociedad de las Naciones, Doc. C.24.M.1929.I), el que permitía intervenir al Consejo tempranamente, antes que la escalada de odio y represalias tomara entidad[29]–[30].

[29] Debe recordarse que después de la Segunda Guerra Mundial, por considerarse que el sistema de protección internacional de los derechos humanos daba suficiente cobertura a todo tipo de violaciones de derechos humanos se eliminó el mecanismo de protección de las minorías que se había implantado durante la Sociedad de Naciones (SN). En el Sistema de la SN para todas las cuestiones de minorías se previó un órgano competente: el Consejo de la SN (art. 16 del Pacto de la Liga). De hecho, se constituyó un órgano extraconstitucional: el *Comité de los Tres*, conformado por el Presidente del Consejo de la Sociedad de Naciones y dos miembros más del Consejo. Todo Miembro de la SN podría llevar ante el Consejo un problema de minorías, pero además se reconocía un derecho de petición a los interesados (personas físicas o jurídicas) y, si bien, no se les reconocía capacidad de recurrir directamente al Consejo, se les asignaba un recurso de queja, que era una vía de información de situación acompañada de petición. Por esta vía se atendieron cerca de 450 peticiones de las que sólo 15 fueron examinadas directamente por el Consejo y las demás por el Comité de los Tres. Generalmente, los casos versaban sobre tipo de cuestiones idénticos a los que hoy encienden las chipas de los grandes conflictos al interior de los Estados y que provocan la mayoría de los actos de terrorismo. El Consejo de la SN –las más de las veces– lograba desactivar los desentendimientos desde su origen, preventivamente, garantizando los derechos humanos de las minorías, aunque en ese tiempo no recibieran esa designación sino derecho a la lengua, a la religión, a la educación, al trabajo, igualdad de hecho, etc. El derecho de peticionar era irrenunciable y el derecho del Consejo a intervenir al interior del Estado violador de derechos de las minorías confirmaba la calidad de normas *erga omnes* (incluso cuando ese término no formaba parte de la jerga internacional) que tenían los derechos–obligaciones que protegían a las minorías. La intervención del *Comité de los Tres* actuaba en el momento oportuno, con la primera chispa, mecanismo de prevención del que la sociedad internacional actual carece. Ese sistema tenía efectos reparatorios más allá de la acción del Consejo, ya que las cuestiones relativas a los tratados de minorías preveían la sumisión obligatoria a la Corte Permanente de Justicia Internacional (*vid*. nuestro trabajo "Refugiados y obligaciones *erga omnes*", cit.); F. Gómez Isa (dir.) y J.M. Pureza. *La protección internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI",* Universidad de Deusto, Bilbao 2004, pp. 668–889).

[30] Debe tenerse en cuenta al ponderar la viabilidad de nuestra propuesta que la Res. 1624 (2005) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS) reafirma *"la necesidad de luchar contra el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones por todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas"* y que la Res. 2214 (2015) ha señalado que "*el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones constituye una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales y que los actos de terrorismo son criminales e injustificables, cualquiera que sea su motivación y dondequiera y por quienquiera que sean cometidos (...)".*

Entre otros deberes, señalamos contar con un fondo internacional centralizado para indemnizar a las víctimas de los actos de terrorismo y sus familiares, que podría financiarse mediante contribuciones voluntarias y nutrirse parcialmente de los activos confiscados a las organizaciones terroristas, sus miembros y patrocinadores, tal como lo considerara la resolución 1566 (2004) del CS[31].

IV. Reflexión final

Consideramos que es conveniente volver a relacionar el terrorismo (victimario–víctima) desde el plano de la protección de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (independientemente de que no se admita causa alguna para él) con los motivos que lo provocan, si bien, creemos que corresponde que estos últimos sean tratados desde el Consejo de Seguridad (y/o Asamblea General de las Naciones Unidas), como lo fuera por el Consejo en el sistema de la Sociedad de Naciones.

Dar satisfacción a los derechos de las víctimas del terrorismo (en sentido amplio) y con ello no sólo asegurar la reparación de daños sino construir un sólido complejo preventivo y reparatorio –como el que señaláramos–, que atienda sin privilegios los derechos de todos, ha de significar, necesariamente, cimentar desde sus bases los presupuestos de la paz internacional y la erradicación de la violencia terrorista.

[31] Conforme al art. 79.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional se prevé el establecimiento de un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias. Se ha dado derecho de voz y participación independiente a las víctimas a partir de 2006. En 2007 se ha lanzado el "Manual para víctimas, sus representantes legales y ONG sobre los derechos de las víctimas ante la Corte Penal Internacional" (https://www.fidh.org/IMG/pdf/10–manuel_victimes_CH–VII_ESP7.pdfy https://www.fidh.org/spip.php?page=spipdf&spipdf=spipdf_article&id_article=4266&nom_fichier=article_4266).

TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS QUE NO CONTROLAN PARTE DE SU TERRITORIO

Pablo César REVILLA MONTOYA*

*Sumario***:** Introducción. I. Terrorismo como amenaza a los derechos humanos. II. Espacios territoriales no controlados por los Estados. III. Elementos del hecho ilícito internacional configurado. 1. El elemento subjetivo del hecho ilícito internacional configurado. 2. Indicadores de la Responsabilidad Internacional de los Estados que no controlan parte de su territorio. 3. El elemento objetivo del hecho ilícito internacional configurado. IV. Propuesta de *lege ferenda*. 1. Obligaciones de los Estados que no controlan su territorio. 2. Responsabilidad de los Grupos Terroristas. 3. Obligaciones de la Comunidad Internacional. V. Conclusiones.

Resumen: Esta comunicación advierte que cuando organizaciones terroristas se alojan en territorios no controlados por los Estados, éstos omiten su deber de proteger los derechos humanos de su población. En ese sentido, los Estados están obligados a restituir la paz. En caso no puedan, estarían obligados a solicitar ayuda a la Comunidad Internacional.

Palabras clave: Terrorismo, Derechos Humanos, Responsabilidad Internacional, Control territorial.

Abstract: This communication warns that when terrorist organizations are housing interritories not controlled by the States, they omit their duty to protect the human rights of their population, which are being violated by terrorist groups. In this sense, States are obliged to restore peace. If they cannot, they would be forced to request help from the International Community.

Keywords: Terrorism, Human Rights, International Responsibility, Territorial control.

* Asociado del IHLADI. Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

Introducción

El terrorismo como fenómeno global actual se encuentra enraizado en el imaginario colectivo de la Sociedad Internacional, especialmente luego de los Atentados del 11 de Setiembre de 2001 y recientemente con los atentados cometidos por DAESH[1].

En los últimos años, organizaciones terroristas han aprovechado la debilidad de ciertos Estados para alojarse en territorios no controlados por éstos y desde allí planear o cometer atentados, entre otros delitos.

En ese contexto, la población civil, afincada en territorio que el Estado no controla[2] y que los grupos terroristas aprovechan para alojarse, toman muchas veces la decisión de huir y refugiarse en Estados vecinos. Sin embargo, los que no tienen la oportunidad de huir quedan a merced de los terroristas. Así las cosas, la población civil ha perdido a sus familiares, libertad, propiedades y toda opción de paz y desarrollo.

En tal sentido, nos planteamos cuál es el alcance de la responsabilidad internacional de los Estados que alojan terroristas en su territorio no controlado, dando como consecuencia graves violaciones a los derechos humanos de la población.

En esta comunicación no ahondaremos en la responsabilidad del Estado que no quiere hacerse cargo de su propio territorio o de los terroristas que se alojan allí, ya que nos queda claro que esa situación no es otra cosa que complicidad.

Analizaremos, entonces, la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia de su omisión del deber de proteger los derechos humanos de su población, que están siendo conculcados por los grupos terroristas.

Creemos que los Estados, al ostentar como obligación primordial la de proteger los Derechos Humanos de todos los habitantes de su territorio, están obligados a restituir la paz y retomar la senda del desarrollo de la población que vive en los territorios que no controlan por acción de los grupos terroristas, y en caso los Estados no puedan realizarlo por sus propios medios, están en la obligación de solicitar ayuda a la Comunidad Internacional.

[1] Grupo terrorista autodenominado Estado Islámico de Irak y el Levante (ISIS por sus siglas en inglés).
[2] Para la teoría de las relaciones internacionales estaríamos ante un Estado débil o Estado fallido.

I. Terrorismo como amenaza a los derechos humanos

Los atentados terroristas en un contexto de paz se configuran en crímenes de lesa humanidad y en un contexto de conflicto armado en crímenes de guerra. Aunque para Swinarski[3], al ser el terrorismo un método de combate, la rama pertinente del derecho internacional en la cual es lógico buscar reglas es el derecho aplicable a los conflictos armados.

Nosotros creemos como Piagnatelli que "el crimen de lesa humanidad exige, pues, la creación de un clima general de pánico y terror en la población civil a través de una sucesión de actos de violencia ejecutados por procedimientos de riesgo general, directamente por el Estado o sus órganos o por una organización, con la aquiescencia, la tolerancia o, al menos, la inactividad cómplice o deliberada del Estado, sin que baste la mera inactividad o falta de acción del Estado o la organización"[4]. En tal sentido, los atentados terroristas que se realicen como una práctica sistemática o generalizada constituirían crímenes de lesa humanidad.

Ahora bien, de acuerdo a Gramajo, "la comisión de los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra afecta el bien común de la comunidad internacional… [por lo que] no será aplicable a dichos delitos el orden jurídico particular de un Estado, sino el orden jurídico destinado a perseguir el bien común a todas las naciones, es decir el derecho internacional"[5].

En ese sentido, creemos que el terrorismo afecta a toda la comunidad internacional y por tanto incumbe su regulación al Derecho Internacional Público.

Por otro lado, debemos tener presente que los grupos terroristas afectan seriamente los Derechos Humanos de primera generación como el derecho a la vida, la integridad, la libertad, etc., pero también otros derechos humanos considerados de segunda y tercera generación como el derecho a la propiedad, el derecho al desarrollo o el derecho a la paz. Existe entonces una íntima relación entre los atentados terroristas, violaciones a

[3] C. Swinarski, "Del Terrorismo en el Derecho Internacional Público", *Lecciones y ensayos* 78, 2003, 533 – 547, p. 537.

[4] F. Pignatelli y Meca, "El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", *Lucha Contra el Terrorismo y Derecho Internacional,* 2006, 196 – 228. p. 204. DOC en línea: https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/c/e/ce_133.pdf.

[5] J.M. Gramajo, *El Estatuto de la Corte penal Internacional*, Buenos Aires, 2003, p. 39.

los derechos humanos, el derecho a la paz y el desarrollo. Así las cosas, enfrentar el terrorismo es una obligación del Estado para proteger los derechos humanos de su población.

II. Espacios territoriales no controlados por los Estados

Ciertos Estados no pueden controlar parte de su territorio nacional; las consecuencias son diversas, entre ellas, su debilidad política, militar, económica, el narcotráfico, el tráfico de personas, el tráfico de armas, etc. En cualquier caso, si los Estados no pueden controlar su territorio y no hacen nada al respecto, incurrirían en responsabilidad internacional.

Así, "el Estado no quedaría exento de responsabilidad por los hechos de sus propios órganos consistentes en dejar de cumplir las obligaciones de vigilancia, prevención y represión a su cargo en relación con la actuación de los rebeldes"[6].

Sin embargo, la única forma de excluir la obligación de proteger los derechos humanos de la población que se encuentra atrapada en el territorio no controlado por el Estado o que tuvo que huir de dicho territorio, es el caso de evidente estado de necesidad.

Pero dicho estado de necesidad sólo podría invocarse cuando la existencia misma del Estado se encuentre en riesgo. Como bien apunta Pastor Ridruejo "la necesidad en cuestión es una necesidad de Estado (…) un peligro grave para la propia existencia del Estado, para su supervivencia política o económica…"[7]

Si un Estado no controla parte de su territorio no podrá ejercer sus competencias territoriales allí, omitiendo varios deberes como el de proteger los derechos humanos de su población.

III. Elementos del hecho ilícito internacional configurado

Para nosotros, si un Estado no puede enfrentar a los terroristas que controlan parte de su territorio, tiene la obligación de solicitar apoyo internacional, caso contrario se

[6] M. Pérez González, "Capítulo XXXIV La Responsabilidad Internacional (II)", *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 2003, 749 – 776, p. 755.

[7] J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2009, p. 550.

configuraría un hecho ilícito internacional que generaría la responsabilidad internacional del Estado que sufre los embates terroristas.

En tal sentido, a continuación vamos a describir los elementos del hecho ilícito internacional configurado.

1. El elemento subjetivo del hecho ilícito internacional configurado

El hecho de no poder controlar parte de su propio territorio y que terroristas se alojen allí es una situación de omisión del Estado. Es una omisión a su deber de cuidado o prevención, es decir, no estamos frente a una conducta activa o una acción, estamos más bien frente a una situación de falta de acción.

En tal sentido, para identificar esta omisión como hecho ilícito internacional es importante que tal omisión "pueda ser reputada o ser atribuible a un Estado, es decir, que constituya un hecho del Estado"[8].

Ahora bien, en el caso de los grupos alzados en armas que no han alcanzado a ser reconocidos como beligerantes, los hechos ilícitos que cometan ellos (como el terrorismo) no son atribuibles a los Estados, salvo una excepción, cuando los Estados hayan faltado a una obligación internacional a su cargo, concretamente, a su deber de prevención y represión.[9]

Esta excepción es aplicable a la inacción del Estado al no poder hacer frente a los grupos terroristas que se alojan en el territorio no controlado por dicho Estado y que éste no solicite ayuda a la Comunidad Internacional.

En tal respecto hemos identificado los siguientes indicadores que ayudarán a verificar esa omisión atribuible al Estado y que forma parte del hecho ilícito internacional.

2. Indicadores de la Responsabilidad Internacional de los Estados que no controlan parte de su territorio

Para identificar el alcance de la responsabilidad internacional de los Estados que alojan terroristas en su territorio no controlado y no pueden enfrentarlos, sugerimos los siguientes indicadores: Control territorial nulo, incapacidad de reacción, incapacidad de

[8] F. Novak y L. García–Corrochano, *Derecho Internacional Público*, Lima, 2001, p. 404.
[9] *Ibíd.*, p. 420.

negociación, incapacidad de alojar a los desplazados internos, incapacidad de sostener un corredor humanitario, incapacidad de cooperar y estado de necesidad.

A) Control territorial nulo

ontrol de un Estado sobre su territorio debe ser efectivo. Si un Estado ha perdido el control efectivo de su territorio estamos frente a la imposibilidad de realizar actividades militares o en general cualquier actividad gubernamental tendiente a proteger los derechos humanos de la población.

B) Incapacidad de reacción

Cuando un Estado no tiene la capacidad militar de responder ante la incursión de un grupo terrorista, estando imposibilitado para hacer respetar los Derechos Humanos de la población civil en un territorio determinado.

i. Incapacidad de negociación. Cuando un Estado no es capaz de negociar una salida pacífica al conflicto. Tal vez se encuentre a punto de perder una guerra civil o conflicto similar.
ii. Incapacidad de alojar a los desplazados internos. Cuando un Estado no es capaz de alojar a su propia población civil desplazada por el accionar terrorista, obligándola de alguna manera a refugiarse en otros Estados, lo que puede constituirse en una grave crisis humanitaria.
iii. Incapacidad de sostener un corredor humanitario. Cuando un Estado no es capaz de coadyuvar en el establecimiento de un corredor humanitario, que por definición es temporal, pero debe ser efectivo. Los corredores humanitarios implican una negociación previa entre los grupos terroristas, los Estados afectados y organizaciones humanitarias.
iv. Incapacidad de Cooperar. Cuando un Estado se encuentra imposibilitado de cooperar para resolver el asunto con algún otro Estado u organismo internacional, teniendo en cuenta que la obligación de Cooperar proviene de la Carta de las Naciones Unidas. Ante una situación límite en la que el Estado no pueda controlar parte de su territorio, que se encuentra en manos de grupos terroristas, el Estado debe solicitar ayuda a la Comunidad Internacional.
v. Estado de necesidad. Cuando una situación pone en peligro la existencia misma del Estado se configura el estado de necesidad, que excluiría al Estado del hecho ilícito internacional.

3. El elemento objetivo del hecho ilícito internacional configurado

No basta la identificación del elemento subjetivo para que el hecho ilícito internacional se configure, para ello resulta vital el incumplimiento por parte de un Estado de una obligación internacional. Dicha obligación puede surgir de cualquiera de las fuentes del Derecho Internacional.[10]

En caso que el Estado no pueda controlar parte de su propio territorio y que terroristas se alojen allí, estamos ante el incumplimiento de obligaciones *erga omnes* o que se derivan del Derecho Internacional General, por tanto exigibles por toda la Comunidad Internacional.

Podemos distinguir al menos dos obligaciones internacionales que el Estado que no controla su territorio ha violado. La primera es la obligación de prevenir y la segunda es la obligación de reaccionar.

De acuerdo al párrafo 2 y 3 del art. 14 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados[11] de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en ambos casos estamos frente a un hecho continuado:

> 2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el periodo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.
>
> 3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el período en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

Queda claro, de acuerdo a nuestro planteamiento, que la obligación de prevenir se refiere a la obligación que tiene el Estado de prevenir cualquier acción terrorista contra su población civil que incluye el control de su territorio para que ningún grupo armado tome posesión de él.

Asimismo, la obligación de reaccionar se refiere a la obligación que tiene el Estado de restituir las cosas a su estado original, es decir retomar las riendas del territorio no controlado, devolver a los refugiados a su lugar de origen, investigar, sancionar y castigar a los responsables de crímenes internacionales.

---

[10] *Ibíd*., p. 430.

[11] CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, vol. II, segunda parte, 2007, p. 27.

IV. Propuesta de *lege ferenda*

1. Obligaciones de los Estados que no controlan su territorio

Que un Estado no pueda controlar parte de su territorio no significa que no deba hacerse responsable de las actividades que se realizan allí.

En ese sentido, concordamos con el magistrado Alejandro Álvarez, cuando en su Opinión Individual en el Caso del Canal de Corfú expuso que:

> *By sovereignty, we understand the whole body of rights and attributes which a State possesses in its territory, to the exclusion of al1 other States, and also in its relations with other States.*
>
> *Sovereignty confers rights upon States and imposes obligations on them.*
>
> *These rights are not the same and are not exercised in the same way in every sphere of international law.*[12]

Estas obligaciones son fruto de la soberanía estatal, son consecuencia de los derechos que se derivan de ella, porque todo derecho conlleva una responsabilidad, la de cumplir obligaciones procedentes de ella.

En ese sentido, el Estado será responsable por todos los actos terroristas que no reprima o no pueda reprimir. En esos casos se debe identificar claramente los motivos que llevaron al Estado a no reprimir, investigar, juzgar y sancionar actos terroristas.

Así, el Estado que no controla su territorio está obligado a buscar el apoyo de la Comunidad Internacional, en especial del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas u organismos regionales legitimados.

En otras palabras, si un Estado no puede proteger los Derechos Humanos en sus territorios no controlados, estaría obligado a solicitar ayuda a la Comunidad Internacional. En caso no lo haga, incurrirá en responsabilidad internacional.

2. Responsabilidad de los Grupos Terroristas

Los grupos terroristas no son considerados sujetos de derecho internacional, sin embargo en caso logren por algún medio conformar un Estado nuevo en el espacio no controlado por el Estado que los alojó sin su consentimiento, la responsabilidad por las

[12] ICJ, Corfu Channel, Separate Opinion by Judge Alvarez, 9 April 1949, *I.C.J. Reports 1949*, p. 43.

violaciones a los Derechos Humanos o normas internacionales, que cometieron los grupos terroristas durante el conflicto, será asumida por el nuevo Estado.

Asimismo, la responsabilidad internacional de las violaciones a los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario cometidas por dichos grupos terroristas deberá ser reprimida de manera individual una vez terminado el conflicto.

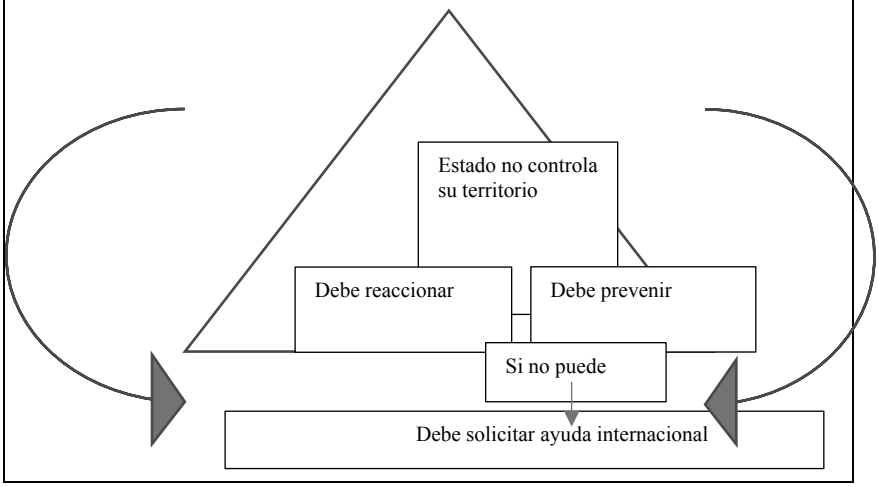
3. Obligaciones de la Comunidad Internacional

La Comunidad Internacional ostenta la responsabilidad de proteger a las víctimas de las acciones terroristas cuando los Estados no puedan controlar su territorio.

Estamos de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad de proteger[13] que implica la responsabilidad de prevenir, reaccionar y reconstruir.

En tal sentido, la Comunidad Internacional debe ayudar al Estado que no controla su territorio a recuperarlo y una vez recuperado debe cooperar con la investigación, juzgamiento y sanción de los terroristas.

Figura 1: Esquema de la Responsabilidad Internacional Estatal por no controlar su territorio en manos de grupos terroristas:



[13] ICISS, *La Responsabilidad de Proteger*, 2001, 95 pp.

V. Conclusiones

1. El terrorismo afecta a toda la Comunidad Internacional, por lo que cuando un Estado no puede enfrentarlo, incumbe su enfrentamiento a la Comunidad Internacional.

2. Si los Estados no pueden ejercer la totalidad de sus competencias territoriales y no hacen nada al respecto, dejando a la población civil que vive allí a merced del terrorismo, incurrirían en responsabilidad internacional.

3. Se debe identificar claramente los indicadores de la responsabilidad internacional de los Estados que no controlan parte de su territorio.

4. La soberanía no sólo confiere derechos a los Estados, sino también les impone obligaciones como la de prevenir y reaccionar ante el accionar terrorista en territorio nacional.

5. La Comunidad Internacional tiene la responsabilidad de proteger a las víctimas de las acciones terroristas cuando los Estados no puedan controlar su territorio. Asimismo, debe coadyuvar en la recuperación del territorio estatal, para luego cooperar con la investigación, juzgamiento y sanción de los terroristas de forma individual.

RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS EN SITUACIONES DE RIESGOS Y AMENAZAS

Ana Elizabeth VILLALTA VIZCARRA (El Salvador)*

Sumario: I. Introducción; II. Iniciativas en el Marco Universal o Global. III. Iniciativas en el Marco Regional. IV. Alguna Legislación Interna en el Marco Regional. V. Casos y Jurisprudencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. VI. Buenas Prácticas. VII. Desafíos.VIII. Conclusión.

Resumen: El presente trabajo ha recopilado las buenas prácticas e iniciativas que se han realizado tanto en el ámbito universal o global como en el regional, para posteriormente identificar en el continente americano la legislación interna sobre esta temática, la jurisprudencia (incluso la dada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos) y los desafíos que puedan ser utilizados con el objeto de identificar alternativas que puedan dar un mejor tratamiento al tema.

*Palabras claves***:** Buenas Prácticas. Universal. Regional. Legislación. Jurisprudencia.

Abstract: This work has compiled good practices and initiatives that have been carried out both in the universal or global scope and in the regional one, for later identify in the American continent the internal legislation on this subject, the jurisprudence (including that given in the Inter–American Human Rights System) and the challenges that may arise be used in order to identify alternatives that can give a better treatment to the topic.

Keywords: Good practices. Universal. Regional. Legislation. Jurisprudence.

I. Introducción

Si bien es cierto que las Empresas tienen un gran potencial para generar crecimiento económico, reduciendo así los índices de la pobreza, también es posible que no siempre estén en la disposición de querer garantizar los derechos humanos. Es por esta razón, que este tema de la relación entre derechos humanos y responsabilidad social de las Empresas empezó adquirir importancia en la década de 1990, como consecuencia de la rápida expansión económica debido a la globalización.

* Miembro del IHLADI. Profesora Titular de Derecho Internacional de la ESEN. Miembro del CJI. Embajadora de Carrera del Servicio Diplomático de El Salvador. Miembro de ASADIP. Miembro de AMEDIP.

Sobre todo porque en los últimos años se le ha dado más atención a las obligaciones de actores no estatales y de manera especial a las empresas por el poder que tienen estas para ejercer impacto en los derechos fundamentales (responsabilidad de las empresas), ya que las empresas pueden violar los derechos humanos con sus prácticas de empleo, o por la forma en que sus procesos de producción repercuten en los trabajadores, las comunidades y el medio ambiente.

II. Iniciativas en el Marco Universal o Global

Actualmente se le ha puesto mucha atención a esta relación de Derechos Humanos y empresas, en la Organización de las Naciones Unidas (ONU), así tenemos que en el 2008 el Secretario General de las Naciones Unidas nombró un Representante Especial para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas, el Profesor John Ruggie de la Universidad de Harvard, quien culminó su mandato en marzo del 2011 con los llamados "Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos", puestos en práctica en el marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", los derechos fundamentales.

La figura del Representante Especial fue creada en el 2005 a petición de la antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas , con el objetivo de alcanzar un consenso universal acerca del papel de los Estados y las empresas en relación a los impactos de la actividad empresarial en los derechos humanos, debido a que no se logró adoptar en el 2003 un documento conocido como la Normas de las Naciones Unidas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la cuestión de los Derechos Humanos, las que buscaban delinear en forma definitiva las responsabilidades atribuibles a las Empresas en lo que respecta a derechos humanos y medioambiente e impusieron además responsabilidades de gran alcance sobre las actividades comerciales para la realización de los derechos fundamentales, razón por la cual no lograron un amplio apoyo por parte de los Estados, argumentando que carecían de fundamento legal.

Esto provoco que un año después se solicitara por la antigua Comisión de Derechos Humanos, hoy Consejo de Derechos Humanos, al Secretario General de las Naciones Unidas que se designara a un Representante Especial para esta temática con el objeto que investigara y aclarara los aspectos jurídicos y políticos básicos en tema de empresas y derechos humanos, nombrándose así al Profesor Ruggie, quien estableció su Marco y Principios Ruggie.

Estos Principios, que en su total fueron 31, se concentran en tres aspectos básicos:

1) El deber del Estado de proteger frente a los abusos en materia de Derechos Humanos provenientes de terceras partes, incluyendo las Empresas;

2) La Responsabilidad Empresarial de éstas en cuanto al respeto de tales derechos, lo que significa actuar con la diligencia debida a fin de evitar vulnerar los derechos de otros ;
3) La necesidad de que los perjudicados dispongan de reparaciones efectivas, incluso mediante el acceso a los tribunales del país de origen de las firmas, es decir un mayor acceso de las víctimas a recursos efectivos, judiciales y no judiciales, y a una compensación efectiva.

En el marco de estos Principios, se reafirma la obligación de los Estados de proteger a sus nacionales de cualquier violación a sus derechos, ya sea por parte del mismo Estado o de terceros.

El mandato de las Naciones Unidas para el Profesor Ruggie se concentraba en lo siguiente:

a) Identificar y clarificar los estándares de responsabilidad y rendición de cuentas de empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos;
b) Trabajar sobre la función de los Estados de regular y asignar de forma efectiva la función de las Empresas transnacionales y otras Empresas comerciales con respecto a los derechos humanos incluso a través de la cooperación internacional;
c) Investigar y clarificar las implicancias de conceptos como "complicidad" y "esfera de influencia" en lo que respecta a empresas transnacionales y otras empresas comerciales;
d) Realizar un compendio de las mejores prácticas de los Estados, empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

En cuanto a las obligaciones de las Empresas, podrían resumirse en las siguientes: nivel de compromiso político, deber de diligencia y remediar o reparar los daños. En ese sentido, el mandato de Ruggie se basaba en lo siguiente:

1) En el deber de los Estados de proteger los derechos individuales frente a abusos cometidos por actores no–estatales;
2) La responsabilidad que tienen las empresas de respetar los derechos humanos; y,
3) La existencia de mecanismos legales adecuados en caso de conflictos (sean judiciales o no–judiciales).

Lo que sucede en cuanto a la relación entre los derechos humanos y la Responsabilidad Social de las Empresas, es que se tenía la percepción de que la protección de los derechos humanos únicamente pertenecía a los Estados y que a las Empresas les

tocaba respetar las leyes nacionales de los Estados donde operaban, ahora tenemos que a las Empresas les toca respetar los derechos humanos por ser una parte esencial de su responsabilidad social, además de proteger y garantizar los derechos humanos, les permite tener una apreciación más positiva de sus negocios en la sociedad, ya que mejora su reputación, la motivación de sus trabajadores, clientes y usuarios.

En ese sentido, las empresas también deben considerar como contribuir a evitar la violación de los derechos humanos por abusos de terceros, de tal suerte que las empresas también tendrían la responsabilidad de proteger a los individuos de abusos perpetrados por terceros. Por tal motivo, las Empresas están en la obligación de respetar, proteger y hacer cumplir los derechos humanos tal como lo deben hacer los Estados, para lo cual es necesario que conozcan la normativa internacional no solo sobre Empresas sino que también sobre derechos humanos.

De tal manera, que las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos, lo que implica tanto la obligación de abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros, como la necesidad de hacer frente a las consecuencias negativas sobre los mismos en las que tengan alguna participación.

Los Estados por su parte, son los principales responsables de garantizar los derechos humanos de todas las personas, así como de proteger a las personas contra cualquier violación de los mismos por parte de un tercero, sean éstos personas físicas o jurídicas, y de adoptar además todas aquellas medidas necesarias para asegurar su disfrute y ejercicio efectivos. Por tal motivo, deben conocerse las principales normas internacionales relacionadas con las Empresas y los Derechos Humanos, entre ellas tenemos:

Las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para las Empresas Multinacionales de 1976; La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se 1977; El Pacto Mundial de las Naciones Unidas de 2000 referente a derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anti–corrupción; Los Estándares de desempeño de sostenibilidad social y ambiental de la Corporación Financiera Internacional de 2006 ; El Marco de Ruggie de 2008 aprobado en forma unánime por el Consejo de Derechos Humanos; la Guia de Responsabilidad Social, ISO 260000 de la Organización Internacional de Estandarización de 2010 y los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos aprobados por la Resolución de Naciones Unidas 17/4. A/HRC/RES/17/4 de 6 de julio de 2011.

Estos Principios Rectores de la ONU se convirtieron en el marco global de referencia en la relación Empresas y Derechos Humanos, para todos los actores que de forma directa o indirecta tienen obligaciones, responsabilidades o intereses legítimos en relación con la actividad comercial y empresarial, y son las normas de

conducta que a nivel mundial se espera de todas las empresas y de todos los Estados en relación con los derechos humanos y las actividades empresariales , se concentran en lo siguiente: la obligación de los Estados de prevenir violaciones de derechos humanos por parte de Empresas en su territorio y en el extranjero; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos a través de medidas de debida diligencia orientadas a evitar impactos negativos, y el derecho de las víctimas a reparación.

Con los Principios Rectores se pretende establecer unas directrices universalmente aplicables y viables para la prevención y reparación efectivas de las vulneraciones de los derechos humanos relacionados con las empresas, y tal como lo ha establecido la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, deben entenderse" como un todo coherente y ser interpretados, individual y colectivamente, en términos de su objetivo de mejorar las normas y prácticas en relación con las empresas y los derechos humanos a fin de obtener resultados tangibles para las personas y las comunidades afectadas, y contribuir así también a una globalización socialmente sostenible".

El 14 de julio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas unánimente por la Resolución 26/9. A/HRC/RES/26/9 decidió que se elaborara un Instrumento jurídicamente vinculante sobre las Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos para lo cual se creó un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre este tema para redactar un tratado vinculante de derechos humanos aplicable a las corporaciones trasnacionales y otras empresas, esta resolución fue iniciativa principalmente de Ecuador y de Sudáfrica. Hay que tener en cuenta que tanto los Principios Rectores como el Instrumento jurídicamente vinculante sobre responsabilidad empresarial, son procesos complementarios.

Este Instrumento al concluirse podría obligar a los Estados a exigir que las Empresas adoptaran políticas y procesos destinados a detectar, prevenir o mitigar violaciones de derechos humanos cometidas en su giro comercial, razón por la cual, aparecieron muchos detractores (tanto Estados como empresas) a este Instrumento, y es que hoy en día existen una serie de violaciones de derechos humanos cometidas gracias a la actuación de empresas, las cuales pueden ser tan graves como las cometidas por agentes estatales, por lo que el tema sigue actualmente en agenda en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Además de estas normas internacionales, la situación entre derechos humanos y empresas tiene relación con todos los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, tanto en el plano universal como en el regional, por lo que todos estos derechos tienen que ser protegidos y garantizados por las Empresas.

El reparto de las responsabilidades entre el Estado y empresas está en proceso de evolución y desarrollo, igual a lo que ocurre con el reparto de responsabilidades entre las empresas y los individuos que las dirigen, por lo que existe una clara tendencia a extender las obligaciones de derechos humanos más allá de los Estados, aplicándolas a los individuos o particulares.

En la actualidad es muy común observar las violaciones a derechos humanos por parte de las Empresas en las explotaciones y extracciones de minería, existiendo no solo responsabilidad para las propias empresas sino también para los Estados donde está ubicada la mina y donde tiene su sede la empresa transnacional.

Esta Responsabilidad Social Empresarial de respetar los derechos humanos atañe a todas las Empresas de cualquier naturaleza y tamaño, por lo que deben asumir este compromiso político de respeto de los derechos humanos; lo que debe hacerse con una diligencia debida identificando, previniendo, mitigando y rindiendo cuentas por los impactos negativos en los derechos humanos y la utilización de mecanismos de compensación para reparar los daños, directos o indirectos, ocasionados en los derechos humanos.

A las empresas en el 2011 se les dio una orientación operativa sobre la implementación de su responsabilidad corporativa de proteger los derechos humanos mediante los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos a fin de que cumplieran con el marco de las Naciones Unidas de "Proteger, Respetar y Remediar", los cuales son congruentes con las normas internacionales de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Estos Principios también han estado recibiendo apoyo de otras entidades internacionales como: La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) que los incluyó en la actualización del 2011 de sus Directrices para Empresas Multinacionales; La Corporación Financiera Internacional , que brinda préstamos a empresas de países en vías de desarrollo con la finalidad de promover el desarrollo económico y reducir la pobreza, reconoció la responsabilidad del sector privado con respecto a los derechos humanos en su Política sobre sostenibilidad social y ambiental de 2012; la Comisión Europea por su parte, emitió una nueva política de responsabilidad social y corporativa que expresa la prevención de que las empresas europeas respetarán los derechos humanos.

Con esto las Empresas tendrán un marco coherente e inclusivo que les permita encausar sus actividades, políticas y procesos en el respeto de los derechos humanos, el cual se aplicara según las cualidades y particularidades de las empresas. Estos Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos son los mayores pasos que las empresas deberían dar para garantizar que se respeten los derechos humanos. Estos Principios fueron creados con el fin de aclarar y desarrollar las

consecuencias que se derivan del marco actual de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y ofrecer una orientación sobre el modo de ponerlos en práctica.

En razón de lo anterior, se hace necesario que en este tema de Derechos Humanos y Empresas, se haga obligatorio el aplicar en las Empresas el marco Ruggie, la conveniencia de establecer mecanismos legales que hagan cumplir a las Empresas su responsabilidad con los derechos humanos y capacitar a las Empresas con mejores prácticas en esta temática, ya que las empresas no tiene únicamente la responsabilidad de evitar la violación de los derechos fundamentales sino que deben coadyuvar activamente para que estos se cumplan, es decir, la obligación de respetarlos incluso por terceros.

Así mismo, las empresas deben establecer un proceso de diligencia debida de los derechos humanos, para poder identificar a las personas que podrían verse afectadas por sus actividades y cuales derechos podrían ser vulnerados, por lo que deberá de determinar que acciones debe emprender para contrarrestar su impacto o prevenirlos.

Esto debido a que los Principios de Ruggie no son obligatorios pero si constituyen el avance jurídico normativo sustancial hacia la elaboración de un Instrumento Jurídicamente vinculante que permita declarar la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos y su reparación, tal como quedo establecido por la Resolución A/HRC/26/L.22 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2014. Hay que tomar en cuenta la célebre frase de John Ruggie: "No conozco ninguna empresa que haya quebrado por invertir en derechos humanos: y algunas que si, por no hacerlo".

III. Iniciativas en el Marco Regional

La Organización de los Estados Americanos (OEA), ha emitido normativa internacional sobre este tema principalmente, a través de resoluciones emanadas por la Asamblea General de la OEA, de carácter recomendatorio, manifestando su preocupación al respecto empezándole a dar tratamiento a partir del 2001 con la Resolución de Asamblea General AG/RES.1786 (XXXI–O/2001), en virtud de la cual encomienda al Consejo Permanente el análisis del tema, con el propósito de precisar su contenido y alcances, de forma tal de ilustrar a los países miembros de la OEA y difundir al interior de estos los elementos que la componen.

El tema ha sido tratado en las subsiguientes Asambleas Generales de la OEA, recomendando su implementación por parte de los Estados miembros de la Organización, mostrando especial preocupación porque las Empresas incorporen una política de responsabilidad social empresarial, especialmente en el ámbito de los

derechos humanos y del medio ambiente. En la actualidad, el tema fue tratado en la Asamblea General de la OEA llevada a cabo en República Dominicana en junio de 2016, en la Resolución AG/RES.2887 (XLVI–016) denominada Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de 14 de junio de 2016, la cual en su Resolutivo iii. Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los Derechos Humanos, recordó: el contenido de la Resolución A/HRC/RES/26/9 aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 14 de Julio de 2014 bajo el título "Elaboración de un Instrumento Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los derechos humanos"; Destacó que recae en los Estados la obligación y la responsabilidad primaria de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y en contra de los abusos cometidos en su territorio y su jurisdicción inclusive por terceros, incluidas las Empresas; Tomo nota del informe sobre "Responsabilidad Social de las Empresas en el campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas", aprobado por el Comité Jurídico Interamericano, *Resolviendo*:

1) Hacer un llamado a los Estados miembros para fortalecer los mecanismos que establecen garantías para el respeto de los derechos humanos y el medio ambiente por parte de las empresas, actuando en concordancia y observancia de los instrumentos internacionales aplicables, y de conformidad con las legislaciones nacionales;
2) Alentar a los Estados Miembros a que consideren su participación en las iniciativas a nivel nacional, o regional, o global para la protección de los derechos humanos de quienes pueden verse afectados en sus empresas;
3) Solicitar al Comité Jurídico Interamericano que realice una recopilación de buenas prácticas, iniciativas, legislación, jurisprudencia y desafíos que puedan ser utilizados como base para identificar alternativas para el tratamiento del tema, la cual se pondrá en consideración del Consejo Permanente en el plazo de un año; y, adicionalmente, requerir a los Órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que contribuyan con sus aportes y experiencia a dicho proceso. La ejecución del presente mandato, estará sujeta a la disponibilidad de recursos financieros en el programa presupuesto de la organización y otros recursos.

En cuanto al Comité Jurídico Interamericano**,** el tema ha sido tratado como la "Responsabilidad de las Empresas en el campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente". En dicho Informe se hizo una relación de las Resoluciones que sobre esta temática ha emitido la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en sus distintos periodos ordinarios de sesiones. Así como diversas Conferencias Interamericanas organizadas por el Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a partir del 2002, cumpliendo con el

mandato de la III Cumbre de las Américas, celebrada en Quebec, Canadá en abril del 2001, las que se han celebrado en distintos Estados del Continente.

IV. Alguna Legislación Interna en el marco regional

La República Argentina con su Ley N°25877 de junio de 2004 denominada Ley de Ordenamiento Laboral que en su capítulo IV establece que las empresas nacionales o extranjeras deben elaborar anualmente un balance social de su empresa, esta ley se complementa con la Ley N°2594 del 6 de diciembre de 2007 que regula el contenido y alcances del denominado Balance de Responsabilidad Social y Ambiental.

En Costa Rica se cuenta con la Ley Marco de la Responsabilidad Social Empresarial de 2010 que establece a las Empresas la obligación de presentar un balance social de sus actividades, en el cual se debe tomar en cuenta las políticas, prácticas y programas implementados a favor del desarrollo humano y sostenible y con la Ley de Responsabilidad Social Corporativa de Turismo también de 2010 por la cual se estimula a las empresas a participar en programas de responsabilidad social.

En El Salvador, no hay regulación específica sobre responsabilidad social empresarial pero la Ley del Medio Ambiente publicada por Decreto Legislativo N°233 de 1998, contempla beneficios fiscales para las empresas que realicen procesos, proyectos o productos ambientalmente sanos o que apoyen a la conservación de los recursos naturales.

En los Estados Unidos de América se cuenta con la Ley de Reclamación por Agravios contra Extranjeros que forma parte de la Ley Judicial de 1789 por la cual se determina responsabilidad a las empresas por violaciones a los derechos humanos. También se cuenta con leyes que tienden a desestimular o prohibir la obtención de bienes o servicios producidos o brindados por empresas en violación a los derechos humanos, entre ellas tenemos: La Ley de Aranceles de 1930 sobre importación de bienes producidos con mano de obra forzada, la Ley de 1977 sobre Prácticas Corruptas, la Ley de Protección de Víctimas de Tráfico de 2000 y las secciones 1502 y 1504 de la Ley de Protección al Consumidor de 2012.

En Jamaica tampoco existe una ley específica sobre la materia pero en la Ley de Sociedades de 2004 se establece como una obligación legal de las Empresas ejercer la responsabilidad social empresarial en sus operaciones para la protección de la sociedad y el medio ambiente y que es obligación de las empresas no solo velar por los intereses de la misma, sino también de los empleados y de la comunidad donde opera y la Ley de Zonas Marítimas de 1996 que impone la obligación a toda persona o empresa de respetar el medio ambiente.

En México, hay una serie de normas que establecen la responsabilidad social de las Empresas sobre todo en el campo laboral y del medio ambiente, así tenemos, la Ley Federal de Trabajo, la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación, la Ley General de las personas con discapacidad, y se está promoviendo la Guía de Responsabilidad Social–NMX–SAST–2600–IMNC–2011/ISO 26000:2010 que señala los principios y materias que comprende la responsabilidad social y como consecuencia del NAFTA (bloque económico del Tratado de Libre Comercio de América del Norte), México tuvo que implementar prácticas de naturaleza empresarial compatibles con el respeto a los derechos humanos y al medio ambiente lo que le daría mayores oportunidades para promocionar sus productos a los clientes de Canadá y Estados Unidos.

En Perú mediante Decreto Supremo N°015–2011–TR se creó el Programa Perú Responsable dentro del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, como parte del proceso de despliegue de políticas inclusivas y de diálogo entre el Estado, la sociedad y el sector privado, por el cual se diseñaron políticas públicas en materia de responsabilidad social empresarial. También en el capítulo 4 denominado Empresa y Medio Ambiente de la Ley N°286111 de la Ley General del Ambiente del 13 de octubre de 2005 se estableció un grupo de obligaciones a cargo de las empresas. También en Perú el sector privado se ha interesado por este tema y así tenemos que en la década de 1990 se crea una organización privada bajo el nombre de Perú 2021 que impulsa la responsabilidad social empresarial como parte de la nueva visión nacional que se debe impulsar.

Es conveniente, impulsar a los demás Estados de la región a que adopten legislación nacional ya sea de una manera específica o genérica sobre responsabilidad social de las empresas con el objeto de tener normas de carácter vinculante. Si bien es cierto las leyes nacionales imponen obligaciones a las empresas, la responsabilidad corporativa internacional de respetar los derechos humanos proporciona un grado de responsabilidad por encima de las normas jurídicas nacionales, lo que significa que si los Estados no hacen cumplir adecuadamente a las empresas por la infracción de sus leyes nacionales, éstas siguen siendo responsables de respetar los derechos humanos.

Algunos Estados en base a las Resoluciones de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos han expresado su compromiso con la temática de Derechos Humanos y empresas, así tenemos que Chile ha expresado su compromiso con los Principios Rectores de Naciones Unidas y con los resultados de la sesión especial que sobre este tema se realizó a nivel regional en el seno de la Organización de los Estados Americanos en enero de 2015.

De esta manera, es que Chile a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, está elaborando el desarrollo de un Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos

y Empresas donde está tomando como fundamento para el tema, los aportes que se han dado en el ámbito universal y regional, así como la participación de todos los actores interesados, a fin de tener un diálogo que sea abierto, inclusivo y transparente paro lo cual celebró en abril de 2015 un Seminario Nacional de Alto Nivel para iniciar un debate sobre el tema.

Colombia por su parte, publicó en julio de 2014 los Lineamientos de Política Pública sobre Derechos Humanos y Empresas donde han tomado en cuenta los estándares internacionales sobre esta temática, para culminar con un plan nacional de acción sobre empresas y derechos humanos de conformidad especialmente con los Principios Rectores de las Naciones Unidas, para lo cual inició diálogos con la sociedad civil y las empresas, lo que hará que su Plan sea de verdadero consenso. Este Plan ya es una realidad en Colombia y fue lanzado por el Presidente Juan Manuel Santos denominado Plan Nacional de Acción en Empresa y Derechos Humanos, con el objeto de que las empresas desarrollen sus negocios con absoluto respeto a los derechos humanos.

Este Plan es un documento vivo que contiene líneas de acción para que las entidades del Estado generen las condiciones mínimas que hagan que las empresas desarrollen su negocio con absoluto respeto por los derechos humanos. Este Plan fue consensuado con empresas, organizaciones de la sociedad civil y el apoyo de la comunidad internacional, de conformidad a lo planteado por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos el cual debe ajustarse al contexto de cada país, significando el punto de partido del nuevo rol que debe jugar el Estado como garante de los derechos de los ciudadanos en su interacción con las empresas.

Es conveniente, que los Estados sigan el ejemplo de Chile y de Colombia y que intercambien experiencias con estos dos Estados para poder también contar en sus países con un Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas, que se fundamente en un dialogo donde participen todos los actores claves, como lo son los Estados, las empresas y la Sociedad Civil y que se tome en cuenta toda los avances que hasta el momento se tienen en el ámbito universal y en el regional.

V. Casos y Jurisprudencia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Actualmente tenemos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado una serie de normas y recomendaciones a los Estados en este tema de Derechos Humanos y Empresas, donde éstas juegan un rol importante, especialmente en la temática de extracción de recursos naturales y en los derechos de los pueblos indígenas por la afectación que se da a los derechos humanos, como por ejemplo contaminación

procedente de las fábricas, de los proyectos mineros que han privado a muchas comunidades de sus medios de vida, de sus fuentes de agua, o bien alterar su composición social.

Esto se debe a que actualmente la inversión privada relativa a la extracción de recursos naturales ha aumentado considerablemente en América Latina, provocando como es natural impactos tanto positivos como negativos, dándose a la vez un crecimiento económico pero también conflictos sociales debido a la vulneración de los derechos humanos, y es que las empresas tienen la responsabilidad de evitar vulnerar los derechos humanos de manera que puedan provocar desplazamientos arbitrarios de personas, debiendo tomar medidas para corregir dichas vulneraciones. Es por ello que las empresas deben evitar que sus propias actividades ocasionen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hacer frente a estas consecuencias cuando se produzcan. Es por esta razón que el Representante Especial de Naciones Unidas John Ruggie manifestaba: "Respetar los derechos humanos implica que las empresas deben actuar positivamente para conocer y prevenir los efectos negativos en los derechos humanos, y responder a ellos".

En ese sentido, en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde el año 2004 se tiene registro de audiencias temáticas donde se han abordado conflictos de intereses entre los derechos de los pueblos indígenas y las empresas privadas relacionadas con la extracción de recursos naturales, afectando derechos humanos.

Entre estas audiencias tenemos: La Situación de los pueblos indígenas con relación a las industrias extractivas de marzo 2004; Derechos Humanos y calentamiento global de marzo de 2007; la situación de personas afectadas por la industria extractiva minera y petrolera en Ecuador de marzo de 2007; el Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en la región amazónica y ejecución de proyectos de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana de marzo de 2010; la Situación de los Derechos Humanos de las personas afectadas por la minería en las Américas y responsabilidad de los Estados huéspedes y de origen de las empresas mineras de noviembre de 2013 y la Industrias extractivas y derechos humanos del pueblo mapuche en Chile de marzo de 2015.; la responsabilidad de Canadá en violaciones a derechos humanos cometidas por sus Empresas mineras en América Latina de 2015 y dos audiencias temáticas también en el 2015 sobre la necesidad de considerar la responsabilidad de los Estados de origen de las empresas, denominadas Derechos Humanos e industrias extractivas en América Latina (tema de extraterritorialidad).

Además de las Audiencias temáticas también se han tenido casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre ellos: el asunto Yanomani contra

Brasil en 1985; el caso de las Comunidades Indígenas Maya contra Belice en el 2000; el caso de la Comunidad Mayagua Awas Tingni contra Nicaragua en el 2001; el Caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku y sus miembros contra Ecuador de 2004; El caso de la Comunidad de San Mateo de Huanchor y sus miembros contra Perú en el 2004; el Asunto Ximenes Lopes contra Brasil en el 2006; el caso del Pueblo Saramaka contra Suriname de 2007; el caso de la Comunidad indígena Xákmok Kásek contra Paraguay de 2010.

Muchos de estos casos han sido judicializados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos deduciendo responsabilidad a los Estados por permitir que Empresas vulneraran derechos humanos de las personas así como daños al medio ambiente, dejando como precedente de que se puede configurar responsabilidad internacional cuando el Estado acepta que empresas privadas afecten derechos humanos ; cuando el Estado no cumple sus obligaciones de supervisión hacia dichas Empresas ya que las empresas tienen la obligación de reparar frente a violaciones de derechos humanos en un nivel interno.

En este sentido, hay que tomar en cuenta el art. 36 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que establece: "Las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales éstos sean Parte, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido que la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos cometidas por los particulares está contenida tanto en la Declaración de Derechos Humanos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que el carácter erga omnes de las obligaciones de proteger y garantizar los derechos humanos se encuentra presente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en sus Sentencias como en las Opiniones Consultivas, y así tenemos la" Opinión Consultiva OC–18/03 de 17 de septiembre de 2003 sobre la Condición Jurídica y Derecho de los Migrantes", en la cual la Corte estableció la obligación que tienen los Estados de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en relación entre empleadores y trabajadores migrantes, lo que significa garantizar los derechos humanos por posible violación de parte de los particulares.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte ha establecido en el Caso del pueblo Saramaka contra Surinam en el 2007, que la obligación de protección del Estado comprende la obligación de prevenir los abusos de derechos humanos cometidos por terceros o por actores no estatales. Si bien es cierto, la Corte no ha utilizado específicamente el término empresas, el entonces Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos don Antonio Augusto Cancado Trindade, en el

caso del pueblo indígena de Sarayaku contra Ecuador en el 2005, expresó: " que la naturaleza erga omnes de las obligaciones internacionales exige protección contra todo abuso posible, incluyendo las empresas".

Hasta el momento el destinario principal de los reclamos han sido principalmente los Estados, siendo los primeramente responsables de prevenir y abordar los abusos de las empresas por vulneración de los derechos humanos, haciéndose por lo tanto necesario la creación de un mecanismo para hacer deducir responsabilidad a las empresas por violaciones a los derechos humanos.

VI. Buenas Prácticas

Cabe mencionar que también en la región ha habido una práctica empresarial positiva en esta temática de derechos humanos y empresas, ya que el tema de responsabilidad social se ha ido incorporando progresivamente, así tenemos que algunas empresas han priorizado los aspectos ambientales y sociales desarrollando programas de educación, salud, fomento de la cultura, programas de vivienda, ayuda social y protección del medio ambiente, respeto de los derechos humanos de los trabajadores, líneas de crédito, generación de mayores oportunidades de trabajo, entre otros. Es conveniente, que estos ejemplos sean asumidos por el Sector Empresarial del Continente americano para desechar las prácticas negativas en la relación empresas y Derechos Humanos, y se garantice de esta manera el respeto de los derechos humanos, con la seriedad y el compromiso que amerita.

Además, es necesario que en estas buenas prácticas las empresas tengan la obligación de respetar los derechos humanos y de reparar a las víctimas cuando sus derechos sean violados por el accionar empresarial, para ello las empresas deben elaborar Códigos de Conducta donde se comprometan a ajustar sus actividades a los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos y que en la normativa de los Códigos las empresas se comprometan a contratar proveedores y subcontratistas que respeten los derechos humanos y que se acepten controles de auditoría, así como controles estatales por medio de inspectorías.

Es necesario también en el ámbito interamericano a partir de las Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y de las audiencias temáticas y casos dados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos de los Estados tomen conciencia de esta temática de derechos humanos y empresas e inicien un diálogo constructivo entre empresas, Estados y actores relevantes de la sociedad civil para implementar los marcos legales necesarios para proteger y garantizar los derechos humanos.

VII. Desafíos

Hay que tener en cuenta que cuando fue diseñado el marco de protección internacional de los derechos humanos, las empresas no tenían un rol preponderante pero actualmente muchas de las violaciones a los derechos humanos son por omisiones o por acciones directas de las empresas transnacionales y otras empresas, lo que hace necesario que los Órganos de Derechos Humanos tanto en el marco universal como en el regional estén preparados ante estas nuevas situaciones, con la finalidad de aplicar todos los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta estos instrumentos, las empresas deben alcanzar compromisos y códigos de conductas que tengan por objeto: Apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito universal y regional; asegurarse de no ser cómplices en abusos a derechos humanos; respetar toda la normativa laboral; eliminar todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio; eliminar la trata de personas; abolir el trabajo infantil; eliminar la discriminación en el trabajo; velar por el medio ambiente y adquirir una responsabilidad ambiental; apoyar el combate al crimen organizado trasnacional, entre otros.En ese sentido, a que desafíos puede encontrarse el Sistema Interamericano ante esta nueva relación de Empresas y Derechos Humanos y como pueden canalizarse todos los esfuerzos entre los diferentes Órganos de la OEA para abordar esta problemática.

Para encarar esta situación tenemos que el 29 de enero de 2015, en cumplimiento de la Resolución AG/ RES.2840 (XLIV–0/14) de la Asamblea General de la OEA de 4 de junio de 2014 , se realizó en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización la Primera Sesión Especial sobre Empresas y Derechos Humanos, en la reunión participaron además diversas autoridades y órganos de la OEA, entre ellos el Comité Jurídico Interamericano que a través de su Presidente rindió el Informe de Relatoría de dicho Órgano denominado "Responsabilidad Social de las Empresas en el campo de los Derechos Humanos y el Medio Ambiente en las Américas".

En esta reunión se reconoció el valor de los Principios Rectores de las Naciones Unidas de 2011 sobre Empresas y Derechos Humanos como un referente jurídico importante y la necesidad de promover la temática en la región, así como difundir las diversas Resoluciones de las distintas Asambleas Generales de la OEA que han abordado este tema y que los Estados lo sigan discutiendo, recomendando que se conozcan y comparten experiencias comparadas y que se use como fuente de información el trabajo realizado por otras Organizaciones y actores relevantes en la materia.

Se hizo referencia a que en los últimos años ha habido tratamiento del tema por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrollando estándares y recomendaciones para la protección de los derechos humanos con relación a las empresas.

En la sesión también participaron representantes del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre el Tema de Empresas y Derechos Humanos, así como diversos representantes de la Sociedad Civil, además de las Delegaciones de los Estados que participaron en dicha sesión, quienes en sus intervenciones informaron sobre los avances legislativos que existen en sus Estados sobre esta temática.

Las Organizaciones de la Sociedad Civil por su parte solicitaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se le brinde una atención adecuada a esta problemática y entre sus peticiones estaban las siguientes: fortalecer la obligación de los Estados de supervisar la actividad de las empresas ante violaciones de Derechos Humanos y que se establezcan obligaciones vinculantes para las empresas; que la Comisión impulse el respeto de los derechos humanos por parte de las Empresas; que con base a la doctrina y a la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueda desarrollar medidas específicas para que los Estados supervisen las actividades empresariales a fin de que no se den violaciones a derechos humanos; el fortalecer el acceso a la justicia a las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas; que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos priorice la tramitación de peticiones individuales referentes a la responsabilidad extraterritorial ; que las autoridades de la OEA fomenten un diálogo constructivo entre Estados, empresas, actores relevantes de la sociedad civil y otros sectores sociales para abordar eficazmente la problemática ; que se busque un mecanismo vinculante para hacer efectivos los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

VIII. Conclusión

Es conveniente que los Estados fomenten un dialogo constructivo con las empresas, la sociedad civil y otros actores relevantes para abordar eficazmente la problemática entre empresas y derechos humanos con la finalidad de contar con un Plan Nacional de Acción, en el que se tome en cuenta todos los avances que hasta el momento se tienen en el ámbito universal y en el regional en torno a la responsabilidad social de las empresas.

DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS, TRANSPARENCIA: LOS DESAFÍOS DE LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

Beatriz M. RAMACCIOTTI (Perú) *

I. Introducción

La corrupción es uno de los flagelos que afecta en forma gravísima a la gobernabilidad democrática, la estabilidad económica, la confianza ciudadana y la observancia de los derechos humanos. Sin duda, no es un fenómeno nuevo, sino que en la actualidad se puede dimensionar con más certeza gracias a un más afianzado contexto democrático – elecciones periódicas; prensa libre; observancia derechos humanos; e–acceso a la información; mayor participación ciudadana— que permite conocer y ventilar más abiertamente los hechos de corrupción. Una muestra ha sido el "estallido" del caso Odebrecht[1] en Brasil con repercusiones en América Latina y otras latitudes, como uno de los mayores escándalos de sobornos y prebendas en la historia contemporánea, cuya develación está mostrando el fenómeno delictual de la corrupción en dimensiones nunca antes imaginadas, comprometiendo penalmente a gobernantes, políticos de todas las tiendas y empresarios, entre otros. Y no puede dejar de mencionarse, que además de los delitos financieros, cuasi–económicos, corporativos–estatales y público–privados, está la nefasta y perversa corrupción que

* Miembro del IHLADI. Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú; Profesora de Derecho Internacional y Asuntos Internacionales. Miembro, Corte Permanente de Arbitraje Internacional de La Haya; Cofundadora, ex Directora y Miembro Honoraria, Instituto de Estudios Internacionales IDEI–PUCP), Perú.

[1] El caso Odebrecht, está referido al gigante de la construcción brasileña que estableció una trama delincuencial de corrupción en coordinación con su clase política extendiendo sobornos a políticos y autoridades de otros países para ejercer influencia y conseguir ventajas y obras, develando la convivencia entre estructuras públicas y privadas de poder para cometer delitos con ventajas multimillonarias a través de prácticas corruptas (https://elpais.com/internacional/2017/04/13/actualidad/1492099171 _779545. html, ¿Qué es el "Caso Odebrecht" y cómo afecta a los países de América Latina? *El País*, 13 abril, 2017. https://www.semana.com/mundo/articulo/escandalo–odebrecht–en–brasil–nacio–con–operacion–lava–jato/513829).

genera el narcotráfico en los más diversos ámbitos de la vida ciudadana[2]. En todos estos casos, se trata de actos punibles incluyendo, enriquecimiento ilícito; apropiación indebida; lavado de activos; soborno, cohecho, tráfico de influencias; abuso del poder público para favorecer a terceros o logro ilegal de ciertos objetivos; fraude al erario público; malversación; abuso de confianza; competencia desleal; entre otros delitos de corrupción activa o pasiva.

En la actualidad, hay algunos signos positivos contra la impunidad gracias a las denuncias "*in crescendo"* de los actos de corrupción, el papel de la prensa libre y una decidida acción de los "operadores de justicia" – policías, fiscales, jueces, defensores públicos–. No obstante, la falta de trasparencia y probidad, produce nefastas consecuencias en la percepción social, provocando que la población esté cada día más decepcionada de sus gobernantes –y de la clase política en general– cuya credibilidad se ha visto seriamente afectada[3].

Frente a este panorama, cabe preguntarse ¿Qué acciones han adoptado los Estados y las Organizaciones Internacionales frente al fenómeno de la corrupción? ¿Cuáles son los avances democráticos para enfrentar las consecuencias de la rampante corrupción en el ámbito político? ¿Qué desarrollos existen respecto al negativo efecto de la corrupción para la vigencia de los derechos humanos? Respecto del primer tema, se observará los esfuerzos para desarrollar en el marco del Sistema Interamericano un conjunto de obligaciones para que los Estados implementen normas penales ad–hoc para combatir y sancionar la corrupción así como un régimen preventivo y de acceso a la cooperación internacional. En la segunda área, se abordará los avances democráticos para establecer una "agenda de transparencia y anticorrupción" –no ideológica sino trasversal a toda la sociedad– con eje en la probidad y la rendición de cuentas, el e–acceso a la información pública y una participación ciudadana dispuesta a monitorear el accionar gubernamental y llevar adelante denuncias, entre otros aspectos. En el tercer rubro, se apreciará la conexión que existe entre los delitos de corrupción y la vigencia de los derechos humanos, particularmente, los derechos sociales y económicos de los sectores más vulnerables.

II. Desarrollos jurídico–políticos para promover la lucha anticorrupción en el Sistema Interamericano

El primer paso para incorporar la discusión del fenómeno de la corrupción en la agenda del Sistema Interamericano, ocurrió a principios de los años 90, en medio de una creciente globalización y un ambiente democrático de mayor libertad de

[2] http://www.mynet.com/haber/espanol/onu–alerta–aumento–de–narcotrafico–y–cultivos–ilicitos–en–america–latina–3801234–1.

[3] *Índice 2017 de Transparencia Internacional sobre percepción de la corrupción en el mundo*. https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017

prensa e información, que permitió comenzar a percibir este flagelo que contaminaba –en dimensiones aún no del todo conocidas– el accionar de buena parte de los gobiernos, las instituciones públicas y los poderes del Estado incluyendo las fuerzas armadas y policiales, así como también, al sector privado y sus empresas. En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA), advirtiéndose la inexistencia de un análisis de los aspectos jurídicos del fenómeno, se encargó al *Comité Jurídico Interamericano (CJI*) preparar documentos con pautas para elaborar una "legislación interna anticorrupción" así como las bases para acuerdos internacionales[4]. A fines de 1994, en la *Primera Cumbre de las Américas* realizada en Miami, se recomienda a los países apoyar un primer acuerdo regional para detener y combatir la corrupción. Después de intensos debates en el Grupo "Probidad y Ética Cívica" del Consejo Permanente de OEA, en 1996, se aprueba la *Convención Interamericana contra la Corrupción, (CICC)*[5]*,* que entróen vigor en 1997. Este es el primer tratado internacional[6] que compromete a cada uno de sus Estados–parte a promover y fortalecer el desarrollo de normas y mecanismos necesarios para *"prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción"*, así como la facilitación de la cooperación internacional para combatir actos de corrupción en la función pública y en otras actividades vinculadas con dicho ejercicio Vale decir, es una suerte de guía para implementar la legislación a nivel interno con estándares comunes así como para contar con mejores prácticas y una efectiva coordinación de la acción conjunta de los países.

La CICC, contiene tanto medidas preventivas como penales. Las primeras son importantísimas dado que, como muchos dicen, evitar la corrupción vale más que mil denuncias. En esa línea, se incluyen reglas de conducta y responsabilidades para el correcto cumplimiento de las funciones públicas, entre otras, declaración de patrimonio e intereses; probidad en el uso de los recursos; publicidad de contratación de personas, bienes y servicios; protección a denunciantes de actos de corrupción; mecanismos modernos de control, así como otras medidas para aumentar la trasparencia en el sector público. En forma pionera, hace expresa mención a la necesidad de crear y fortalecer mecanismos que permitan la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos para prevenir la corrupción[7]. Por otra parte, además de considerar el ámbito y la jurisdicción aplicables, describe las conductas que constituyen actos de corrupción[8], que los Estados

[4] *Comité Jurídico Interamericano*, CJI/SO/II/doc.2/92 sobre normas para la lucha anticorrupción.

[5] http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_interame_contr_corrup.pdf

[6] La *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, fue adoptada en 2003. http://www.unodc.org/ropan/es/AntiCorruptionARAC/unodc–and–corruption.html

[7] CICC, Art III, "*Medidas Preventivas*".

[8] CICC, Art.VI, "*Actos de Corrupción*". Se describen conductas que los Estados deben legislar en su derecho interno, y por ello se plantean en términos genéricos, para que se efectúe la tipificación penal según terminología en el derecho positivo de cada país (i.e. entre otros: soborno y cohecho activo o pasivo;

se obligan a incorporar debidamente tipificadas en sus leyes penales. La CCIC teniendo en cuenta el elemento trasnacional promueve la colaboración entre dos o más Estados para perseguir los actos de corrupción incluso aquéllos que no están expresamente contemplados en su texto[9]. En el caso del soborno trasnacional y el enriquecimiento ilícito[10] se incorporaron condicionados a la compatibilidad de estas figuras delictivas con la Constitución y los principios del ordenamiento jurídico de un país. En aquélla época el único antecedente legal sobre "soborno trasnacional" era la "*Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior*" de 1977 aprobada por la Administración Carter[11]. Asimismo la CICC, con la finalidad de impulsar el avance y armonización de las legislaciones nacionales contempla el desarrollo progresivo en lo que respecta tipificar otros "actos de corrupción"[12]. Asimismo se aclara que la corrupción puede existir aunque no haya un deterioro patrimonial del Estado (i.e. utilización ilícita de información privilegiada; permisos maliciosamente otorgados; etc.)[13]. Está incluido el tema de la extradición[14], así como la asistencia y mutua cooperación, que no se limita a solicitudes de tipo judicial sino de toda autoridad que tenga facultades para investigar o juzgar actos de corrupción. Esto hace posible romper con el círculo vicioso que "sin pruebas no hay denuncia", viabilizando la búsqueda de información antes de la apertura de una causa. Otro acierto es la promoción de la cooperación técnica (servicios de inteligencia, procedimientos digitales, etc.)[15]; medidas sobre bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos[16]; y el impedimento de invocar el "secreto bancario" frente a pedidos de asistencia de otro Estado en el contexto de una investigación penal[17]. Para acompañar los avances y el desarrollo progresivo de una eficaz lucha anticorrupción en el hemisferio, se adoptaron tanto el "*Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción*" (1997), como el "*Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción"* (MESICIC) (2001)[18], que a través de la Conferencia de los Estados–parte, una Secretaría Técnica y un Comité de Expertos, lleva adelante "rondas" sucesivas donde los representantes de los países revisan los informes nacionales, con evaluaciones "inter–

administración fraudulenta; negociaciones incompatibles con la función pública; incumplimiento de deberes; lavado de dinero o bienes en general; actos de corrupción como autor, coautor, cómplice, encubridor o cualquier otra forma de comisión o tentativa, asociación, etc.

[9] CICC, Art.VI, inc.2.: La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

[11] *Foreign Corrupt Practices Act (1977*) https://www.justice.gov/criminal–fraud/foreign–corrupt–practices–act

[12] CICC, Art. XI, *Desarrollo Progresivo*.

[13] CICC, Art. XII, *Efectos sobre el Patrimonio del Estado*.

[14] CICC, Art. XIII, *Extradición.*

[15] CICC, Art XIV, *Asistencia y Cooperación*.

[16] CICC, Art. XV, *Medidas sobre Bienes*.

[17] CICC, Art. XVI, *Secreto Bancario*.

[18] *MESICIC* (desde 2001) http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_intro_sp.htm

pares", detectando, entre otros, problemas para implementar ciertas normas; vacíos legales; nuevas medidas de cooperación; y sugerencias de acciones para enfrentar más eficazmente la lucha anticorrupción. Debe anotarse que las organizaciones de la sociedad civil también participan en el MESICIC, dando información y sugerencias. Además se han implementado visitas *in situ* de expertos anti–corrupción con la respectiva anuencia previa. Los análisis y recomendaciones del MESICIC, bajo la modalidad de "responsabilidades compartidas", han permitido modernizar leyes, instituciones, mecanismos de rendición de cuentas, entre otros, y colaborar con investigaciones penales evitando la impunidad de funcionarios y autoridades públicas.

En el marco de la OEA, otro espacio fundamental para que la impunidad no prevalezca frente a los delitos de corrupción, está constituido por los acuerdos adoptados en las *Reuniones de Ministros de Justicia* (REMJA)[19] y la formación de redes de apoyo y cooperación mutua en materia penal[20]. Un tema central es la modernización de los sistemas de justicia (autonomía, tecnología, recursos humanos, debido proceso y transparencia), asi como una adecuada especialización de jueces, fiscales, defensores públicos y actores responsables para detectar y juzgar casos de corrupción a nivel interno e internacional. Se han creado herramientas de asistencia mutua, entre otras, protocolos *ad–hoc* entre autoridades y "operadores de justicia"; registros para detectar lavado de dinero y financiamiento ilegal; así como asistencia entre unidades de inteligencia financiera. En el ambito de la cooperaciónjurídica internacional estan vigentes las siguientes Convenciones Interamericanas: Asistencia Mutua en Materia Penal y Protocolo Facultativo; Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero; Ejecucion de Medidas Preventivas y Cautelares; Prueba e Informacion sobre el Derecho Extranjero; Recepción de Pruebas en el Extranjero y Protocolo Adicional[21].

III. Desarrollos democráticos para enfrentar la corrupción política

Recientemente, en la VIII Cumbre de las Américas (Lima, abril 2018)[22], la discusión estuvo centrada en los peligros que enfrenta la gobernabilidad democrática frente al fenómeno de la corrupción. Tanto el Presidente del Perú[23], como el

[19] *Reuniones de Ministros de Justicia/REMJA/OEA*http://www.oas.org/es/sla/dlc/remja/funciones.asp

[20] *Red Hemisférica de Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición* http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/index.html

[21] *Red Hemisférica de Cooperación Jurídica en Materia Penal* , Reuniones de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA). http://web.oas.org/mla/es/Paginas/conventions.aspx

[22] VIII Cumbre de las Américas, *"Compromiso de Lima: Gobernabilidad Democrática frente a la Corrupción"*, Lima 14 de abril, 2018. http://www.summit–americas.org/viii/compromiso_lima_es.pdf

[23] Discurso Inaugural de la VIII Cumbre, Presidente del Perú, Martin Vizcarra, abril 2018. *http://www.summit–americas.org/viii/speeches/inaug_per_es.pdf*

Secretario General de la OEA[24] así como mandatarios de todo el hemisferio, fueron enfáticos en señalar que el gran reto actual es enfrentar y luchar contra la extendida corrupción –que está permeando la política y el tejido social de nuestras naciones– e implementar medidas de "tolerancia cero" contra la impunidad, pero sin debilitar el sistema democrático, afianzando sus principios e instituciones frente a tentativas populistas o "antisistema".

Los progresos políticos desde la"terceraoladedemocratización"[25], convirtieron a distintos países en democracias de distintos grados y calidades[26] con valores centrados en la libertad, el pluralismo político y social, la igualdad, la solidaridad y una menor propensión a la guerra y al conflicto, creando un nuevo estándar político–democrático a lo largo y ancho del planeta[27]. La "internacionalización de la democracia"[28], siguiendo una evolución similar a la protección de los derechos humanos, permite afirmar una suerte de "ecumenismo" del modelo democrático en sus diferentes variables, énfasis y modelos, así como la obligación de los Estados de no impedir elecciones libres y multipartidarias, y estándares aceptables de libertad, igualdad ante la ley y justicia[29].

A nivel multilateral, en el caso de la Organización de los Estados Americanos (OEA)[30], el ideal de un gobierno democrático, está reflejado en su Carta constitutiva de 1948, que establece "*...La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa*"[31]. Por su parte, en la Carta Democrática Interamericana (CDI) de 2001, que sistematiza principios y normas que representan el desarrollo progresivo del Derecho Interamericano sobre la

[24] http://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=18–0032, Discurso de Luis Almagro, Secretario Gral. OEA, Sesión Inaugural, Cumbre de las Américas, Lima, abril 2018.

[25] La"terceraoladedemocratización", desdemediadosdela década de los 70,seaceleraconlacaídadelmurodeBerlínen1989yelfindelaGuerraFría. *Vid.* S. Huntington, *La Tercera Ola. La Democratización a finales del siglo XX*,Barcelona Editorial Paidós Ibérica,1994.

[26] P.C. Schmitter & T.Lynn Karl*,* "What Democracy is...and is not"*, Journal of Democracy, Summer 1991; The Economist Intelligence Unit, Democracy Index 2015, www.ieu.com*Este Indicador incluye a 165 Estados democráticos, entre 194 países y se basa en cinco indicadores: proceso electoral y pluralismo; libertades civiles; gobernabilidad; participación politica; y cultura politica.

[27] La práctica estatal muestra una diversidad de modelos democráticos que responden a la propia cultura, idiosincrasia e historia de cada nación. Existen democracias directas e indirectas; democracias representativas; presidencialistas y parlamentaristas; republicanas o bajo monarquías constitucionales; con elecciones cada cuatro, seis o siete años; con o sin reelección inmediata; con congresos unicamerales o de dos cámaras, entre otras características.

[28] A.M. Slaughter, "International Law in a World of Liberal States", *European Journal of International Law,* 1995; M. Byers (Editor), *The Role of International Law in International Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

[29] L. Diamond, "Universal Democracy?", Policy *Review*, June 2003.

[30] B.M. Ramacciotti, *Democracia y Derecho Internacional en las Américas*, Córdoba, Ed. Lerner, 2009.

[31] OEA, *Carta Constitutiva*, Art. 3, d.

materia, señala que, "*Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos…" (Art.1);* y,*"…son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa" (art.4)*[32]. Queda muy claramente establecida la conexión entre democracia y la lucha anticorrupción, primando la responsabilidad gubernamental y del sistema político, pero que también involucrando al sector privado y a la sociedad civil.

No obstante estos progresos a nivel normativo y político, según el índice democrático del Informe "*Economist Intelligence Unit–2017*"[33]*,* la mayor parte de los países de América Latina aparecen como "democracias imperfectas". Y en lo que respecta al índice de aprobación de la democracia, este sigue bajando, aunque aún mantiene un 53% de apoyo ciudadano. Eso sí, la democracia como "sistema de gobierno", sigue siendo el preferido frente a los demás y alcanza el 69%, según el Latinobarómetro2017[34]. Esas cifras, no hacen sino corroborar la vigencia de la democracia representativa, aunque el debilitamiento de sus estructuras es preocupante. Sin duda, ello está ligado a una serie de fenómenos –como los populismos, las "noticias falsas" y la "post verdad"—y, en grado sumo, a los delitos de corrupción, que van deteriorando la confianza ciudadana con efectos adversos para la vigencia del estado de derecho y el clima de cultura cívica que debe existir en una sociedad democrática. En el caso de la corrupción, que es el centro de atención en este trabajo, la trama delincuencial entre sector público y privado, se ha ido develando en toda su magnitud en los últimos años. Gracias al periodismo de investigación, a una mayor participación ciudadana conectada digitalmente y con mayor acceso a la información pública, así como a una acción decidida de órganos policiales y de justicia, se demuestra que sí se puede avanzar contra la impunidad de los escandalosos delitos de gobernantes, políticos y agentes públicos y privados que, a través un enriquecimiento ilícito e incluso, la "captura del poder", con el uso y abuso de las funciones públicas para beneficio personal o político, atentan gravemente contra el erario y los bienes nacionales, la fe pública y los derechos de todos los ciudadanos.

¿Cuáles son los principios y los avances más importantes que están permitiendo enfrentar la lucha anticorrupción en el Sistema Interamericano? Desde la VII Cumbre de las Américas (Panamá, 2015), se reconoció "*…que la democracia es esencial*

[32] J.M. Arrighi, "El Sistema Interamericano y la Defensa de la Democracia", *Anuario Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional,* vol. 21, Madrid (2013–2014), pp.47–74.

[33] https://www.eiu.com/topic/democracy–index En este estudio Uruguay aparece como "democracia plena"; gran parte de los demás países son considerados "democracias imperfectas"; otros como "regímenes híbridos"; y algunos como "autoritarios".

[34] https://intal–alianzalb.iadb.org/InformeLatinobarometro_2017.pdf

para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas" y que es necesario *(...) "promover el Gobierno Abierto y el acceso a la información como herramientas claves para lograr mayor transparencia, mejor gestión gubernamental, participación ciudadana e inclusión social"*. Teniendo en cuenta este mandato internacional, varios países están construyendo lo que se conoce como un "*Gobierno Abierto*[35] " que se sustenta es una iniciativa multilateral creada en 2001, la "*Alianza para el Gobierno Abierto" (AGA)– Open Government Partnership* (OGP), integrada por más de cincuenta países —varios latinoamericanos— y representantes de la sociedad civil, para desarrollar un gobierno democrático, innovador y moderno, apoyado en las nuevas tecnologías, con altos estándares de integridad pública y eficacia en la lucha anticorrupción[36]. Sus objetivos fundamentales son: *i)*"*Transparencia"*, a través de una modernización del Estado y entidades públicas, con énfasis en que las decisiones, proyectos, planes, fuentes financieras, y todo el quehacer gubernamental debe ser de conocimiento público, vale decir, abierto y de fácil y oportuno acceso digital para toda persona. Si bien la transparencia o "*accountability*", no está referida específicamente a la lucha anticorrupción –que tiene sus propios mecanismos para "sanear el sistema"– ambas se enlazan por cuanto la visibilidad y rendición de cuentas del gobierno y entidades públicas, hace más difícil que se produzcan actos de corrupción. En esta línea está incluida la" rendición de cuentas" con normas y procedimientos para que todos los servidores públicos declaren su patrimonio y conflicto de intereses actuales o posibles, justifiquen sus acciones, atiendan requerimientos, reciban las críticas y asuman la responsabilidad por sus actos u omisiones. *ii)*"*Participación Ciudadana",* implica que los gobiernos habiliten espacios, tanto para seguimiento de políticas públicas como para articular iniciativas, propuestas o una abierta colaboración. Aquí juega un papel esencial el *acceso a la información pública,* como derecho que permite fortalecer la relación entre el gobierno y la ciudadanía y el empoderamiento de las personas para velar por sus derechos políticos, sociales, económicos y de toda índole. En el caso de la OEA, desde 2010, existe una "*Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública"*[37]; así como un "*Programa Interamericano sobre Acceso a la Información Pública" (2016)*[38], que están brindando aportes sustantivos en esta área. La participación incluye una mayor presencia colectiva en la gestión pública, incluso la posibilidad de establecer un proceso cuasi deliberativo, que en la práctica

[35] A. Hoffman, A. Ramírez y J. A. Bojórquez (Coord.), *La Promesa del Gobierno Abierto*, Open Government Partnership (OGP), Santiago de Chile, 2003. http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/La%20promesa%20del%20Gobierno%20Abierto.pdf.

[36] http://www.opengovpartnership.org/about –La OGP tiene un mecanismo independiente de evaluación (*Independent Reporting Mechanism)* (IRM) para evaluar el cumplimiento de los gobiernos respecto a los compromisos asumidos a través de informes con la rendición de cuentas de cada país.

[37] *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información* (2010)– Res.AG/RES 2607 (XL–O/10); http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG–RES_2607_XL–O–10.pdf

[38] http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_a_la_informacion_programa_interamericano.pdf

implicaría una suerte de "corresponsabilidad" de gobierno[39]. Esta interacción entre gobierno, sector privado y sociedad civil es un campo fértil para que se promuevan desarrollos culturales en favor de la probidad pública y la transparencia, incluso diseñándose nuevas formas de hacer política, por medio de una "*colaboración abierta"(crowdsourcing)*[40]que permita la creación conjunta de soluciones entre representantes políticos y representados. *iii) Innovación y Tecnología:* Es otro elemento básico del *Gobierno Abierto, estructurado* en un mundo global–digital, permeado por la revolución de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC)[41] y su uso intensivo a todo nivel, debiéndose brindar a la ciudadanía un acceso a las TIC, cada vez más abierto y amplio[42] posibilitando la innovación y una mayor *e*– participación[43].

Los elementos anotados representan una suerte de renovado "contrato social" entre gobernantes y gobernados[44], para afianzar la gobernabilidad con las características que tanto reclama la ciudadanía de una "sociedad red" y transitando hacia una "democracia digital"[45]. Las medidas anticorrupción, por cierto, están incluidas en el *Gobierno Abierto*, que apunta a una nueva oleada de reformas institucionales sobre la base de una "agenda de transparencia 2.0", conjuntamente con un reforzamiento de la probidad en los liderazgos y un activismo ético–democrático que permita devolver la legitimidad al sistema democrático y la confianza en la política[46].

IV. Los derechos humanos frente al impacto de la corrupción

Como se sabe, en declaraciones y tratados de derechos humanos, no aparece una mención específica de los actos de corrupción como constitutivos de violación de los derechos humanos[47]. Es así, que bajo los supuestos teóricos tradicionales,

[39] A. Ramírez–Alujas, *Gobierno Abierto, Servicios Públicos 2.0 y Ciudadanía Digital*,WorkingPapers, Madrid, GIGAPP, 2011.

[40] http://blogs.iadb.org/abierto–al–publico/2016/07/12/politica–colaborativa–crowdsourcing–al–servicio–de–la–democracia/http://www.suboletin.com/contentsoea/docs/Boletin_68/Editorial68.html

[41] M. Castells, *La Era de la Información*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

[42] M. Castells, *Networks of Outrage and Hope. Social Movements in the Internet Age,* 2012.

[43] L. Dahlberg, "The Internet and Democratic Discourse: Exploring the prospects of online deliberative forums extending the public sphere", *Journal Information, Communication & Society*, Vol. 4, ISS, 2001.

[44] F. Mayorga y E. Córdova, *Gobernabilidad y Gobernanza en América Latina*, Working Paper NCCR, Norte–Sur IP8, Ginebra, 2007, refieren a A. Camou, con una definición de gobernabilidad multidimensional, indicando que la democracia es una "forma de gobierno" mientras gobernabilidad es el "grado de gobierno" efectivo en una sociedad.

[45] B. Ramacciotti, "Democracia y Derecho Internacional: Hacia una Democracia Representativa Digital en el Sistema Interamericano", *Anuario Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional,* vol. 23, Madrid, (2017–2018).

[46] PNUD, *Ciudadanía Politica: Voz y Participación Ciudadana*, 2014; BID: *Gobierno Abierto y Transparencia Focalizada: Tendencias y Desafíos para América Latina y el Caribe*, 2012.

[47] http://www.derechoshumanos.net/corrupcion/corrupcion–ddhh.htm.

corrupción y violación de derechos humanos no son conceptos directamente conectados. Sin embargo, en la actualidad, con democracias representativas en la mayor parte de los países del Sistema Interamericano, que han dejado atrás las épocas de dictaduras o conflicto armado interno con graves violaciones de derechos humanos, y con una sociedad civil mucho más empoderada e informada, se está gestando una suerte de activismo de derechos humanos de "segunda generación", muy ligado a las exigencias de la lucha contra la corrupción y la impunidad. Se plantea que los efectos nocivos de la falta de transparencia y probidad de autoridades, políticos, agentes públicos y privados, impactan negativamente en el respeto, protección y observancia de los derechos civiles y políticos, y más aún en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)[48].

En esa línea, la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH*), que actúa en el marco de la OEA, aprobó en 2017 y en 2018[49], sendas resoluciones sobre "Corrupción y Derechos Humanos", en las que considera que la corrupción afecta a los derechos humanos en su integridad y debilita a la democracia y sus instituciones, mientras que la impunidad, socava el estado de derecho y la igualdad ante la ley. Presenta, entre otras, medidas para la independencia, imparcialidad y autonomía de los sistemas de justicia y una protección especial a los "operadores de justicia"; la transparencia, acceso a la información y libertad de expresión; la pérdida cuantiosa de recursos públicos por los delitos de corrupción y su relación con el goce efectivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que depende en gran parte de las políticas y presupuesto público. También reconoce la relevancia de la cooperación internacional para prevenir y combatir eficazmente la corrupción como fenómeno con elementos trasnacionales.

V. Algunas reflexiones finales

Es un hecho que la OEA, en el marco del Sistema Interamericano, se ha convertido en el eje hemisférico que propicia la adopción de normas, mecanismos y estrategias para prevenir y combatir el complejo fenómeno delictual de la corrupción y la impunidad, desde varios frentes, con énfasis en que todas las acciones deben guiarse por los principios democráticos, los compromisos vinculantes y una efectiva cooperación internacional.

¿Cuál es el balance? Muchos dicen que existen numerosas normas y mecanismos pero que la transparencia aún no progresa en la forma que esperan los ciudadanos y la corrupción sigue rampante. Pero, precisamente, se trata de admitir que sin la

[48] International Council on Human Rights Policy & Transparency International*, Integrating Human Rights in the Anti–Corruption Agenda,* Geneva, 2010.

[49] https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion–1–18–es.pdf.

existencia de esas normas y de la cooperación internacional, la situación seria mucho más grave y deplorable. La realidad es que la impunidad está cediendo y cada día son más los progresos de la justicia y la condena a los culpables por delitos de corrupción, sin importar su rango, fortuna, puesto privilegiado o poder político.

Después de 20 años de vigencia, una medida que se propone es la negociación de un Protocolo Adicional a la *Convención Interamericana contra la Corrupción (1996)* a fin de tipificar penalmente no sólo las formas básicas de corrupción de autoridades y funcionarios públicos, sino todo tipo de prácticas corruptas, en toda su extensión, diversos perfiles, áreas, modalidades y manifestaciones.

En el marco del *Mecanismo de Seguimiento del Cumplimiento de la Convención contra la Corrupción* (MESICIC), se sugiere ampliar el espectro de cooperación e intercambio de información a otros ámbitos donde existen indicios de corrupción, *i.e.* administración de justicia; poder legislativo incluyendo el "*lobby*"; entidades electorales; partidos políticos y financiamiento de campañas electorales; cuerpos policiales y fuerzas armadas; entre otros. También, recomendaciones regulatorias para el sector privado (actividades lucrativas de todo tipo; mundo del deporte; del espectáculo; de la cultura; de la prensa; de la protección ambiental; etc.); y, entidades no–gubernamentales, fundaciones, asociaciones; por cierto, con pleno respeto a la ley, a la propiedad, a las libertades ciudadanas y a los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y ambientales.

La modernización de las instituciones públicas y del Estado en un contexto democrático, con políticas de transparencia y "cero tolerancia" a la corrupción, rendición de cuentas, libre acceso a la información, y una amplia y plural participación ciudadana, apoyados por las nuevas tecnologías y el mundo virtual, tales como las de implementación del *Gobierno Abierto*, están generando un sistema político con mayor legitimidad e integridad, recobrando la confianza ciudadana y, de ese modo, coadyuvando en la lucha anticorrupción.

Los bajos niveles de confianza y el nivel de sospecha hacia funcionarios y políticos, hacen necesario un análisis más profundo y multisectorial de todos los aspectos esbozados no sólo para recuperar el respeto mutuo, la amistad cívica y un espacio donde la crítica y la necesaria vigilancia del accionar público puedan convivir con la legítima permanencia en el poder de los representantes electos en elecciones populares, limpias, justas y multipartidarias, sino también para lograr que los lineamientos y estrategias para combatir la corrupción y la impunidad, sean implementados desde una perspectiva de defensa de la democracia y de una garantía real de los derechos humanos.

Una efectiva lucha contra la corrupción requiere algo más que leyes internas actualizadas, acuerdos internacionales vigentes, penalidades rigurosas, entidades públicas modernas y autoridades confiables, honestas y competentes. Se trata de crear

una verdadera cultura de transparencia y probidad que, sin duda, es posible con la participación responsable de todos. Instituciones públicas, todos los poderes del Estado, organismos internacionales, empresas, asociaciones como la nuestra, el IHLADI; las universidades; y otras múltiples entidades de la sociedad civil, son escenarios fecundos para el debate, el intercambio de ideas y propuestas en torno a cómo transitar caminos viables que conduzcan a una cultura democrática de integridad, respeto a los derechos humanos y del bien común.

LOS CONFLICTOS ARMADOS RECIENTES Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL

María TORRES PÉREZ *

Sumario: I. Introducción. II. Los instrumentos convencionales para la protección del patrimonio cultural y sus limitaciones. III. La protección del patrimonio cultural en la jurisprudencia internacional penal. IV. Conclusiones.

I. Introducción

Es indudable que la protección del patrimonio cultural forma parte, hoy en día, del gran objetivo global de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Así lo ha declarado el propio Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el pasado 24 de marzo de 2017, en el que por primera vez se invitó a la Directora General de la UNESCO a participar en uno de sus debates públicos[1]. Tras el debate, se adoptó la histórica Resolución 2347 (2017)[2] relativa a la protección del patrimonio cultural en tiempos de conflictos armados en la que se subraya esta especial relación que existe entre el objetivo proteccionista y el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Este objetivo proteccionista se ha ido ampliando en sus diversas esferas conforme ha ido evolucionando la concepción del patrimonio cultural como parte de una riqueza global, que atañe a toda la Comunidad Internacional y cuya protección y mantenimiento debe ser un objetivo común de los Estados[3].

*Observadora del IHADI (España). Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Valencia. Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i DER2017–85443–P (MINECO/AEI/FEDER, UE). Fecha de finalización: 28 de abril de 2018. OrcidId: 0000–0003–4829–1380.

[1] S/PV.7907, "Mantenimiento de la Paz y Seguridad internacionales: destrucción y tráfico del patrimonio cultural por parte de grupos terroristas en situaciones de conflictos armados", disponible en http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/PV.7907.

[2] S/RES/2347 (2017), de 24 de marzo de 2017, Resolución 2347 (2017) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7907ª sesión, celebrada el 24 de marzo de 2017, disponible en https://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2347(2017).

[3] Según afirmó la UNESCO en el *Amicus curiae* presentado ante la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) en el asunto *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC–01/12–01/15, "La pérdida del patrimonio durante tiempos de conflicto puede arrebatar a una comunidad su identidad y su memoria. Aquellos que destruyen el patrimonio cultural buscan debilitar los cimientos de la cohesión nacional a*

La propia Corte Internacional de Justicia, en su decisión sobre la interpretación del fallo en el asunto Templo de Peah Vihear, afirmó que:

> *"These obligations, which derive from the principles of the Charter of the United Nations, are of particular importance in the present context. As is clear from the record of both the present proceedings and those of 1959–1962, the Temple of Preah Vihear is a site of religious and cultural significance for the peoples of the region and is now listed by UNESCO as a world heritage site (see paragraphs 25–27 above). In this respect, the Court recalls that under Article 6 of the World Heritage Convention, to which both States are parties, Cambodia and Thailand must co–operate between themselves and with the international community in the protection of the site as a world heritage. In addition, each State is under an obligation not to "take any deliberate measures which might damage directly or indirectly" such heritage. In the context of these obligations, the Court wishes to emphasize the importance of ensuring access to the Temple from the Cambodian plain"*[4].

Los conflictos armados recientes en Irak y Siria[5], los ataques terroristas protagonizados por el Da'esh[6], las destrucciones de bienes en Tombuctú[7] y las últimas

través de la propagación del miedo y del odio, debilitando la resistencia y rompiendo los lazos que unen a los individuos y a los grupos. La UNESCO cree firmemente que tal "limpieza cultural" constituye un asunto de seguridad. Proteger la cultura es un valor esencial de la comunidad internacional que no puede separarse de la protección de la vida humana. (...)", (la traducción es nuestra).El texto original está disponible en https://www.icc–cpi.int/CourtRecords/CR2016_25595.PDF, consultada el 5 de abril de 2018.

[4] *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Judgment, I.C.J. Reports 2013,* pár. 106. Disponible en http://www.icj–cij.org/files/case–related/151/151–20131111–JUD–01–00–EN.pdf.

[5] La destrucción del patrimonio sirio tanto por ataques de las fuerzas gubernamentales como por facciones de los distintos grupos que participan en el conflicto está siendo documentado desde los inicios del mismo, no solo por la UNESCO, sino también por toda una serie de organizaciones no gubernamentales y estudiosos de la materia. Así, por ejemplo, la organización ASOR (*American Schools for Oriental Research)* a través de su iniciativa para la protección del patrimonio cultural (ASOR *Cultural Heritage Initiatives*), se dedica a documentar los daños en el patrimonio cultural de forma mensual en Siria y a preparar informes especiales sobre la destrucción de enclaves arqueológicos específicos como Palmira, Nimrud, Aleppo, etc. De igual manera, otras iniciativas, como el Proyecto de Salvaguarda del Patrimonio Cultural sirio e iraquí (*Safeguarding the Heritage of Syria and Iraq Project–SHOSI)* se dedica a proporcionar materiales y formación a las comunidades en peligro sobre cómo proteger dicho patrimonio o cómo documentarlo. Sobre ASOR, *vid*.: M.D. Danti, "Ground–Based Observations of Cultural Heritage Incidents in Syria and Iraq", *Near Eastern Archaeology, 78/3,Special Issue: The Cultural Heritage Crisis in the Middle East,* 2015, pp. 132–141. La labor de la organización ASOR y sus informes puede ser analizada en http://www.asor–syrianheritage.org/, consultada el 10 de abril de 2018. Sobre SHOSHI, *vid*. S. Al Quntar, *et al*, "Responding to a Cultural Heritage Crisis: The Example of the Safeguarding the Heritage of Syria and Iraq Project"*, Near Eastern Archaeology, 78/3,Special Issue: The Cultural Heritage Crisis in the Middle East,* 2015, pp. 154–160.

[6] Sobre la estrategia de destrucción cultural llevada a cabo por el Da'esh, *vid*.: C. Smith *et al*, "The Islamic State's symbolic war: Da'esh's socially meditated terrorism as a threat to cultural heritage", *Journal of Social Archaeology, 16/2*, 2016, pp. 164–188.

[7] En 2012, el grupo armado Ansar Eddine, comandado por *Ahmad Al Fadi Al Mahdi*, dirigió una serie de ataques contra mezquitas y mausoleos de Tombuctú (Mali). Los hechos allí acontecidos han sido objeto del primer procedimiento instruido en la Corte Penal Internacional por crímenes de guerra consistentes en la destrucción intencional del patrimonio cultural y religioso. El asunto *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi*

noticias en la prensa nacional referidas a venta de objetos expoliados[8], nos ha devuelto imágenes de destrucción del patrimonio cultural a las que la Comunidad Internacional no ha sabido todavía responder de forma tajante y eficaz. Estos conflictos plantean cuestiones relativas a la protección del patrimonio cultural no resueltas ni por la Convención de 1954[9], ni sus posteriores Protocolos[10].

Ante tal situación, es necesario plantearse si los mecanismos existentes son suficientes para proteger el patrimonio cultural o si hace falta una nueva configuración jurídica que intente atajar los problemas a los que se enfrenta la Comunidad Internacional en este ámbito[11].

II. Los instrumentos convencionales para la protección del patrimonio cultural y sus limitaciones[12]

Tal y como señalan algunos autores[13], el patrimonio cultural durante una situación de conflicto armado se enfrenta a cuatro peligros fácilmente determinables. En primer lugar, la posibilidad de destrucción por acciones intencionales de los

Al Mahdi, (ICC–01/12–01/15)se encuentra disponible en https://www.icc–cpi.int/mali/al–mahdi, consultada el 10 de abril de 2018.

[8] El 28 de marzo de 2918, el diario *El País* recogía entre sus titulares de prensa nacional la detención en Barcelona de dos ciudadanos españoles por supuesta financiación del grupo terrorista ISIS a través de la venta de piezas arqueológicas saqueadas en Libia. Para consultar la noticia, puede accederse a su texto completo en: https://politica.elpais.com/politica/2018/03/28/actualidad/1522238844_527259.html, consultada el 10 de abril de 2018.

[9] Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención, de 14 de mayo de 1954. *BOE* nº 282, de 24 de noviembre de 1960. A fecha de presentación de la Comunicación, 131 Estados son partes de la Convención.

[10] Protocolo a la Convenciónpara la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 14 de mayo de 1954 y Segundo Protocolo a la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 26 de marzo de 1999. *BOE* nº 178, de 25 de julio de 1992 y *BOE* nº 77, de 30 de marzo de 2004.A fecha de presentación de la Comunicación, 109 Estados son partes del Primer Protocolo, mientras que únicamente 78 se encuentran vinculados por el Segundo Protocolo.

[11] Para una sistematización de los problemas a los que se enfrenta el Derecho Internacional en este sector y las nuevas estrategias, *vid*. S. Van der Auwera, "Internacional Law and the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict: Actual Problems and Challenges", *The Journal of Arts management, Law, and Society, 43*, 2013, pp. 175–190.

[12] De forma previa, queremos indicar que en el presente epígrafe únicamente vamos a hacer referencia a instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes de pretensión universalista, ya que otras organizaciones regionales también han elaborado textos convencionales sobre la protección del patrimonio cultural a los que podríamos hacer referencia. Para ello, nos centraremos igualmente en la labor codificadora encabezada por la UNESCO, aunque muchas otras organizaciones no gubernamentales como el *International Council on Monuments and Sites* (ICOMOS) trabajan en la protección del patrimonio y en el impulso codificador. Sobre la labor del ICOMOS, puede visitarse https://www.icomos.org/en/.

[13] *Vid*. P. Gertenblith, "Archaeology in the Context of War: Legal Frameworks for Protecting Cultural Heritage during Armed Conflict", *Archaeologies: Journal of World Archaeological Congress, 5/1,* 2009, pp. 18–31.

combatientes; en segundo lugar, el daño colateral que puede acontecer al atacarse objetivos militares legítimos; en tercer lugar, el daño derivado de la falta de conocimiento o ignorancia de la presencia de patrimonio cultural; y, por último, el daño que deriva del saqueo y robo de objetos culturales.

Teniendo en cuenta estos peligros, podemos dividir la labor codificadora de la Comunidad Internacional, encabezada por la UNESCO, en dos grandes sectores que se han ido afianzando en la práctica internacional. Tal labor se enfrenta hoy en día a problemas no tanto de técnica jurídica[14], sino del entorno político que asola a la propia organización[15].

El primer sector señalado se ocupa de la codificación de normas para intentar minimizar los tres primeros peligros referidos a la destrucción física ya sea intencional o no, ya sea lícita o no. A este sector pertenecen por supuesto la Convención de 1954 y el Segundo Protocolo de 1999[16], al igual que otros textos convencionales más generales como la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural de 1972[17] y la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003[18].

La Convención de 1954 seguía la estela de los Convenios de Ginebra de 1949 reguladores del Derecho Internacional Humanitario estableciendo que la misma se aplicaría en aquellos casos de conflicto armado de carácter internacional y reservando una protección menor –similar a la del art. 3 común de los Convenios– a los casos de conflictos armados de carácter no internacional[19].

---

[14] Sobre los problemas de definición jurídica a los que se ha enfrentado la labor codificadora, Vid.: J. Blake, "On defining the Cultural Heritage", *International and Comparative Law Quarterly, 49/1,* 2000, pp. 61–85.

[15] Así, por ejemplo, la admisión de Palestina en la UNESCO en octubre de 2011 supuso el fin de la financiación que aportaban los EE.UU., con lo que la organización vio reducido su presupuesto en un 22%. Esta actitud ha continuado con el abandono de la organización anunciado el 12 de octubre de 2017 por el Departamento de Estado de los EE.UU., que será efectivo a 31 de diciembre de 2018. Junto con ello, la inclusión del templo de Templo de Peah Vihear en el listado del patrimonio de la humanidad ha reavivado el conflicto en la zona, trasladando a la UNESCO y a su asamblea tales problemas políticos. *Vid*., J. Galbraith, J., "United States Gives Notice of Withdrawal from UNESCO, Citing Anti–Israel Bias" *American Journal of International Law, 112(1*), 2018, pp. 107–109; L. Neskell, "Gridlock: UNESCO, global conflict and failed ambitions", *World Archaeology, 47/2*, 2015, pp. 225–238.

[16] *Vid*. las notas 9 y 10.

[17] Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, hecha en París el 23 de noviembre de 1972. *BOE* nº 156, de 1 de julio de 1982.

[18] Convención para la salvaguardia del Patrimonio cultural inmaterial, hecha en París el 3 de noviembre de 2003. *BOE* nº 31, de 5 de febrero de 2007.

[19] Según establece el art. 19.1 y 2 de la Convención de 1954 "1. En caso de conflicto armado que no tenga carácter internacional y que haya surgido en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto estará obligada a aplicar, como mínimo, las disposiciones de esta Convención, relativas al respeto de los bienes culturales. 2. Las partes en conflicto procurarán poner en vigor, mediante acuerdos especiales, todas las demás disposiciones de la presente Convención o parte de ellas".

La protección se diseñaba sobre una serie de obligaciones previas a los conflictos que debían acometer los Estados parte, la concesión de una protección especial a un número restringido de bienes, su registro internacional y señalamiento mediante un emblema único, y una obligación en tiempo de conflicto armado de respeto a los bienes culturales, intentando evitar la destrucción o deterioro de los mismos.

Las carencias de la Convención de 1954 fueron puestas de manifiesto tras el conflicto en la antigua Yugoslavia[20] y la primera guerra de Irak, por lo que la propia UNESCO consideró necesario acometer una revisión de la Convención. Ante tal exigencia, y tras las reuniones de los grupos de expertos, se presentó a la ratificación por los Estados partes el Segundo Protocolo de 1999[21], que complementa a la Convención de 1954[22].

Este Segundo Protocolo mejora sensiblemente la protección concedida a los bienes culturales, ampliándola a los conflictos armados de carácter no internacional, redefiniendo de forma más amplia las obligaciones de las partes de forma previa al conflicto armado y durante el mismo, diseñando un mecanismo de protección reforzada a determinados bienes, y estableciendo de forma clara la responsabilidad penal individual en respuesta a determinadas violaciones graves de la Convención y/o del Segundo Protocolo[23]. Junto con estas medidas, la UNESCO configuró un nuevo

[20] Con la expresión "conflicto en la antigua Yugoslavia" nos referimos al conjunto de conflictos que se produjeron en el territorio de la República Federativa Socialista de Yugoslavia entre 1991 y 1996. Sobre el conflicto armado de la antigua Yugoslavia y la protección del patrimonio cultural, *vid*. M. BadenesCasino,*La protección de los bienes culturales durante los conflictos armados. Especial referencia al conflicto armado en el territorio de la antigua Yugoslavia,* Valencia, 2005, 162 pp.

[21] De conformidad con el art. 43.1 del Segundo Protocolo, su entrada en vigor se produjo el 9 de marzo de 2004. Actualmente, como ya hemos señalado, son partes del Segundo Protocolo 78 Estados, tras el depósito del instrumento de adhesión por parte de Afganistán el pasado 12 de marzo de 2018.

[22] Tal y como establece el documento *"Guidelines for the Implementation of the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict"* publicado por la UNESCO tras la Tercera Reunión de Estados Parte en el Segundo Protocolo de 24 de noviembre de 2009*,* "*Only the High Contracting Parties to the Convention may become Parties to the Second Protocol. The Second Protocol supplements the Convention in mutual relations between the Parties. As an exception, however, if the cultural property has been granted both special protection as defined in the Convention and enhanced protection, the provisions of special protection will be replaced by the provisions of enhanced protection. The Second Protocol does not affect the rights and obligations of the High Contracting Parties to the Convention. In mutual relations between the High Contracting Parties to the Convention, the Parties remain bound by the Convention alone. In mutual relations between States Parties to the Convention and the Second Protocol, they are bound by both instruments. In mutual relations between a State Party to the Convention and the Second Protocol and a High Contracting Party to the Convention, they are bound only by the provisions of the Convention".* El documento se encuentra disponible en http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001875/187580e.pdf#page=65, visitada el 25 de abril de 2018.

[23] Según establece el art. 15 del Segundo Protocolo se considerarán violaciones graves, los siguientes actos: *"a) hacer objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada; b) utilizar los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares; c) causar destrucciones importantes en los bienes culturales protegidos por la Convención y el presente*

sistema institucional que se haría cargo del control en la aplicación del Protocolo, creando un Comité para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado integrado por doce Estados partes, cuya misión consiste en velar por la aplicación del Segundo Protocolo y, de hecho, de la Convención. Junto con ello, se establece un Fondo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado encargado de proporcionar ayuda financiera a los Estados con el fin de que puedan cumplir con las obligaciones y objetivos del Protocolo.

Debemos señalar con carácter general, y por lo que respecta a los regímenes de protección de bienes que permiten el juego de los dos textos jurídicos, que el listado de bienes que los Estados partes han sometido a protección reforzada y se han admitido, se limita a 10[24], mientras que el registro internacional de bienes bajo protección especial lo hace a 14[25], lo que nos permite afirmar que el sistema de protección diseñado tanto por la Convención como por el Protocolo no ha alcanzado su objetivo previsto, en este caso por la falta de voluntad de los propios Estados parte a obligarse por tales regímenes.

Por lo que respecta a las obligaciones de las partes en conflicto, como señalábamos en párrafos anteriores, la situación se ha visto desbordada por la aparición de nuevos actores internacionales que no se consideran ligados por los textos convencionales[26]. Entre estos nuevos actores se encuentran los grupos terroristas, que no sólo destruyen el patrimonio cultural a través del saqueo y el contrabando de sus bienes como fuente de financiación, sino que incluso convierten la destrucción de dicho patrimonio en parte de su estrategia para alimentar los conflictos y acabar con la diversidad cultural de las zonas que se ven acosadas a través de tal estrategia de guerra.

En estos casos, como demuestra la práctica, el pretender la aplicación de estos textos convencionales no puede ir más allá que del exigir la debida diligencia de los

Protocolo o apropiárselos a gran escala; d) hacer objeto de un ataque a un bien cultural protegido por la Convención y el presente Protocolo; e) robar, saquear o hacer un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la Convención, y perpetrar actos de vandalismo contra ellos". Las restantes violaciones deberán ser objeto de sanción administrativa a nivel interno de los Estados parte (art. 28 de la Convención y 21 del Segundo Protocolo).

[24] El listado de los bienes se encuentra disponible en http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/19542P–enhanced–protection–list–en_20140320.pdf, visitada el 25 de abril de 2018.

[25] El listado de bienes se encuentra disponible en http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/Register2015EN_01.pdf, visitada el 25 de abril de 2018.

[26] Tal y como señalan numerosos autores, los conflictos recientes que han puesto en peligro al patrimonio cultural están íntimamente ligados con luchas por la identidad nacional o religiosa, en los que acaban participando numerosos actores de diverso carácter y agenda, y en los que la destrucción del patrimonio cultural se convierte en un objetivo en sí mismo. *Vid*., S. Van der Auwera, "Contemporary Conflict, Nationalism, and the Destruction of Cultural Property during Armed Conflict: A Theoretical Framework", *Journal of Conflict Archaeology, 7/1*, 2012, pp. 49–65.

Estados territoriales parte en los que los grupos terroristas actúan. Los Estados partes siguen vinculados por sus obligaciones convencionales y su labor de policía debe ser efectiva. En cualquier caso, no podemos olvidar que, en muchas ocasiones, estos Estados territoriales se ven superados en sus capacidades por las actuaciones de los grupos armados, por lo que la protección del patrimonio cultural vía el Convenio y su Segundo Protocolo deviene una ilusión, más en los casos en los que el grupo terrorista hace de la destrucción del patrimonio cultural su verdadero fin.

Las labores internacionales en estos casos se encuentran centradas en la concienciación y el entrenamiento del personal nacional para que de forma interna se proceda a proteger el patrimonio en peligro, documentando cualquier tipo de ataque o daño que pueda sufrir y preparando a los profesionales para su reconstrucción.

El segundo sector al que se ha dirigido la codificación se enfrenta a los problemas derivados del saqueo y robo de objetos culturales, y su venta ilegal. A este segundo sector pertenece el Primer Protocolo a la Convención de 1954, la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, hecha en París el 17 de noviembre de 1970[27], y el Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995[28].

Este segundo sector trata de lograr un tratamiento uniforme en cuanto al tratamiento y prohibición del saqueo en territorios bajo conflicto y el robo de estos objetos culturales, no sólo respecto a los bienes culturales inventariados, sino extendiéndolos a todos aquellos que puedan formar parte del patrimonio cultural. Tal protección es aún más necesaria en el caso de los conflictos recientes y los nuevos actores, ya que como señalaba el Consejo de Seguridad en la mencionada Resolución 2347 (2017) la venta de bienes culturales se ha convertido en un método de financiación de los grupos terroristas que participan en los conflictos armados.

Sistematizados los instrumentos convencionales internacionales que se encuentran en vigor para dotar al patrimonio cultural en tiempos de conflicto y postconflicto de una protección debida, debemos analizar si los mismos han sido o son suficientes para lograr sus objetivos, por ejemplo, en las situaciones que se están produciendo durante la guerra de Siria.

Respecto al conflicto armado en Siria, la labor de la UNESCO[29] se está concentrando como señalábamos, en la formación del personal nacional para intentar

[27] Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, hecha en París el 17 de noviembre de 1970. *BOE* nº 31, de 5 de febrero de 1986.

[28] Convenio de UNIDROIT sobre los bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 de junio de 1995. *BOE* nº 248, de 16 de octubre de 2002.

[29] Sobre la labor de la UNESCO en Siria, Vid. http://www.unesco.org/new/es/safeguarding–syrian–cultural–heritage/, visitada el 26 de abril de 2018.

limitar los daños al patrimonio y evitar el saqueo que se está produciendo. Siria es Estado parte del Convenio de 1954 desde 1958, sin embargo, no lo es del Protocolo Segundo. Así, el Estado Sirio únicamente se encuentra obligado a cumplir con las obligaciones de respeto establecidas en el art. 4 del Convenio, sin que haya realizado declaración alguna sobre la extensión de tal protección ni sobre los bienes a incluir en alguno de los regímenes especiales de protección[30]. El resto de partes en el conflicto tampoco han realizado declaración alguna al respecto. Cierto es, sin embargo, que la mayoría de principios contenidos en el Convenio alcanzan hoy en día la categoría de normas de derecho internacional consuetudinario, obligando a todos los actores en el conflicto más allá de sus propias manifestaciones.

Desde el inicio del conflicto y aunque las autoridades gubernamentales afirman que el daño al patrimonio cultural es menor[31], múltiples son las voces que se alzan para denunciar que los daños al patrimonio cultural en zonas como Alepo son graves y que todos los actores en el conflicto están siendo responsables [32]. En casos así, el Convenio se está revelando como papel mojado.

III. La protección del patrimonio cultural en la jurisprudencia internacional penal

La inclusión de la destrucción del patrimonio cultural entre las conductas configuradoras del tipo penal del crimen de guerra en el Estatuto de la CPI de Roma[33] (art. 8) es un reflejo tanto de la labor codificadora señalada en los puntos anteriores como de la jurisprudencia internacional que ha ido desarrollándose en materia de protección del patrimonio cultural.

Las primeras sentencias internacionales a nivel penal [34] sobre la destrucción del patrimonio cultural fueron las emitidas por el Tribunal Penal Internacional para la

[30] Siria había logrado la inscripción de seis enclaves en el Listado de Patrimonio Mundial. Actualmente, todos ellos se consideran como patrimonio en peligro. En concreto: la Antigua ciudad de Damasco, la Antigua ciudad de Bosra; Palmyra; la Antigua ciudad de Alepo; el Crac de los Caballeros y Qal'at Salah Al Din; y las ciudades antiguas del Norte de Siria. El listado y estado del patrimonio puede consultarse en:https://whc.unesco.org/fr/etatsparties/sy, visitado el 26 de abril de 2018.

[31] Según declaraba el director general de Antigüedades y Museos de Siria, *Maamoun Abdulkarim*, en enero de 2017, el 99% del patrimonio cultural sirio se encontraba a salvo. Vid., http://www.lavanguardia.com/vida/20170113/413326282118/siria–mantiene–a–salvo–el–99–de–su–patrimonio–pero–alerta–a–coleccionistas.html.

[32] *Op. cit*, nota 5.

[33] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. *BOE* nº 126, de 27 de mayo de 2002.

[34] Con anterioridad, el Tribunal Internacional Militar de Núremberg había condenado a varios de sus acusados por destrucción y pillaje de bienes culturales, incluyendo tales conductas bajo el epígrafe de crimen de guerra de robo y destrucción de bienes públicos y privados (incluyendo la destrucción y pillaje de obras de arte), cuya tipificación se derivaba de la prohibición general del pillaje contenida en el art. 28

antigua Yugoslavia entre los años 1993 a 2017[35]. En concreto, el Estatuto del TIPY[36] preveía la tipificación como crímenes de guerra de los ataques al patrimonio, ya como violaciones a los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 2.d)), ya como violaciones de las leyes y usos de la guerra (art. 3.d)).

En virtud de tal previsión, la Oficina del fiscal acusó de tales cargos a 17 de los procesados ante el TIPY[37]. En todos los asuntos, el cargo basado en la destrucción de patrimonio cultural se sumaba a otros cargos en el acta de acusación, por lo que nunca fue base única de ninguna de las condenas del TIPY.

Sin embargo, como novedad, el Fiscal del TIPY se encargó de incluir actos de destrucción del patrimonio cultural como elementos indiciarios de otros crímenes bajo la jurisdicción del Tribunal; a saber, como indiciario de un crimen de lesa humanidad de persecución en 14 casos[38] e, incluso, como parte de la estrategia de

del Convenio II de la Haya de 1899, leyes y usos de guerra y en el art. 47 de su Reglamento de 1907. Las actas y la sentencia del Tribunal Internacional Militar de Núremberg están disponibles en http://www.legal–tools.org/en/browse/ltfolder/0_34434/#results, visitada el 24 de abril de 2018.

[35] El Tribunal Internacional Penal para la Antigua Yugoslavia (en adelante, TIPY) concluyó su mandato el pasado 31 de diciembre de 2017, haciéndose cargo de los procesos abiertos el *United Nations Mechanism for Internacional Criminal Tribunals* (en adelante, MICT). Sobre la protección del patrimonio cultural por el TIPY, Vid.: M. Lostal Becerril, "La protección de bienes culturales en el Tribunal Internacional Penal para la Ex Yugoslavia", *REEI, 24*, 2012, 25 pp.

[36] Estatuto del TIPY, disponible en http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf.

[37] Los acusados bajo el cargo de crímenes de guerra o violaciones de las leyes y usos de guerra son: Tihomir Blaškić (Asunto *"Lašva Valley"* (IT–95–14). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible enhttp://www.icty.org/case/blaskic/4.); Radoslav Brđain (Asunto "*Krajina*" (IT–99–36). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/brdanin/4); Goran Hadžić (Asunto IT–04–756. Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/hadzic/4.); Enver Hadžihasanović (Asunto *"Hadžihasanović & Kubura"* (IT–01–47). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/hadzihasanovic_kubura/4); Miodrag Jokić (Asunto "*Dubrovnik"* (IT–01–42/1).Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/miodrag_jokic/4); Dario Kordić y Mario Čerkez (Asunto *"Lašva Valley"* (IT–95–14/2). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/kordic_cerkez/4); Milan Martić (Asunto "RSK" (IT–95–11). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible enhttp://www.icty.org/case/martic/4); Slobodan Milošević (Asunto "*Kosovo, Croatia & Bosnia"*(IT–02–54). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/slobodan_milosevic/4); Jadranko Prlić, Bruno Stojić, Slobodan Praljak, Milivoj Petković, Valentin Ćorić y Berislav Pušić (Asunto *"Prlić et al."* (IT–04–74). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/prlic/4); Pavle Strugar (Asunto "*Dubrovnik*" (IT–01–42). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/strugar/4); y Momir Talić (Asunto "*Krajina"* (IT–99–36/1). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/talic/4).

[38] El Fiscal del TIPY incluyó actos de destrucción del patrimonio cultural entre las bases del crimen de lesa humanidad de persecución en las actas de acusación de: Milan Babić (Asunto "RSK" (IT–03–72). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/babic/4); Tihomir Blaškić (Asunto *"Lašva Valley"* (IT–95–14). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible enhttp://www.icty.org/case/blaskic/4.); Janko Bobetko (Asunto "Medak Pocket" (IT–02–62). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/bobetko/4);

destrucción del grupo que debe existir en el crimen de genocidio. Tal aproximación novedosa permitía extender la protección del patrimonio cultural a situaciones en las que no se cumplían los requisitos del crimen de guerra.

Por lo que se refiere a la CPI, la destrucción del patrimonio cultural puede incluirse en diversas de las conductas tipificadas como crímenes bajo su jurisdicción. Así, por un lado, puede ser tipificado como crímenes del art. 8 (crímenes de guerra) derivados de las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (*la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente*) o de otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales o no internacionales (*dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares)*.

Sin embargo, tal tipificación como crimen de guerra no agota las posibilidades de persecución penal de los actos de destrucción del patrimonio cultural, ya que, siguiendo la estela del TIPY, cabe su tipificación como crimen de lesa humanidad de persecución definido en el art. 7.1.h) y 7.2 del propio Estatuto.

Tal configuración permite tener en cuenta las situaciones en las que la destrucción se produce durante ataques sistemáticos y generalizados contra la población civil que no alcanzan la categoría de conflicto armado y que se llevan a cabo con la especial motivación de privar al grupo de su identidad mediante la eliminación de uno de sus derechos fundamentales: el derecho fundamental a disfrutar de la cultura y a sus bienes reconocido tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Miroslav Bralo (Asunto *"Lašva Valley"* (IT–95–17). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/bralo/4); .); Radoslav Brđain (Asunto "*Krajina*" (IT–99–36). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/brdanin/4); Miroslav Deronjić (Asunto *"Glogova" (IT–02–61).* Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/deronjic/4); Vlastimir Đorđević (Asunto *"Kosovo"* (IT–05–87/1). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/djordjevic/4); Milan Kovačević (Asunto *"Prijedor"* (IT–97–24).Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible enhttp://www.icty.org/case/milan_kovacevic/4); Momčilo Krajišnik (Asunto *"Bosnia Herzegovina"* (IT–00–39). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/krajisnik/4); Milan Martić (Asunto "RSK" (IT–95–11). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/martic/4); Slobodan Milošević (Asunto "*Kosovo, Croatia & Bosnia"*(IT–02–54).Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/slobodan_milosevic/4); Biljana Plavšić (Asunto "*Bosnia Herzegovina*"(IT–00–39 & 40/1). Toda la documentación sobre el caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/plavsic/4); Milomir Stakić (Asunto "*Prijedor"* (IT–97–24). Toda la documentación del caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/stakic/4); y Momir Talić (Asunto *"Krajina"* (IT–99–36/1). Toda la documentación del caso se encuentra disponible en http://www.icty.org/case/talic/4).

Tales ataques sistemáticos y generalizados son definitorios del propio actuar del terrorismo, que no pocos autores consideran en sí mismo como un nuevo crimen de lesa humanidad[39], por lo que la extensión de responsabilidad a estos nuevos actores podría producirse aunque no se alcanzara la situación de conflicto o incluso no se fuera parte del Segundo Protocolo del Convenio de 1954, ante la consideración de los crímenes de lesa humanidad como normas de *ius cogens*.

Ha sido la CPI quien ha logrado la primera condena a nivel internacional por un crimen de guerra de destrucción del patrimonio cultural de forma individual, no ligada a la comisión de otros crímenes tipificados en el Estatuto. Así, el pasado 27 de septiembre de 2016, la CPI dictaba su primera condena en el asunto *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* [40], en la que la Corte defiende la gravedad de estos crímenes, a pesar de que no se acusara al detenido de crímenes contra las personas, basada en la importancia del patrimonio no sólo para los habitantes de Mali, sino para toda la Comunidad Internacional, y en el motivo de su comisión. Así, afirma la Corte:

> *"Thus, the Chamber considers that the fact that the targeted buildings were not only religious buildings but had also a symbolic and emotional value for the inhabitants of Timbuktu is relevant in assessing the gravity of the crime committed.*
>
> *Furthermore, all the sites but one (the Sheikh Mohamed Mahmoud Al Arawani Mausoleum) were UNESCO World Heritage sites and, as such, their attack appears to be of particular gravity as their destruction does not only affect the direct victims of the crimes, namely the faithful and inhabitants of Timbuktu, but also people throughout Mali and the international community. (…)*
>
> *Lastly, the Chamber notes that the crime was committed for religious motives. (…). The Chamber considers that the discriminatory religious motive invoked for the destruction of the sites is undoubtedly relevant to its assessment of the gravity of the crime.*
>
> *The Chamber concludes that the crime for which Mr Al Mahdi is convicted is of significant gravity"*[41].

IV. Conclusiones

La protección del patrimonio cultural en tiempos de conflicto armado se enfrenta actualmente a un doble problema. Por un lado, la falta de ratificación del Segundo Protocolo a la Convención de 1954 que impide extender la protección a los conflictos de carácter no internacional y la falta de voluntad de los Estados parte de señalar

[39] Sobre la consideración del terrorismo como un crimen de lesa humanidad, *vid*.: V. Bou Franch; C. Fernández de Casadevante Romaní, *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional,* Valencia, 2009, 134 pp.; K. Ambos, "Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law?", *Leiden Journal of International Law*, 24, 2011, pp. 655–675; C. Fernández de Casadevante Romaní, "Terrorismo y crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional relativa a la Organización terrorista nacionalista vasca, ETA", *Revista Europea de Derechos Fundamentales, 30,* 2017, pp. 49–93.

[40] *Op. cit*., nota 7.

[41] Pár. 79 a 82 del *Public Judgment and Sentence* disponible en https://www.icc–cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF.

ciertos bienes como sujetos de la protección diseñada en los textos convencionales, seguramente con un intento de evitar las obligaciones que tal señalamiento suponen a nivel interno y que, en muchas ocasiones, colisionan con los ordenamientos jurídicos nacionales administrativos.

En cualquier caso, junto al principal problema derivado de la ratificación de los textos, la nueva categoría de actores involucrados en tales conflictos provoca que su aplicación sea imposible, ya que la destrucción se convierte en parte del objetivo del grupo terrorista. No cabe ningún tipo de protección o salvaguarda más allá de la que pueda realizarse *a posteriori* vía la tipificación penal de tales conductas.

La codificación en los textos internacionales de violaciones graves que darán lugar a ciertos crímenes internacionales permite su persecución tanto a nivel interno, siempre que los Estados adecuen sus normas penales, como a nivel internacional, siempre que la misma entre en juego en cumplimiento del principio de subsidiariedad de la jurisdicción internacional penal.

El Estatuto de la Corte y sus actividades posteriores han demostrado el especial ligamen que hoy en día se declara entre Paz y Seguridad internacionales y protección del patrimonio cultural, pero, sin embargo, la figura del crimen de guerra no agota las posibilidades de tipificación de tales actos.

Está por ver si la labor de la Fiscalía, en atención a la especial intención demostrada por estos nuevos actores de destrucción de grupos nacionales, religiosos o étnicos, a través de la destrucción del patrimonio cultural, permite incluirla entre las figuras de crímenes de lesa humanidad (persecución) o incluso como indiciarias del tipo penal de genocidio, siguiendo la estela ya iniciada por otros tribunales penales internacionales.

¿APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET?

Dário MOURA VICENTE (Portugal)*

Sumario: I. El problema. II. Los intereses en juego. III. El caso *Costeja.* IV. La situación en otras jurisdicciones. V. Los problemas suscitados por la diversidad de los regímenes nacionales. VI. El caso *Google c. CNIL.* VII. Balance.

I. El problema

El "derecho al olvido" es frecuentemente dado como ejemplo de una nueva generación de derechos humanos, propios de la denominada sociedad de la información: los llamados "derechos digitales"[1].

Lo consagró expresamente el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD), aplicable en la Unión Europea desde el 25 de mayo de 2018[2]. Dispone, al efecto, el art. 17 de ese Reglamento que el titular de dados personales tiene derecho a obtener del responsable del respectivo tratamiento su supresión, sin dilación indebida, especialmente cuando: *a)* Los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo; *b)* El titular haya retirado el consentimiento en el que se basa el tratamiento de los dados; *c)* El titular se oponga al tratamiento y no prevalezcan otros intereses legítimos para el tratamiento; o *d)* Los datos personales hayan sido tratados ilícitamente.

En realidad, este derecho es muy anterior al advenimiento de la sociedad de la información: el Tribunal Constitucional Federal alemán ya lo había consagrado en el caso *Lehbach*,en 1973, con respecto a la radiodifusión de un programa de

* Miembro del IHLADI. Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Lisboa.

[1] *Vid*., por ejemplo, Juan Carlos Martínez–Villalba, "La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 2014, pp. 15 ss.

[2] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), publicado en DO n.º L 119, de 4 de mayo de 2016, pp. 1 ss.

televisión que evocaba la condena criminal de determinada persona, la cual fue prohibida con fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 2, apartado 1, de la Ley Fundamental alemana[3]. Sin embargo, el surgimiento de Internet, del comercio electrónico y de las redes sociales, y la divulgación universal e instantánea de datos personales de los respectivos usuarios por ellas posibilitada, han conferido una proyección mucho más amplia al tema[4].

II. Los intereses en juego

Se enfrentan en esta materia intereses antagónicos: por una parte, el interés de cada persona a su *autodeterminación informativa*, es decir, a poder controlar el conocimiento por terceros de información relativa a su vida privada, el cual reclama, en determinadas circunstancias, el reconocimiento al titular de datos personales divulgados en línea del derecho de exigir su supresión; por otra parte, la *libertad de expresión y el derecho a la información*, que el derecho al olvido inevitablemente restringe; finalmente, los *intereses económicos de las empresas* que tengan de llevar a cabo la supresión de grandes volúmenes de información disponible en línea, los cuales deponen en el sentido de la restricción de ese derecho siempre que los respectivos costes sean desproporcionados relativamente a las finalidades a través de él proseguidas.

Dada la inequívoca importancia que estos intereses asumen en un Estado de Derecho democrático basado en el principio de la dignidad de la persona humana, que igualmente consagre la libre iniciativa económica privada, no puede el régimen jurídico del "derecho al olvido" dejar de buscar una conciliación de estas diferentes categorías de intereses[5].

III. El caso *Costeja*

El mencionado conflicto de intereses ha sido puesto en evidencia en el caso *Costeja*, decidido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en 2014[6].

---

[3] *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,* vol. 35, pp. 202 ss.

[4] Según el informe de Google disponible en https://transparencyreport.google.com/eu–privacy/overview, entre 1 de enero de 2015 y 1 de enero de 2019 el número de direcciones de red (URLs) cuya retirada se ha solicitado con fundamento en el derecho al olvido fue de 3.302.488.

[5] Acerca de los cuales puede verse en la doctrina portuguesa, por último, Paulo Mota Pinto, "A proteção da vida privada e a Constituição", *in eiusdem, Direitos de Personalidade de Direitos Fundamentais. Estudos,* Coimbra, 2018, pp. 593 ss.

[6] STJUE, Gran Sala de 13 de mayo de 2014, proc. C131/12, *Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317.

Un ciudadano español, Mário Costeja, había presentado a la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD), en 2010, una reclamación contra el editor del periódico *La Vanguardia*, Google Spain y Google Inc. Pretendía que fuera suprimida de las páginas del periódico información publicada en 1998 relativa a la venta judicial de inmuebles suyos para recuperación de deudas que tenía a la Seguridad Social; y que Google impidiera el aparecimiento de sus datos personales en las búsquedas hechas a través de los respectivos motores de búsqueda. Invocaba, al efecto, que el procedimiento judicial estaba resuelto hace varios años y que la referencia al mismo carecía actualmente de pertinencia.

La AEPD denegó la pretensión con respecto al periódico, puesto que la información estaba legalmente justificada, ya que había sido efectuada por instrucción del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; pero la acogió con respecto a Google, que consideró sujeta a la legislación europea sobre protección de datos y al derecho de protección de estos. Google apeló a Audiencia Nacional y esta reenvió el asunto al TJUE, solicitando la interpretación de la Directiva 95/46 (que antecedió el RGPD) a la luz de los hechos de la causa.

En su decisión, el TJUE consideró, en lo esencial, que: *a)* La actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse como "tratamiento de datos personales", a efectos de la mencionada Directiva; *b)* Para respetar los derechos de los titulares de los datos personales, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, vínculos a páginas *web*, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, aunque la publicación en sí misma en dichas páginas sea lícita; *c)* Estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información; y *d)* En una situación como la que estaba en causa, teniendo en cuenta el carácter sensible de la información en causa para la vida privada del interesado y que su publicación inicial se remontaba a 16 años atrás, esa persona tenía demostradamente derecho a que esta información ya no se vinculara a su nombre a través de las listas de resultados obtenidas en *Google Search* cuando se realizase una búsqueda a partir de su nombre[7].

[7] *Vid*., sobre la sentencia y sus antecedentes, Felisa María Corvo López, "El "derecho al olvido": de la STJCE de 13 de mayo del 2014 al Reglamento General de Protección de Datos [Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016]", *Revista de Direito Intelectual,* 2017, vol. I, pp. 175 ss.

IV. La situación en otras jurisdicciones

Es muy distinta de esta la situación que encontramos en otras jurisdicciones, con destaque para los Estados Unidos de América[8]. La Primera Enmienda Constitucional americana proscribe expresamente que el Congreso adopte cualquier ley que limite la libertad de expresión[9]. No sorprende, por eso, la inexistencia en EE UU de un "derecho al olvido": los listados de enlaces presentados por Google son, de hecho, protegidos por la libertad de expresión, como ha sido repetidamente afirmado por tribunales federales, *v.g.*, en los casos *Search King, Inc. v. Google Techology, Inc.*[10], *Langdon v. Google*[11] y *Zhang et al. v. Baidu.com Inc.*[12].

Una propuesta legislativa presentada en 2017 al Senado del Estado de Nueva York por el Senador Tony Avella, en el sentido de la consagración del derecho al olvido[13], suscitó, por eso, serias reservas en cuanto a su constitucionalidad[14].

---

[8] *Vid*. Hugh J. McCarthy, "*All the World's a Stage*: The European right to be forgotten revisited from a US Perspective", *Journal of Intellectual Property Law & Practice,* 2016, pp. 360 ss.

[9] Dispone esa Enmienda: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*".

[10] Sentencia del United States District Court for Western Oklahoma, de 27 de mayo de 2003, disponible en http://www.internetlibrary.com/pdf/Search–King–Google–WD–Okla.pdf: "[*A] Page Rank is an opinion – an opinion of the significance of a particular web site as it corresponds to a search query. Other search engines express different opinions, as each search engine's method of determining relative significance is unique […]. A statement of relative significance, as represented by the Page Rank, is inherently subjective in nature. Accordingly the Court concludes that Google's Page Ranks are entitled to First Amendment protection*".

[11] Sentencia del United States District Court for Delaware, de 20 de febrero de 2007, disponible en http://www.internetlibrary.com/pdf/langdon.pdf: "*Google points to the relief sought by Plaintiff [which sought to compel] Google, Yahoo and Microsoft [to] place Plaintiff's ads for his websites in prominent places on their search engine results and [have] Defendants honestly rank plaintiff's web sites. Google argues that such relief would compel it to speak in a manner deemed appropriate by Plaintiff and would prevent Google from speaking in ways that Plaintiff dislikes. It contends such relief contravenes the First Amendment. […] Defendants are correct in their position that the injunctive relief sought by Plaintiff contravenes Defendants' First Amendment rights*".

[12] Sentencia del District Court for the Southern District of New York, de 27 de marzo de 2014, disponible en http://blogs.reuters.com/alison–frankel/files/2014/03/zhangvbaidu–opinion.pdf: *"[The plaintiffs] seek to hold Baidu liable for, and thus punish Baidu for, a conscious decision to design its search–engine algorithms to favor certain expression on core political subjects over other expression on those same political subjects. To allow such a suit to proceed would plainly violate […] the fundamental rule of protection under the First Amendment, that a speaker has the autonomy to choose the content of his own message*".

[13] *An Act to Amend the Civil Rights Law and the Civil Practice Law and Rules, in Relation to Creating the Right to be Forgotten,* disponível em http://legislation.nysenate.gov/pdf/bills/2017/S4561.

[14] En este sentido, *vid*. Eugene Volokh, "N.Y. bill would require people to remove 'inaccurate,' 'irrelevant,' 'inadequate' or 'excessive' statements about others", *The Washington Post,* 15 de março de 2017: "*the bill simply aims to censor what people say, under a broad, vague test based on what the government*

De ese derecho ha dicho, en la doctrina norteamericana, que su propósito no sería otro si no el de "impedir, so pena de la ruina financiera, el ejercicio de la libertad de expresión, siempre que una entidad pública así lo entienda"[15].

Una orientación mucho más mitigada con respecto a esta cuestión ha sido adoptada recientemente por otra jurisdicción de *Common Law*. Nos referimos al caso *NT 1 & NT2 v. Google LLC*, juzgado en 2018 por la *Queen's Bench Division* del *High Court* inglés[16]. El caso era relativo a dos empresarios ingleses que habían sido condenados por ilícitos criminales y que pretendían de Google la supresión de ciertos resultados de las búsquedas efectuadas a través de su motor de búsqueda, que daban acceso a *websites* conteniendo relatos de prensa relativos a esos ilícitos. El tribunal declaró inadmisible la pretensión del primer demandante, considerando que "la supresión (*delisting*) impediría significativamente, aunque no lo bloquearía por completo, el acceso del público a información relativa a un empresario indigno de confianza que representa algún riesgo para el público"; pero estimó la del segundo, fundándose en que "la información relativa al crimen y a su punición se encuentra desactualizada, es irrelevante y no existe interés legítimo suficiente que justifique la continuación de su disponibilidad para los usuarios de Google Search". El tribunal rechazó en todo caso la imposición a Google de cualquier deber de indemnizar al segundo demandante por pérdidas que este supuestamente sufriera, por entender que la demandada había actuado con "prudencia razonable" (*reasonable care*).

V. Los problemas suscitados por la diversidad de los regímenes nacionales

Por los motivos expuestos, puede decirse que los Derechos de la Unión Europea y de los Estados Unidos de América consagran soluciones diametralmente opuestas para el problema en análisis[17]; y que esta divergencia es, en última instancia, ideológica, una vez que radica no sólo en un diverso entendimiento del significado del

thinks the public should or shouldn't be discussing. It is clearly unconstitutional under current First Amendment law".

[15] *Idem, ibidem*: "*There is no "right to be forgotten" in the abstract; no law can ensure that, and no law can be limited to that. Instead, the "right" this aims to protect is the power to suppress speech — the power to force people (on pain of financial ruin) to stop talking about other people, when some government body decides that they should stop". Vid. aún, del mismo autor, "Freedom of Speech, Information Privacy, and the Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You*", *Stanford Law Review*, 2000, pp. 1049 ss.

[16] [2018] EWHC 799 (QB).

[17] *Cf*., para un análisis comparativo más detenido, Dário Moura Vicente y Sofia de Vasconcelos Casimiro, "A proteção de dados pessoais na Internet à luz do Direito Comparado", *Revista de Direito Intelectual*, 2018, vol. II,pp. 45 ss.

concepto de privacidad[18], sino sobre todo en la diferente medida del reconocimiento de la libertad de expresión en cada uno de los sistemas jurídicos en causa.

Ahora bien, son frecuentes las situaciones en las que la facilitación de la información en causa "atraviesa" las fronteras de los dos bloques económicos. Así sucede, por ejemplo, con los enlaces hechos para *websites* alojados en ordenadores ubicados en diferentes países y con direcciones geográficas de distintos países.

Cuando el responsable del tratamiento de datos esté establecido, por ejemplo, en los Estados Unidos, se plantea así la cuestión del ámbito de aplicación territorial de las disposiciones del Derecho de la Unión Europea sobre el derecho al olvido[19].

VI. El caso *Google c. CNIL*

Fue exactamente este el problema que surgió en el asunto*Google c. CNIL***,** en que Google, Inc., impugnó ante el Consejo de Estado francés una decisión de la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (en adelante CNIL) que le había impuesto la supresión de datos en el conjunto de los nombres de dominio de su motor de búsqueda, de tal forma que los enlaces cuestionados no aparecieran, cualquiera que fuera el lugar a partir del cual la búsqueda se hiciera, incluso desde el exterior del espacio territorial de la Unión Europea[20].

Este caso motivó una petición de decisión prejudicial hecha por el Consejo de Estado francés al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que aguarda su decisión[21].

---

[18] Puesto en evidencia por James Q. Whitman en "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty", *Yale Law Journal*, 2004, pp. 1151 ss, y, en la doctrina portuguesa, por Alexandre Sousa Pinheiro, *Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa, 2015.

[19] Sobre la cual pueden verse, con referencia a la Directiva 95/46/CE, que antecedió el RGPD, Pedro de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet,* 5.ª ed., Madrid, 2015, pp. 359 ss.; y Javier Carrascosa González, "The Internet – Privacy and Rights Relating to Personality", *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de Droit International,* tomo 378 (2015), pp. 267 ss. (pp. 448 ss.).

[20] Cf. la decisión de las 9.ª y 10.ª Cámaras reunidas del Consejo de Estado, de 19 de julio de 2017, disponible en https://www.legifrance.gouv.fr, en cuyo sumario se puede leer: "*Exploitant d'un moteur de recherche demandant l'annulation de la délibération par laquelle la formation restreinte de la CNIL l'a condamné à une sanction rendue publique de 100 000 euros pour ne s'être pas conformé à la mise en demeure qui lui avait été adressée de faire droit aux demandes de déréférencement de personnes physiques en supprimant de la liste des résultats affichés l'ensemble des liens menant vers les pages web litigieuses sur toutes les extensions de nom de domaine de son moteur de recherche. La détermination du champ d'application territorial des obligations de déréférencement pesant sur l'exploitant d'un moteur de recherche posant plusieurs difficultés sérieuses d'interprétation du droit au déréférencement reconnu de manière prétorienne par la Cour de justice dans son arrêt Google Spain, il y a lieu de renvoyer des questions préjudicielles à cette dernier*".

[21] Procedimiento C–507/17. El enunciado de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia figura en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie C, n.º 347, de 16 de octubre de 2017, p. 22.

En síntesis, son posibles fundamentalmente tres soluciones para el problema planteado: *a)* La *maximalista*, consistente en suprimir los resultados de la búsqueda en todos los nombres de dominio de Google, independientemente del lugar a partir del cual se ha hecho la búsqueda (solución preconizada por CNIL); *b)* La *minimalista*, que implica la supresión de los resultados de la búsqueda únicamente en el dominio que sirve el país a partir del cual se hace la búsqueda, extendiéndola quizá al universo de los Estado–Miembros de la Unión Europea, pero no, por ejemplo, a los dominios terminados en ".com" (sistema inicialmente adoptado por Google); y *c)* La *intermedia*, traducida en suprimir, a través del denominado *geoblocking,* los resultados de búsqueda en cualquiera de los dominios de Google, pero únicamente en respuesta a solicitudes hechas a partir de direcciones IP conectadas a usuarios ubicados en la Unión Europea (sistema aparentemente ya adoptado por Google).

La definición de la solución preferible deberá llevar en cuenta los intereses en juego en el derecho al olvido. Ahora bien, en la Unión Europea abulta especialmente, en esta materia, el interés del titular de los datos en causa en la preservación de su privacidad: en principio, este prevalece, como lo reconoció el TJUE en el caso *Costeja,* sobre la libertad de expresión y los intereses económicos de los proveedores de servicios de la sociedad de información. Y ese interés en alguna medida requiere, dada la ubicuidad de Internet, la *aplicación extraterritorial* del régimen europeo sobre la materia[22].

Justamente en ese sentido va el art. 3, apartado 2, del RGPD, que acoge el criterio de la dirección de actividades ("*targeting*") a fin de delimitar el ámbito de aplicación espacial del reglamento[23]. Según ese precepto, el reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que se encuentren en la Unión, aunque por un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión o el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión[24].

---

[22] *Vid*., sobre el punto, Thomas Hoeren, *Internetrecht. Ein Grundriss,* 3.ª ed., Berlin/Boston, 2018, pp. 475 ss, expresando también dudas con respecto a la adecuación del principio de la territorialidad al tratamiento de los denominados *big data.*

[23] *Cf*. European Data Protection Board, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (article 3)*, Bruselas, 2018, p. 3.

[24] *Vid.*, sobre la interpretación de esa disposición, Christian Kohler, "Conflict of Laws Issues in the 2016 Data Protection Regulation of the European Union", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* 2016, pp. 633 ss.; Pedro de Miguel Asensio, "Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento general sobre Protección de datos de la Unión Europea, *Revista española de Derecho internacional,* 2017, tomo 1, pp. 75 ss.; Luís de Lima Pinheiro, "Law Applicable to Personal Data Protetcion on the Internet: Some Private International Law Issues", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado,* 2018, pp. 163 ss.

Sin embargo, se plantea la cuestión de los límites a la aplicación extraterritorial de las disposiciones relativas al derecho al olvido. Esta fue examinada, aunque con referencia a la Directiva 95/46/CE, por el Abogado–General de la Unión Europea Maciej Szpunar en sus conclusiones sobre el asunto *Google c. CNIL*[25], en las que ha propuesto al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Conseil d'État* francés del siguiente modo:

1) "Las disposiciones de los arts. 12, letra b), y 14, letra a), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, deben interpretarse en el sentido de que el gestor de un motor de búsqueda que estima una solicitud de retirada de enlaces de una lista de resultados no está obligado a efectuar dicha retirada respecto de la totalidad de los nombres de dominio de su motor de tal manera que los enlaces controvertidos dejen de mostrarse independientemente del lugar desde el que se realice la búsqueda a partir del nombre del solicitante.
2) El gestor de un motor de búsqueda está obligado a suprimir los enlaces controvertidos de los resultados obtenidos tras una búsqueda efectuada a partir del nombre del solicitante desde un lugar situado en la Unión Europea. En ese contexto, ese gestor está obligado a adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar una retirada de enlaces eficaz y completa. Ello incluye, en particular, la técnica del "bloqueo geográfico" desde una dirección IP supuestamente localizada en uno de los Estados miembros sujetos a la Directiva 95/46, con independencia del nombre de dominio que haya utilizado el internauta que realiza la búsqueda".

Se rechazaron, así, tanto la solución maximalista como la minimalista para las cuestiones planteadas por el órgano jurisdicción de reenvío, antes indicadas.

Merecen atención los argumentos presentados por el Abogado–General a tal efecto. Estos pueden resumirse como sigue:

La tutela del derecho a la protección de datos y del derecho a la vida privada, que se derivan de los arts. 7 y 8 CDFUE, y que el RGPD consagra, supone, en su opinión, la existencia de un "*vínculo de conexión*" con el Derecho de la Unión y su territorio. Lo mismo sucede con el interés del público en acceder a la información buscada, consagrado en el art. 11 de la Carta, puesto que el público al que se alude ahí no es, según el Abogado–General, el público mundial, sino "el comprendido en el ámbito de aplicación de la Carta, por lo tanto, el europeo"[26].

[25] ECLI:EU:C:2019:15.
[26] Apartado 59.

Por otra parte, "[s]i se aceptara la retirada de enlaces mundial, las autoridades de la Unión no podrían definir ni determinar un derecho a recibir información y, aún menos, ponderarlo con los derechos fundamentales a la protección de los datos y a la vida privada"[27]. Existiría entonces, para Maciej Szpunar, "el riesgo de que la Unión impidiera a personas que se encuentran en un tercer país acceder a la información". Y añadió: "Permitir a una autoridad de la Unión que ordene una retirada de enlaces a nivel mundial transmitiría un mensaje nefasto a los terceros países, que también podrían ordenar una retirada al amparo de sus propias leyes […]. Existiría un riesgo real de nivelar a la baja, en detrimento de la libertad de expresión, a escala europea y mundial"[28].

Sin embargo, no cabe excluir que "puedan surgir situaciones en las que el interés de la Unión exija aplicar las disposiciones de la Directiva 95/46 más allá del territorio de la Unión", aunque en una situación como la del presente asunto, consideró que no hay motivo alguno para aplicar de ese modo las disposiciones de la Directiva 95/46[29].

Otrosí, "[u]na vez declarado el derecho a la retirada de enlaces, incumbe pues al gestor de un motor de búsqueda adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar una retirada eficaz y completa". Por ello, "[d]icho gestor debe acometer todas las posibles actuaciones desde el punto de vista técnico. En lo que concierne al procedimiento principal, estas actuaciones incluyen, en particular, la técnica denominada de "bloqueo geográfico", con independencia del nombre de dominio utilizado por el internauta que lleva a cabo la búsqueda"[30].

En definitiva, la solución propuesta por el Abogado–General se traduce en una *extraterritorialidad mitigada* del ámbito del Derecho de la Unión Europea en materia de derecho al olvido: este puede aplicarse a gestores de motores de búsqueda ubicados en el exterior de la Unión Europea, en las condiciones establecidas por el art. 3, apartado 2, del RGPD, pero solo se les puede imponer la retirada de enlaces con fundamento en ese derecho en lo concerniente a búsquedas efectuadas desde un lugar situado en la Unión Europea.

Aunque basada en la justa preocupación de conciliar el derecho a la protección de datos, por un lado, con la libertad de expresión y el derecho a la información, por otro, la solución propuesta por el Abogado–General no deja de implicar, como ha señalado Pedro de Miguel Asensio[31], el riesgo de menoscabar la efectividad del derecho mencionado en primer lugar, una vez que no será difícil acceder a los datos

[27] Apartado 60.
[28] Apartado 61.
[29] Apartado 61.
[30] Apartado 74.
[31] *Cf.* "Ámbito espacial del derecho al olvido: las conclusiones en el asunto C–507/17, Google", *La Ley Unión Europea*, n.º 67, febrero 2019.

en cuestión en el territorio de la Unión Europea a través quien se encuentre en un tercero Estado.

La preservación de la privacidad de los titulares de datos que se encuentren en la Unión por parte de responsables o encargados de su tratamiento establecidos en países terceros resulta así, en la interpretación propuesta por el Abogado–General, un tanto limitada.

VII. Balance

El derecho al olvido es, en la Unión Europea, un nuevo derecho humano; pero representa también una fuerte limitación a determinados *derechos de libertad* que integran la denominada primera generación de derechos humanos, en particular la libertad de expresión.

El contraste con el Derecho de los Estados Unidos de América pone de manifiesto, en esta materia, el conflicto entre los diferentes conceptos nacionales sobre la relevancia relativa de las sucesivas generaciones de derechos humanos.

Se trata, en realidad, de un problema recurrente en la historia de Internet, ya suscitado en 2000 en el caso *UEJF et Licra c. Yahoo! Inc. et Yahoo France*,conrespecto a las famosas subastas de *nazi memorabilia* llevadas a cabo a través de este *website*[32].

Lejos de encontrarse sustraído al Derecho estatal[33], el "*ciberespacio*" – cuya independencia ha sido algo prematuramente proclamada hace poco más de veinte años[34] – repercute, así, las divergencias entre los Derechos nacionales.

El nuevo Derecho de la Unión Europea sobre la protección de datos personales apunta hacia una aplicación extraterritorial de las soluciones que consagra en la materia; pero esta es en principio limitada por la exigencia de una conexión de la conducta infractora con el territorio de la Unión.

---

[32] *Cf*., sobre ese caso, la *Ordonnance de référé* proferida por el Tribunal de Grande Instance de Paris el 22 de mayo 2000, disponible en http://juriscom.net.

[33] Como algunos pretendieron: cf. David Johnson/David Post, "Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace", *Stanford Law Review*, 1996, pp. 1367 ss.; Aron Mefford, "Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1997, pp. 211 ss.;Jane Ginsburg, "The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change", *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de Droit International*, tomo 273 (1998), pp. 239 ss. (pp. 376 ss.); e Matthew Burnstein, "A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment", *in* Katharina Boele-Woelki/Catherine Kessedjian (organizadoras), *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies?*, Haia/Londres/Boston, 1998, pp. 23 ss. (p. 28).

[34] *Vid*. John Perry Barlow, *A Cyberspace Independence Declaration*, Davos, 1996, disponible en https://www.eff.org/cyberspace–independence.

Esta exigencia posibilita algún grado de coexistencia entre dichos conceptos nacionales, aunque la reglamentación europea deba prevalecer sobre las de terceros Estados cuando se verifique dicha conexión.

EL CAMBIO CLIMÁTICO Y SUS EFECTOS EN DETERMINADOS DERECHOS HUMANOS

Hugo A. LLANOS MANSILLA (Chile)*

El *Cambio Climático* tiene efectos muy graves en ciertos derechos humanos, tales como los que exponemos en esta comunicación.

—*El derecho a la vida*

El derecho a la vida, que está expresamente protegido por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y* por *la Convención sobre los Derechos del Niño, se encuentra* amenazado por el aumento del hambre y desnutrición debido a tormentas, sequias, incendios, que afectará la seguridad alimentaria de grandes poblaciones por la migración de éstas por elevación del nivel del mar, especialmente en los llamados *Estados Islas.*

El Relator Especial sobre el derecho a la alimentación ha documentado el hecho de que los fenómenos climáticos extremos están amenazando cada vez más los medios de subsistencia y la seguridad alimentaria[1]

*"*El 23 % de las muertes al año en el mundo es por contaminación.Los más afectados por los riesgos ambientales son los niños menores de 5 años y los adultos mayores de 50**"**[2]**.**

Hoy mueren 7 millones de personas al año[3] por contaminación del aire o sea, 1 de cada 7 fallecidos, de los cuales 4.3 millones lo son de los países pobres, por el uso de madera y carbón para calefaccionarse y cocinar[4]. Así, en India, 1.6 de los fallecidos anualmente, mueren por contaminación del aire.

---

* Miembro del IHLADI. LL.M Universidad de Harvard. Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Central de Chile

[1] A/HRC/7/5, para. 51; A/HRC/7/5/Add.2, paras. 11 and 15.

[2] Así lo destaca la OMS en su segundo Informe de fecha 15 de marzo de 2016, titulado "Ambientes saludables y prevención de enfermedades".

[3] En ello coinciden tanto la OMS como el PNUMA

[4] En Santiago de Chile la combustión por leña aporta siete veces más contaminación que los vehículos, especialmente en invierno por las estufas a leña. Se han catastrado en la Región Metropolitana 120.000 estufas a leña que son responsables de la emisión de 2.089 toneladas de material particulado MP 2.5 que incide en la muerte de prematura de 4.200 personas, según Informe de contaminantes 2012 de la

Señala la OMS[5] *que el 23 % de las muertes al año en el mundo es por contaminación*. Entre la amenazas destaca los efectos del *cambio climático*. Dice lo siguiente: "los más afectados por los riesgos ambientales son los niños menores de 5 años y los adultos mayores de 50".

Entre las regiones del mundo más afectadas están el Asia Sudoriental y el Pacífico Occidental.

En la primera se encuentra India y en la segunda China, los países más golpeados por esta realidad, que los lleva a tener un 30% de sus muertes causadas por la contaminación. En América las mejores cifras son de EEUU y Canadá con 11% y Chile con un 12%, que es equivalente a 11.300 fallecidos.

El cambio climático está causando problemas, además, por la desertificación, la falta de agua y menos saneamiento.

Las partículas en el aire más peligrosas para el ser humano son los llamados *Material Particulado Fino–PM 2.5*[6]. La OMS considera que no es saludable exponerse en un día a concentraciones de PM 2,5 por sobre los 25 microgramos por centímetro cúbico. Chile se excede: tiene 28 microgramos de PM 2.5 por centímetro cúbico[7]. Recientemente, la OMS declaró a la ciudad de Chile, Coyhaique, la ciudad más contaminada de América: con 64 microgramos[8]. En China se ha llegado a los 157 microgramos de MP 2.5, esto es, 50 veces más que lo recomendado por la OMS. En Beijing, por ejemplo, este año 2016 hubo un episodio en que todas las actividades de la ciudad se suspendieron[9] .

Sin embargo es la India la que presenta en sus ciudades los mayores niveles de MP 2.5: 6 de las 10 ciudades más contaminadas del mundo según presencia del MP 2.5[10], se encuentran en India[11].

Universidad de Santiago. Corresponde a más de la mitad –51,3%– de las 4.065 toneladas de material particulado fino que se emite en la capital. Los autos, en cambio, considerados bencineros y diésel son responsables de 298 toneladas anuales de MP 2.5.

[5] En su en su segundo Informe de fecha 15 de marzo de 2016.

[6] Es el contaminante más peligroso que, por su diminuta magnitud, no logra ser filtrado por el aparato respiratorio provocando enfermedades respiratorias y cardiacas. La exposición crónica a la contaminación puede conducir a muertes prematuras, de las cuales el 80% se deben a cardiopatías y a accidentes cerebrovasculares, un 14% a neumopatías obstructivas crónicas o infecciones agudas de las vías respiratorias y un 6% a cáncer de pulmón.

[7] Aunque Lima es más contaminada con 38.

[8] Duplica a Santiago en cantidad de días críticos de contaminación atmosférica

[9] La capital china posee una concentración media de 64 microgramos por metro cúbico.

[10] Según análisis efectuado por la OMS entre 2008 y 2013. Ello se debe a la cantidad de autos y al uso del carbón.

[11] Según el Banco Mundial, la reducción de la esperanza de vida de la población urbana debido a la contaminación del aire le cuesta a la India $18.000 millones al año. Diario La Tercera de Chile, de 26 de abril de 2015.

Los ciclones tropicales que afectaron a 120 millones de personas entre 1980 y el 2000, provocaron la muerte de 250.00 personas.

Sólo el 12 % de la población mundial reside en lugares con aire limpio.

—*El derecho a la salud*

"La salud de las personas será una de las más afectadas por el cambio climático".

Con estas palabras la administradora de la *Agencia de Protección Medioambiental* (EPA) de EEUU, Gina McCarthy presentó su Informe el 4 de abril de 2016[12] a la Casa Blanca que recoge los efectos que el cambio climático tendrá sobre la salud de las personas. Advierte que junto con el aumento de la contaminación del aire– *el mayor incremento de la contaminación atmosférica afectará la salud como asma y problemas respiratorios–, la contaminación del agua y de los alimentos, y provocará asimismo una mayor ocurrencia de enfermedades propagadas por mosquitos y otros vectores, y miles de muertos por eventos climáticos extremos como olas de calor o sequias*[13]. El estudio determinó que en el verano del 2030 se producirán en los Estados Unidos 11.000 muertos más con respecto a las actuales a causa del calor extremo**.**

Según las proyecciones, en general el *cambio climático* debería aumentar los peligros para la salud humana, sobre todo e*n la población con menores recursos económicos en países tropicales y subtropicales.*

Se calcula que los ciclones tropicales, que afectan a aproximadamente 120 millones de personas cada año, mataron a 250.000 personas entre 1980 y 2000[14].

El *cambio climático* puede afectar directamente a la salud humana (menos problemas relacionados con el frío en países cálidos, pero *aumento de los problemas por el calor; pérdida de vidas humanas por inundaciones y tormentas*) e indirectamente por cambios en la gama de enfermedades transmitidas por vectores (como las producidas por mosquitos), en los *elementos patógenos del agua, la calidad del agua y del aire, y la disponibilidad y calidad de los alimentos* Los impactos reales sobre la salud estarán muy influidos por las condiciones ambientales locales y las circunstancias socioeconómicas, y por la gama de opciones de adaptación sociales, institucionales, tecnológicas y de comportamiento para disminuir las amenazas a la salud.

[12] Informe de 366 páginas, llevado a cabo durante tres años y que se basó en más de 1.800 estudios científicos.

[13] Agrega que las inundaciones derivadas de tormentas cada vez más intensas no causarán solo daños por sí mismas, sino que también contribuirán a la expansión de enfermedades vinculadas al agua, como el cólera. Los grupos más vulnerables serán los ancianos y la gente con pocos recursos económicos.

[14] Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC AR4 Working Group II Report, p.317).

Un Informe reciente de la UICN[15], *Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza*, septiembre de 2016, indica de posibles problemas para la salud asociados al calentamiento del océano: hay parásitos en los peces que se van a desarrollar con mayor intensidad, que a la larga se transmiten a los humanos al comer los peces que tienen esos parásitos.

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (el derecho a la salud) está exhaustivamente consagrado en el artículo 12 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y aparece mencionado en otros cinco tratados internacionales principales de derechos humanos (*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer(CEDAW),* art. 12 and 14, para. 2 (b); *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (ICERD*, art. 5 (e) (iv); *Convención internacional sobre los Derechos del Niño (CRC)*, art. 24; *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD),* art. 16, para. 4, 22, para. 2, and 25; *Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ICRMW),* art 43, para. 1 (e), 45, para. 1 (c) and 70. Ver también *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR)* art. 7 (b) and 10.

Este derecho entraña el disfrute y el acceso en condiciones de igualdad a una atención médica adecuada y, más en general, a bienes, servicios y condiciones que permitan a una persona vivir una vida sana. Los factores determinantes básicos de la salud incluyen una alimentación y una nutrición adecuadas, una vivienda apropiada, agua potable salubre y un saneamiento adecuado, y un medio ambiente sano. Otros elementos clave son la disponibilidad, la accesibilidad, la asequibilidad y la calidad de las instalaciones, bienes y servicios de salud y de atención de la salud.

Varios efectos observados y previstos del *cambio climático* plantearán amenazas directas e indirectas a la vida humana Se prevé con un alto grado de certeza un aumento en el número de personas que morirán o sufrirán enfermedades y lesiones como consecuencia de olas de calor, inundaciones, tormentas, incendios y sequías.

Asimismo, el *cambio climático* afectará al derecho a la vida mediante un aumento en el hambre y la malnutrición, y las enfermedades conexas tendrán consecuencias para el crecimiento y desarrollo infantil, así como para la morbilidad cardiorrespiratoria y la mortalidad relacionada con el ozono troposférico. Por ejemplo, se estima que 262 millones de personas se vieron afectadas anualmente por los desastres climáticos ocurridos entre losaños 2000 y 2004, de las cuales más del 98% viven en países en desarrollo[16]

[15] *Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza,* septiembre de 2016.

[16] *Programa de Naciones Unidas pata el Desarrollo* (UNDP), Human Development Report 2007/2008, Fighting climate change: Human solidarity in a divided world, p. 8

La *protección del derecho a la vida*, en general y en el contexto del cambio climático, está estrechamente vinculada con las medidas destinadas a la realización de otros derechos, como los relacionados con los alimentos, el agua, la salud y la vivienda.

—*El derecho al agua*

La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* se refieren explícitamente al acceso a los servicios de abastecimiento de agua en las disposiciones sobre un nivel de vida adecuado, mientras que la *Convención sobre los Derechos del Niño* se refiere al suministro de "agua potable salubre" como una de las medidas que los Estados adoptarán para combatir las enfermedades y la malnutrición.

Se prevé que la perdida de glaciares y la reducción de la capa de nieve irán en aumento y afectarán negativamente a la disponibilidad de agua de deshielo procedente de las cadenas montañosas para más de la sexta parte de la población mundial. Las condiciones meteorológicas extremas, como la sequía y las inundaciones, afectarán también al abastecimiento de agua[17] .

Los glaciares del planeta se derriten a un ritmo sin precedentes. Así lo sostiene un estudio internacional liderado por el glaciólogo Michael Zemp de la Universidad de Zurich. El estudio "Declinación global de glaciares sin precedentes a nivel histórico se presenta a principios del siglo XXI"[18], señala que desde que se tienen mediciones o registros no se había presentado algo parecido. La media anual de pérdida anual de hielo a nivel mundial ha sido 0.5 a 1 metro de retroceso frontal, pero hay casos en que esta cifra es superada con creces[19].

Afirman que el mayor deshielo se produciría entre 2020 y 2040.

Los osos polares se están quedando sin la capa de hielo indispensable para su supervivencia en 19 regiones del Ártico.

El Servicio de Pesca y Vida Silvestre de los Estados Unidos[20], aseguró que, de no tomarse acciones inmediatas, esta especie corre el riesgo de desaparecer del Ártico. Según el Informe, existe un 71% de probabilidades de que el número actual de osos polares, 26.000, se reduzca a 9.000 en los próximos 30 o 40 años.

---

[17] *Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático*–IPCC AR4 Synthesis Report, pp. 48–49.

[18] Aparece publicado en la revista *Journal of Glaciology*, del mes de agosto de 2015.

[19] En una publicación, *National Geoscience*, expertos canadienses hacen una proyección respecto a la pérdida de los glaciares de Canadá debido al *cambio climático*: en el oeste del país–las Rocallosas y la costa del Pacífico–, la merma se calcula en un 70%, de un total de 23.459 kilómetros, que significa un 80% de los glaciares de Latinoamérica, a fines de este siglo.

[20] Informe del 9 de enero de 2017. El Mercurio, 10 de enero de 2017, p. A 12.

El 5 de diciembre pasado, la *NASA* reveló que había detectado una gran fractura en una plataforma de hielo en la parte este de la península antártica de 112 km. de largo, de un ancho de 91 metros y de 500 metros de profundidad, desprendimiento que ya tuvo lugar.

Una de las causas de esta fractura serían los vientos tibios, cada vez más frecuentes, que se están presentando en la Antártica, explican científicos de la Investigación Antártica Británica, en la Asamblea General de la Unión Europea de Geociencias, realizada en Viena en el 2017. A medida que los océanos se calienten los glaciares y las capas de hielo se reducirán, lo que significa que, globalmente, el nivel de las aguas seguirá elevándose, pero a una tasa mayor de la que hemos experimentado en los últimos 40 años.

Se proyecta que los glaciares y las capas de hielo continúen su retirada generalizada durante el siglo XXI.

Toda la población de animales que vive en la Antártica, como la ballena Minke, puede verse alterada por causa del calentamiento global.

La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza–UICN– en un estudio realizado recientemente este año 2016[21] por 80 investigadores de 12 países, indica que el mayor calentamiento del océano global está ocurriendo en el *hemisferio sur* y está contribuyendo a la fusión de las plataformas de hielo bajo la superficie de la Antártica. Señala que desde la década de 1990, la atmósfera en las regiones polares[22] se ha estado calentando a aproximadamente al *doble de la tasa promedio* de calentamiento global.

Se proyecta que el nivel medio mundial del mar se eleve en un 0,09 – 0,88m entre los años 1990 y el 2100 para la gama completa de escenarios del *IEEE Institute of Electrical and Electronic Engineer*[23], pero con importantes variaciones regionales.

Esta elevación se debe en primer lugar al aumento de la temperatura de los océanos y la fusión de los glaciares y las capas de hielo. Para los períodos 1990–2025 y 1990–2050, la elevación proyectada es de 0,03–0,14 m y de 0,05–0,32, respectivamente.

Según el *Panel Intergubernamental del Cambio Climático de Naciones Unidas*, IPCC, un derretimiento parcial de Groenlandia y la Antártica Occidental, podría ocasionar un aumento del nivel de mar de 4 a 5 metros. Los resultados reafirman la hipótesis de que la afluencia de agua caliente del océano por debajo de las

[21] Diario El Mercurio, de 9 de septiembre de 2016, p. A 11.

[22] Los osos polares se están quedando sin la capa de hielo indispensable para su supervivencia en 19 regiones del Ártico, según un estudio de la Universidad de Washington y publicado en la revista *Cryosphere* (Julio de 2016). Entre 1979 y 204, la región perdió de 7 a 19 días de hielo por décadas en esas 19 regiones, revelaron imágenes satelitales.

[23] *Institute of Electrical and Electronic Engineer,* creado en los EE UU, en 1884, con sede en N.\.York.

plataformas de hielo en el mar de *Asmundsen* está alcanzando las bases de los glaciares y los está socavando por debajo, especialmente en la parte en que los glaciares se encuentra con el mar. Ya en 1970 se había sostenido que los glaciares descansan sobre una superficie que está al menos a 2 kilómetros bajo el nivel del mar. Si por alguna razón se desestabilizara, el agua del mar penetraría muy rápidamente a través de cavidades, y así está ocurriendo, comenta el glaciólogo Gino Vasassa, consultor de la empresa Geoestudios e investigador de la Universidad de Magallanes (El Mercurio, 26 de septiembre de 2016). Así pues, *el cambio climático* agudizará las tensiones existentes sobre los recursos hídricos y agravará el problema del acceso a agua potable salubre, del que carece actualmente una cifra estimada de 1.100 millones de personas en todo el mundo, carestía que representa una de las principales causas de morbilidad y enfermedad [24]

En ese sentido, el *cambio climático* está relacionado con otras causas de tensión sobre los recursos hídricos, como el crecimiento demográfico, la degradación del medio ambiente, la mala gestión del agua, la pobreza y la desigualdad [25].

—*El derecho a una alimentación adecuada*

Se prevé que, como consecuencia del *cambio climático,* un aumento en la temperatura media mundial de entre 1 y 3º C incrementará inicialmente las posibilidades de producción de alimentos en las latitudes medias y altas. Sin embargo, en las latitudes más bajas se prevé una disminución en la productividad de los cultivos, lo que aumentará el riesgo de hambre e inseguridad alimentaria en las regiones más pobres del mundo.

Según una estimación, 600 millones de personas sufrirán malnutrición a causa del cambio climático, con un efecto especialmente negativo en el África subsahariana [26]

—*El derecho a una vivienda adecuada*

El derecho a una vivienda adecuada se ha definido como "el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte"[27].

[24] Millennium Ecosystems Assessment 2005, Ecosystems and Human Well–being, Synthesis, p. 52.

[25] According to the Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo–UNDP Human Development Report 2006, the root causes of the current water crisis lie in poor water management, poverty and inequality, rather than in an absolute shortage of physical supply.

[26] Panel Intergubernamenteal sobre el Cambio Climático (IPCC) AR4 WG II Report, p. 275. Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC) AR4 WG II, p. 359. United Nations Millennium Project 2005, Having Hunger: It Can Be Done, Task Force on Hunger, p. 66. Furthermore, according to the Human Rights Council Special Rapporteur on the right to food, "*half of the world's hungry people ... depend for their survival on lands which are inherently poor and which may be becoming less fertile and less productive as a result of the impacts of repeated droughts, climate change and unsustainable land use*" (A/HRC/7/5, para. 51).

[27] CESCR general comment No. 12, para. 6.

El *cambio climático* observado y previsto afectará al derecho a una vivienda adecuada de varias maneras. La elevación del nivel del mar y las mareas de tormenta tendrán un efecto directo en muchos asentamientos costeros[28]

Esos efectos ya han provocado la reubicación de pueblos y comunidades en la región del Ártico y en Estados insulares de baja altitud [29]

Los cambios de los medios de vida, en parte a causa del *cambio climático*, es uno de los principales factores que provocan el aumento de la migración rural a zonas urbanas. Muchas personas se trasladan a barrios de tugurios y asentamientos informales urbanos en los que a menudo se ven obligadas a construir viviendas en zonas peligrosas

Ya en la actualidad se calcula que 1.000 millones de personas viven en barrios de tugurios urbanos situados en laderas frágiles o en riberas de ríos propensas a las inundaciones y son extremadamente vulnerables a los fenómenos climáticos extremos [30]

Las garantías de los derechos humanos en el contexto del *cambio climático* incluyen:

a) una protección adecuada de la vivienda contra los peligros meteorológicos (habitabilidad de la vivienda);

b) el acceso a una vivienda fuera de las zonas peligrosas;

c) el acceso a refugios y la preparación para los desastres en los casos de desplazamientos causados por fenómenos meteorológicos extremos;

d) la protección de las comunidades que son reasentadas fuera de las zonas peligrosas, incluida la protección contra los desalojos forzosos sin formas apropiadas de protección jurídica o de otra índole y una consulta adecuada con las personas afectadas.

—*Desplazamientos*

En su Primer Informe de Evaluación (1990), el IPCC observó que el mayor efecto del cambio climático podría ser en las migraciones humanas.

En el informe se calculaba que, en 2050, 150 millones de personas podrían verse desplazadas por fenómenos relacionados con el cambio climático como la desertificación, la creciente escasez de agua y las inundaciones y tormenta

Recientes estudios estiman en 200 millones los desplazados en dicho período[31] y también en 250 millones [32]

[28] *Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático* (IPCC) AR4 WG II Report, p. 672.

[29] *Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático* (IPCC) AR4 WG II Report, p. 672

[30] UNDP Human Development Report 2007/2008, Fighting climate change: Human solidarity in a divided world, p. 9.

[31] Stern Review on the Economics of Climate Change, 2006, en http//www.hm–treasury.gov.uk/stern-review index. htm

[32] Human tide: the real migration crisis, Christian Aid 2007

Finalmente, el cambio climático afectará especialmente y se dejarán sentir con más fuerza en los segmentos de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables debido a factores como la pobreza, el género, la edad, la condición de minoría y la discapacidad. Así, los mayores afectados son las mujeres, los niños, y los pueblos originarios La tasa de mortalidad de las mujeres es notablemente superior a la de los hombres en caso de desastre natural (a menudo porque tienen más probabilidades de estar al cuidado de los hijos, de llevar ropa que impida el movimiento y de no saber nadar, por ejemplo). Esto es particularmente así en las sociedades afectadas por desastres en las que la condición socioeconómica de la mujer es baja [33]

En cuanto a los niños, los fenómenos meteorológicos extremos y el aumento de la tensión sobre los recursos hídricos ya constituyen las principales causas de malnutrición y mortalidad y morbilidad infantiles, las que aumentarán con el cambio climático.

El cambio climático, junto con la contaminación y la degradación del medio ambiente, constituye una grave amenaza para los pueblos indígenas, que a menudo viven en tierras marginales y ecosistemas frágiles que son particularmente sensibles a las alteraciones en el medio ambiente físico[34]

[33] E. Neumayer and T. Plümper, The Gendered Nature of Natural Disasters: The Impact of Catastrophic Events on the Gender Gap in Life Expectancy, 1981–2002, available at http://ssrn.com/abstract=874965. As the authors conclude, based on the study of disasters in 141 countries, "[*a] systematic effect on the gender gap in life expectancy is only plausible if natural disasters exacerbate previously existing patterns of discrimination that render females more vulnerable to the fatal impact of disasters*" (p. 27).

[34] M. Macchi and others, *Indigenous and Traditional Peoples and Climate Change, International Union for Conservation of Nature,* 2008.

EL DERECHO AL AGUA Y LA RESPONSABILIDAD (¿NECESIDAD?) DE PROTEGER

Rose Gladys CAVE SCHNOHR (Chile)*

I. Introducción

La comunidad internacional se rige actualmente por un instrumento aprobado tras una guerra que, en cifras moderadas, dejó más de cuarenta millones de muertos y cambió el destino de las generaciones futuras. Este instrumento, la Carta constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas, se estructura en torno al objetivo primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales (cabe destacar que su antecesora, el Pacto de la Liga de las Naciones, utilizaba el término "asegurar") y se proyecta a toda la actividad de la Organización. Entre sus propósitos (art. 1, par.3.) menciona "Realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos". Con todo, predominan en ella las disposiciones que detallan los medios para alcanzar ese objetivo primordial y le entrega dicha responsabilidad al Consejo de Seguridad, en el cual recae indirectamente parte importante de las violaciones de los derechos humanos fundamentales. Pese a ello, llega a parecer que estos ocuparan un segundo lugar y que su logro dependiera de la fortaleza y de la eficiencia con que el Consejo de Seguridad cumple sus funciones.

Pero en setenta y tantos años de vida de la Organización el mundo ha cambiado radicalmente. Los medios de que la Carta dotó al Consejo de Seguridad para alcanzar ese fin primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales no siempre se han podido utilizar con éxito o fracasaron en su intento y gradualmente los derechos humanos fueron ocupando un lugar más destacado, convirtiéndose en el pilar de su acción. No obstante que se han creado comités, comisiones, consejos y otros órganos auxiliares y se les han otorgado funciones facilitadoras de la acción, en cierto modo ellos han hecho perder de vista los medios previstos en 1945 para que la Organización alcanzara sus fines. El paso del tiempo ha ido dando al mundo una nueva fisonomía y los conflictos que las Naciones Unidas supuestamente deben prevenir o resolver se dan en contextos muy diferentes: han dejado de ser predominantemente interestatales, surgen también al interior de los Estados y sus causas, y en

* Miembro del IHLADI

consecuencia su solución, no siempre depende de la voluntad de estos. Es por ello que en diversas oportunidades hemos sostenido que para cumplir su función fundamental no basta con introducirle a la Carta reformas puntuales y cosméticas, sino que es preciso realizarle una revisión general que ajuste sus disposiciones a las necesidades de la realidad actual.

Sin embargo, hay que trabajar con los recursos que tenemos a mano y avanzar en el examen de las carencias o insuficiencias de la organización mundial proponiendo alguna forma de superarlas. En los párrafos que siguen y respetando la extensión prevista nos limitamos a aludir muy someramente a la evolución del tema de los derechos humanos, tanto a partir de su expresión en el Preámbulo de la Carta *("Resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre)* como en el párrafo 3 de su art. 1, relativo a los Propósitos *("el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos")* y centrar la atención en uno de estos derechos, que actualmente es objeto de fundamental preocupación para la comunidad internacional. A continuación, procuramos vincular ese derecho con un mecanismo nuevo, cuya eficacia aún no ha sido demostrada, pero que con los ajustes necesarios podría quizá contribuir a materializar una paz duradera. Cumplir con los derechos humanos no consiste simplemente en alcanzar determinadas metas de respeto hacia los demás sino en lograr el equilibrio necesario para permitir que la existencia humana se desenvuelva con dignidad.

II. Los derechos humanos y el agua

El art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que: *"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"*. La disposición ni siquiera menciona el agua, que es el elemento que permite la vida y sin el cual ella no es posible. En otras palabras, le otorga a esta la calidad de derecho humano, pero guarda silencio sobre la forma de asegurar el derecho indispensable para que ella exista. Entonces, de partida interesa saber cómo el derecho al agua llegó a ser considerado un derecho humano y, en la práctica, si actualmente se le reconoce como tal. Para ello, es indispensable mencionar algunos datos de hecho que lo sitúan en el contexto que le corresponde.

En términos generales, con las variaciones propias de las diversas fuentes de información de que se dispone, se sabe que el agua, que forma parte del ciclo hidrológico, se compone fundamentalmente de agua salada (97.5%). El 2.5% restante es utilizable, pero solo un 0.3% de él es agua fresca superficial, ya que un 68.7% corresponde a glaciares, 30.1% a aguas subterráneas y 0.8% a hielos eternos (gelisuelos); en consecuencia, se encuentra fuera del alcance de muchos que la necesitan para sobrevivir. Cifras preocupantes si se piensa que algunas fuentes fidedignas fijan las necesidades mínimas del ser humano en 20 litros diarios por persona. No

deja de ser curioso que no obstante que a lo largo de la historia se ha reconocido que el agua es un elemento esencial para la vida, hasta hace relativamente poco se la consideraba tan solo como un bien económico, en circunstancias de que al menos debería tratársela como un bien social y cultural . Mientras que en el plano internacional se prestaba protección jurídica a necesidades esenciales como la alimentación, la salud y la vivienda, sobre el agua solo había algunas normas dispersas, tanto internas como internacionales. La alarma se encendió cuando quedó de manifiesto que si bien el agua es un recurso estable en el planeta, renovable de manera natural, actualmente ha pasado a ser un bien no renovable debido a su creciente contaminación y al número cada vez mayor de personas con las que debe compartirse. Así pues, teóricamente es un bien agotable. Se calcula que aproximadamente la quinta parte de la población mundial vive en zonas de escasez de agua y que casi la cuarta parte de ella sufre de escasez por la falta de infraestructura física para sacar agua de ríos y de acuíferos. De acuerdo con estimaciones, hacia 2025 supuestamente 1.8 mil millones de personas vivirán en países o regiones de escasez crítica. Concedamos por ahora que no puede hablarse propiamente de escasez global, pero sí que hay países y regiones que deben abordar de manera urgente el grave el problema de falta de agua. Porque a menos que se reglamenten adecuadamente su uso y su gestión, el mundo entero puede verse amenazado. Ello significa entre otras cosas que es apremiante ocuparse de su desigual distribución geográfica y del exceso o escasez de precipitaciones según la región de que se trate, de definir el rango de explotación, de resolver los problemas de la contaminación y la competencia entre diversos usos y de los efectos del cambio climático. Para quienes sostienen que la falta de agua dulce podría resolverse con la desalinización, cabría advertir que se ha comprobado que por cada litro de agua dulce que se obtiene del proceso se vierten al océano o a la tierra un litro y medio de lodo, la llamada salmuera, que se torna más tóxico por los productos químicos (cobre y cloro) que se utilizan en el proceso de desalinización. Vertida en el mar, la salmuera eleva la temperatura de las aguas costeras y disminuye el oxígeno que contienen, impidiendo la respiración de los organismos acuáticos que contienen. La situación es tan grave que en los océanos se producen "zonas muertas", donde casi se ha extinguido la vida marina.

Todo lo anterior revela la importancia de que el acceso al agua sea formalmente reconocido como un derecho humano y de que se establezca a su respecto un régimen jurídico vinculante. ¿Qué tenemos hasta ahora? Además del art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que al reconocer el derecho humano a la vida implícitamente reconoce el derecho al agua, los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y Culturales hacen otro tanto al señalar que:*"11. Los Estados Partes, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados".*

Mejor suerte tenemos si recurrimos a la Observación N° 15: El derecho al agua (art.11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se hace cargo del tema y en cuya Introducción se lee*: "El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos"*.Luego, refiriéndose al fundamento jurídico del derecho al agua señala: *"2. El derecho humano al agua es el derecho a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico."*. Y continúa: *"3.El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia"*. Además, el Comité había reconocido anteriormente que el agua es un derecho humano amparado por el párrafo 1 del art. 11"(Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya transcrito).

A mayor abundamiento, la Observación General N°15 señala a continuación:

> *"4. El derecho al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas (por ejemplo, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención sobre los Derechos del Niño; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra; Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra; preámbulo de la Declaración del Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua; Programa 21 (en Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo; Principio N°3 de la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible; Principio N°2 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo; recomendación 14 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Carta Europea de Recursos Hídricos; y resolución 2002/6 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos acerca de la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable)."*

La enumeración anterior no es exhaustiva y además de destacar que las Naciones Unidas pusieron énfasis en la importancia del derecho al agua y el saneamiento al declarar el decenio 2005–2015 Decenio para la Acción. "El agua fuente de vida" e instituir el 22 de marzo como Día mundial del agua, el párrafo 2 del art. 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a *"gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de […] el abastecimiento de agua*". Por su parte, el párrafo 2 del art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño exige a los Estados Partes que luchen contra la desnutrición mediante *"el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre"*. Pese a lo anterior, a algunos les queda aún la duda de si podría realmente considerarse que el acceso al agua pertenece a la categoría de derecho humano

esencial: las resoluciones y declaraciones de las Naciones Unidas no son vinculantes y no se ha suscrito un tratado que establezca un régimen autónomo aplicable al derecho al agua. Sin embargo, algunos autores, cuya opinión compartimos, estiman que la multiplicidad de pronunciamientos de los miembros de las Naciones Unidas sobre la materia ha formado ya una *opinio juris* favorable a incorporar el derecho al agua al derecho consuetudinario. Con todo, la cuestión aún es debatible y es urgente resolverla puesto que con frecuencia llegan a los tribunales, tanto internos como internacionales, conflictos relacionados con diversos aspectos vinculados con el agua, incluidos su calidad y cantidad y convendría que existiese un estatuto que constituya una fuente de decisión más confiable.

III. De la intervención humanitaria a la responsabilidad de proteger

El art. 39 de la Carta dispone que *"El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomada para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales."* Al comienzo, esta concentración de medios en un órgano dominado por las potencias que ganaron la guerra no provocó rechazos en un mundo aún conmovido por los horrores vividos. Pero a medida que se fueron incorporando a las Naciones Unidas países llamados del Tercer Mundo, la supremacía de las potencias fue mermando la confianza de los más débiles, que vieron amenazado el principio de no intervención que les aseguraba la Carta. A partir de entonces, han dominado el recelo o el abierto rechazo de ciertas actuaciones del Consejo y este ha debido sopesar muy bien sus decisiones de intervenir: cuándo defender la norma de no intervención, basada en la soberanía del Estado y cuándo intervenir. La primera consecuencia de esto fue la inoperancia del Consejo en situaciones críticas y la segunda, el surgimiento de la doctrina de que le corresponde intervenir en aquellos casos en que se trata de aliviar crisis humanitarias. En ambas oportunidades hay que aceptar un desdoblamiento de la soberanía, en virtud del cual la comunidad internacional puede o debe intervenir cuando el Estado no está en condiciones de resolver por sí mismo sus problemas, o por otras razones no toma las medidas necesarias para hacerlo. Cuando el Consejo de Seguridad actúa movido por imperativos de carácter humanitario sobrepasa lo dispuesto en el art. 39, pero si se trata de usar la fuerza contra un Estado soberano, la decisión de hacerlo le es difícil. Aunque la legalidad de la intervención se rige por las normas de la Carta sobre el uso de la fuerza por los Estados y por normas de derecho consuetudinario, muchos la rechazan; aun así, a juicio de algunos autores, el derecho internacional permite la intervención humanitaria incluso sin autorización del Consejo de Seguridad, como sucedió en Kosovo en 1999. Con todo, predomina el punto de vista de que de conformidad con el derecho internacional, más allá de que en

determinadas circunstancias puedan legitimarse las intervenciones por razones humanitarias, ellas son ilegales. En consecuencia, es preciso buscar maneras de hacerlas aceptables estructurando argumentos que las justifiquen.

Para comprenderlo mejor, cabría recordar que la trayectoria de las intervenciones humanitarias realizadas después de la Guerra Fría se retrotrae a la aplicación de la Resolución 688 del Consejo de Seguridad en virtud de la cual se autorizó el uso de la fuerza en el norte de Irak basándose en que el conflicto armado interno (la represión de los civiles iraquíes, en su mayoría kurdos) era una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. A contar de entonces se fue formando consenso en cuanto a que suele ser necesario usar la fuerza cuando se trata de impedir o aliviar crisis humanitarias. Pero como esta teoría no ha sido generalmente aceptada, se ha buscado otra explicación que se encontraría en una redefinición del concepto de soberanía. No se trata ya de que la responsabilidad primordial de proteger a su población le corresponde al propio Estado sino de que si este no está en condiciones de proporcionar esa protección o por algún motivo no asume la responsabilidad de hacerlo, ella recae en la comunidad internacional. Así, el derecho de verse libre de intervención externa se torna condicional y gradualmente los criterios basados en la soberanía del Estado fueron reemplazándose por otro de carácter solidario, centrado en el bienestar de los seres humanos.

A manera de ejemplo, cabe señalar que en agosto de 2011, la guerra civil en Siria había adquirido ya las características de una crisis humanitaria – que hasta hoy las Naciones Unidas no han sido capaces de resolver. El problema radica en que a falta de acuerdo sobre la base para autorizar el uso de la fuerza, la decisión del Consejo de Seguridad se convierte en un debate sobre prioridades contrapuestas: la intervención para fines humanitarios, basada en normas como la protección humanitaria y los derechos humanos y la norma de no intervención, basada en la soberanía. Ante esta realidad, y profundamente preocupado por la situación, el ex Secretario General Kofi Annan instó a los Estados Miembros a encontrar maneras de conciliar la soberanía popular con la soberanía del Estado. En entrevista al Economist dijo en septiembre de 1999: *"[S]tate sovereignty, in its most basic sense, is being redefined States are now widely understood to be instruments at the service of their peoples, and not vice versa. When we read the Charter today, we are more than ever conscious that its aim is to protect individual human beings, not to protect those who abuse them".*A juicio de la profesora María Teresa Infante, cuya versada opinión me merece el más profundo respeto y generalmente comparto, las reacciones tanto de Kofi Annan como posteriormente de Ban Ki–moon se habrían basado más bien en un intento de revitalizar el multilateralismo. Habría sido así que, acogiendo este criterio y respondiendo al llamamiento del Secretario General de las Naciones Unidas, en septiembre de 2000 el gobierno de Canadá estableció la Comisión Internacional de Intervención y Soberanía del Estado (ICISS, según su acrónimo en inglés)

que al cabo de un año y tras consultas y debates a nivel mundial la Comisión produjo el informe titulado "The Responsibility to Protect". El informe propone un compromiso político de alcance mundial y fue apoyado por todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas en la Cumbre Mundial de 2005. Vale la pena analizar si en este caso la forma en que se dio el multilateralismo fue la respuesta que el mundo necesitaba.

Debido a la claridad con que Rossi define el principio de la responsabilidad de proteger, optamos por transcribir sus palabras:

> *"Promoted originally by Canada as a new interventionist norm for human protection purposes, R2P holds that while every sovereign state has the primary responsibility to protect its citizens from avoidable catastrophe, the international community retains a 'residual sovereignty' – a secondary responsibility to avert serious harm when internal war, insurgency, repression or state failure is unwilling or unable to prevent it. By conceiving sovereignty in terms of responsibility, rather than in terms of control, R2P transformed from a right to intervention into a less coercive responsibility to protect, supplemented additionally by responsibilities to prevent and to rebuild"*[1].

La definición anterior revela que el énfasis se traslada desde los derechos del interventor a los deberes de la comunidad internacional y convierte la soberanía en un atributo del Estado condicionado por su deber de proteger a la población. El Secretario General Ban Ki–moon aclaró que la responsabilidad de proteger que corresponde a la comunidad internacional solo puede aplicarse de acuerdo con las disposiciones del Capítulo VII de la Carta, lo cual la hace depender de las facultades del Consejo de Seguridad. Pese al apoyo que recibió en la Cumbre Mundial de 2005, el principio así definido ha sido objeto de amplias críticas. Para algunos autores, es señal fehaciente de un colonialismo renovado, que representa la continuación instintiva de la 'misión civilizadora', intento reiteradamente fracasado de "europeizar" África. Pero las críticas no se detienen allí, al punto que a partir de 2011 Brasil ha encabezado los esfuerzos por redenominar la doctrina como "Responsabilidad AL proteger" y, dada la creciente impresión de que puede ser mal utilizada, se habla de "Responsabilidad de no vetar". Todo esto es reflejo de las complejidades políticas de la doctrina y no obstante que su aplicación en África no ha sido rechazada, el hecho de que implique elegir entre legalidad (no intervención) y legitimidad (derechos humanos), esto es, optar por la soberanía como función de la responsabilidad del Estado, complica su aceptación. Lo breve de la actual presentación impide citar opiniones de académicos destacados que se han pronunciado tanto en favor como en contra de la doctrina, lo que habría permitido formarse una impresión mejor fundamentada al respecto. En todo caso, cabe dejar constancia de que no coincidimos plenamente en que la doctrina de la responsabilidad de proteger haya surgido como respuesta para revitalizar el multilateralismo. En cierta medida, es una doctrina que

[1] Rossi, Christopher R. (2016), "The international community. South Sudan and the Responsibiity to Protect", *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol*. 129, 2016, p.136.

una vez más contrapone a fuertes y débiles y no nos parece que el multilateralismo vaya por ese camino,

Finalmente, para tratar de vincular la responsabilidad de proteger con el derecho humano fundamental al agua y poder ofrecer una conclusión personal a estos párrafos, es importante destacar las diferencias entre la responsabilidad de proteger y la intervención por razones de humanidad (nos han advertido que la Cruz Roja se oponía a la expresión "intervención humanitaria" debido a que implicaba el uso de la fuerza y en consecuencia, resultaba incoherente). En primer lugar, esta clase de intervención se relaciona únicamente con el uso de la fuerza militar mientras que la responsabilidad de proteger es más que nada un principio de prevención vinculado específicamente con medidas para detener el riesgo de genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica o crímenes contra la humanidad ante el peligro de que se produzcan. El uso de la fuerza solo sería utilizado como último recurso; en cambio, el principio de intervención de humanidad permite el uso de la fuerza como imperativo humanitario, incluso sin autorización del Consejo de Seguridad. En segundo lugar, la responsabilidad de proteger se basa fuertemente en el derecho internacional existente, en especial las normas relativas a paz y seguridad, soberanía, derechos humanos y conflicto armado. En tercer lugar, y ello fundamental para nuestros fines, la responsabilidad de proteger se centra exclusivamente en los cuatro crímenes antes mencionados, mientras que las intervenciones humanitarias se han justificado en diversas circunstancias.

IV. Cómo reaccionar el derecho humano al agua con la responsabilidad (necesidad) de proteger

Al parecer, vincular el derecho al agua con un principio como la responsabilidad de proteger es una tarea imposible. Nuestro intento de hacerlo relacionando el drama de Darfur con el desplazamiento masivo de población provocado por la sequía, fracasó debido a que encontramos antecedentes sobre la existencia previa de conflictos étnicos en la región. La razón por la cual insistimos en nuestro cometido fue la preocupación debido a que la agudización de la crisis de los recursos hídricos conduce inevitablemente a futuros conflictos, tanto interestatales como intraestatales y la toma de conciencia de la responsabilidad de proteger podría conducir a la adopción de medidas preventivas o paliativas. En Chile, por ejemplo, la falta de precipitaciones y el agotamiento de las napas subterráneas en la región de Petorca (centro del país) han llevado a que los grupos de población afectados se enfrenten con las empresas que supuestamente utilizan una proporción indebida de los escasos recursos disponibles. Y esto politiza un tema que es vital para la normal supervivencia de ambos.

Por otra parte, es un hecho que desde el punto de vista hidrológico casi todos los países del mundo están conectados con sus vecinos y es fundamental lograr mayor acuerdo en la gestión de los recursos hídricos transfronterizos. En segundo lugar, todo indica que los recursos de agua potable se verán profundamente afectados por el cambio climático (al respecto, cabe recordar la reciente crisis en Ciudad del Cabo) y su reducción a niveles críticos traerá consecuencias tanto para las comunidades humanas como para los ecosistemas. Tercero, la sequía (así como las inundaciones) pueden influir drásticamente en la salud humana. Cuarto, en los casos en que los ríos o lagos forman parte de las fronteras políticas entre países, las variaciones o desviación de los caudales o del nivel de las aguas pueden afectar las fronteras internacionales y provocar tensiones relacionadas con el acceso y los derechos a los recursos hídricos. Por último, pero no por ello menos importante, unida al cambio climático, la escasez de agua amenaza con plantear a los países problemas de seguridad.

No podemos menos que rechazar una doctrina cuyo eje es el uso de la fuerza, aunque sea como último recurso, exclusivamente para los casos de riesgos de genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica y crímenes contra la humanidad. En vista de que en la actualidad se dan conflictos igualmente graves por razones muy ajenas, como sería por ejemplo el caso de la distribución de las aguas de una cuenca compartida, se requeriría un concepto nuevo que, por ejemplo, centrara laresponsabilidad en la solidaridad. Se ha llegado al punto en que no solo se trata de desdoblar la soberanía para usar la fuerza militar sino para darle al mundo la paz duradera que necesita utilizando para ello como arma otra clase de valores. No se trataría de la responsabilidad de proteger sino más bien de la necesidad de hacerlo, y ello requiere otras respuestas de la comunidad internacional.

Conclusión

Puede decirse que a lo largo de su historia las Naciones Unidas han cumplido su cometido más bien a través de la actividad de organismos especializados como la FAO, el PNUMA, o la OMS, pero han sido bastante inoperantes cuando se trata de su propósito fundamental de mantener la paz y la seguridad internacionales mediante la acción de sus órganos principales. Creemos firmemente que ha llegado la hora de cambiar el eje actual del sistema por uno basado en valores universales como la solidaridad humana; en una auténtica disposición a abordar unidos los problemas comunes que aquejan a la humanidad en su conjunto; en hacer de la cooperación y no del uso de la fuerza el mejor mecanismo de acción; en aplicar normas que se traduzcan en la voluntad desinteresada de tender tener la mano al vecino; en reconocernos como hermanos en un mundo de problemas compartidos; en aceptar que solo podremos superar las adversidades enfrentándolas en conjunto. Es cierto

que todo esto suena utópico, pero un sistema que tiene como trasfondo el uso autorizado de la fuerza, aunque sea como último recurso, para resolver los problemas simplemente no tiene destino en el mundo actual.

Como decíamos al comienzo, este mundo es diametralmente distinto de aquel en que se crearon las Naciones Unidas ¿Habrá madurado lo suficiente la comunidad internacional como para asumir seriamente estos valores nuevos?

LA TRAGEDIA DE LOS PEQUEÑOS ESTADOS INSULARES EN DESARROLLO: DESPLAZAMIENTOS CLIMÁTICOS ANTE LA SUBIDA DEL NIVEL DEL MAR

Daniel GRACIA PÉREZ*

Sumario: I. Introducción. II. Inaplicabilidad del Derecho de asilo y refugio: la "persecución climática". III. Políticas para incentivar la migración laboral a Nueva Zelanda y Australia como estrategia de adaptación. IV. Desaparición de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo bajo las aguas del Océano: la situación de apátrida de sus nacionales. V. Conclusiones.

Resumen: El presente trabajo visibiliza el desafío que enfrentan los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo de escasa elevación como consecuencia de la subida del nivel del mar. El trabajo se centra en la protección de sus nacionales, explorando las dificultades que plantea la aplicabilidad del régimen de asilo y refugio a este tipo de situaciones, así como otras iniciativas de cooperación internacional que países vecinos como Nueva Zelanda o Australia han puesto en marcha con un enfoque centrado en la adaptación de las poblaciones afectadas. Por último, se pone de manifiesto la situación de apátridas que podrían llegar a enfrentar los nacionales de estos Estados si llegasen a desaparecer bajo las aguas.

Palabras clave: subida del nivel mar, cambio climático, desplazamiento medioambiental, migraciones climáticas, Pequeños Estados en Desarrollo.

Abstract: This paper evidences the challenge the low–lying Small Islands Developing States are facing today as a consequence of sea–level rise. The paper focuses on the protection of their nationals, exploring the difficulties to apply the international asylum and refugee framework to this kind of situations, as well as other initiatives of international cooperation launched by some neighboring countries, such as Australia or New Zealand, which aim to contribute to the improvement of the capacity of the affected populations to adapt. Finally, the paper highlights the situation of stateless faced by nationals from these countries in case they disappear under the sea waters.

Keywords: sea–level rise, climate change, environmental displacement, climate migrations, Small Islands Developing States.

I. Introducción

La posibilidad de que parte del territorio de un Estado, o un Estado al completo, desaparezca engullido por las aguas de la mar, ya no es una simple especulación de

* Observador en el XXX Congreso IHLADI. Doctorando en el Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela" de la Universidad de Valencia (España).

la mitología clásica sino una realidad. En 2005, el Consejo de ancianos y jefes de las Islas Carteret (Papúa Nueva Guinea) decidió comenzar el reasentamiento de su población en la cercana Isla de Bougainville convirtiéndose, de ese modo, en los primeros "refugiados climáticos" del mundo[1]. Título que, no obstante, se disputan con los 100 habitantes de la aldea de Lateau, en la Isla de Tegua (República de Vanuatu), que también en 2005 tuvieron que ser reasentados 15 metros hacia el interior de la isla[2].

El escenario, sin embargo, no es del todo insólito. En el año 2000, aunque sin tanto impacto mediático, 1000 isleños de la Islas del Duque de York, también en Papúa Nueva Guinea, tuvieron que ser reubicados de urgencia en otra isla del archipiélago de Bismarck, Nueva Bretaña, debido a las fuertes inundaciones que, por la subida de las mareas, estaban asolando las islas[3]. Más recientemente, en 2016, el primer ministro de las Islas Solomón, Manasseh Sogavare, anunciaba con resignación ante la Asamblea General de Naciones Unidas, reunida en su 71ª período de sesiones, que cinco de sus islas habían sido tragadas por el mar en lo que iba de año[4]. Mientras que el primer ministro de Tuvalu, Enele Sosene, era más categórico al afirmar que muchos PEID, incluido su Estado, no sobrevivirán a la subida del nivel del mar[5]. Una preocupación que compartieron, por igual, los mandatarios de otros Estados Insulares durante su intervención ante la Asamblea[6].

---

[1] La iniciativa surgió tras varios intentos fallidos de reubicación, llevados a cabo por el Gobierno central de Papúa Nueva Guinea. El Consejo de ancianos y jefes de las Islas Carteret decidió, entonces, entablar de motu proprioconversaciones con la administración de Bougainville que, pese a formar también parte de Papúa Nueva Guinea, tiene la consideración de región autónoma, con la esperanza de acelerar el proceso de relocalización. Paralelamente, en 2006, surge *Tulele Peisa* –que significa "navegando las olas por cuenta propia–, como ONG local destinada a coordinar un programa de reasentamiento voluntario en tierras donadas por la Iglesia Católica de Bougainville; prestando acompañamiento a los isleños durante todo el proceso y facilitando su adaptación e integración en las comunidades de acogida. Ambas iniciativas constituyen las primeras reubicaciones de refugiados climáticos impulsadas directamente desde la propia comunidad. De los 2.700 pobladores que habitan las islas, se espera que el 50% haya sido reubicado en sus nuevos hogares en Bougainville para 2020. *Vid.* United Nations Development Programme, "Tulele Peisa. Papúa Nueva Guinea", *Equator Initiative Case Study Series*, 2016, 16 pp.; U. Rakova, "El océano se está llevando mi casa", *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*, 22/09/2014, disponible en la dirección de Internet: [*fecha última consulta* 25/04/2018]

[2] L. Klafehn, "Vanuatu: the World's First Climate Change Refugees", *The Borgen Project*, 06/12/2016, disponible en la dirección de Internet: [*fecha última consulta* 25/04/2018]

[3] De acuerdo con la noticia aparecida en *The Independent*, "Evacuation from Rising Seas Planned for Pacific Islanders. 1,000 flee as sea begins to swallow up Pacific islands", 29/11/2000, hasta 4.000 personas podrían verse afectadas por las operaciones de reasentamiento. Disponible en la dirección de Internet:https://www.independent.co.uk/

[4] Naciones Unidas, *Solomon Islands, Statement by Honourable Manasseh Sogavare, MP Prime Minister*, 71st Session of the United Nations General Assembly (General Debate), Nueva York 23/09/2016, p. 2.

[5] Naciones Unidas, *Statement presented by Prime Minister of Tuvalu, Honourable Enele Sosene Sopoanga*, 71st Session of the United Nations General Assembly (General Debate), Nueva York 23/09/2016, párrafo 7.

[6] Las intervenciones pueden verse en UN Web TV http://webtv.un.org/watch/tuvalu–prime–minister–addresses–general–debate–71st–session/5138969487001; mientras que los discursos en formato papel

Según el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés), las Islas Marshall, Kiribati, Tuvalu, Tonga, los Estados Federados de Micronesia, y las Islas Cook (todas localizadas en el Océano Pacífico); las Islas de Antigua y Nieves (en el Mar Caribe) y las Islas Maldivas (en el Océano Índico), son las potenciales candidatas a repetir el mito de la Atlántida, en pleno siglo XXI y ante la pasividad de una comunidad internacional que asistiría, por primera vez en la historia contemporánea, a la desaparición física de un Estado[7].

Todas ellas, consideradas en esta comunicación, pertenecen al grupo de los conocidos como "Pequeños Estados Insulares en Desarrollo" (o PEID por sus siglas – *SIDS* en inglés)[8]; en cuanto grupo de países bien diferenciado en el seno de Naciones Unidas por compartir unos mismos retos, debido a su pequeño tamaño y su ubicación remota, así como su mayor vulnerabilidad ante el cambio climático y los desastres naturales[9].

De acuerdo con los escenarios climáticos que maneja el IPCC, un aumento de 80 cm del nivel del mar inundaría dos tercios de las Islas Marshall y Kiribati; mientras que un aumento de 90 cm causaría que el 85% de Malé, la capital de las Maldivas, quedase anegado por las aguas[10]. Si la temperatura global se elevase en 4ºC por encima de los niveles preindustriales, el nivel del mar podría llegar a subir hasta 2 m; dejando un total de entre 1,2 y 2,2 millones de personas desplazadas en las regiones del Caribe, Pacífico e Índico[11].

Dejando a un lado las implicaciones jurídicas de pérdida del territorio de un Estado, no sólo terrestre sino también de delimitación de sus espacios marinos; o la

pueden descargarse desde la página web de la Asamblea General, https://gadebate.un.org/en/sessions–archive

[7] J.J. McCarthy et al. (edits.), *Climate Change 2001: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Third Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido) y Nueva York (EEUU) 2001, p. 935.

[8] El listado completo de PEID puede encontrarse en la dirección de Internet https://sustainabledevelopment.un.org/topics/sids/list [*fecha última consulta* 25/04/2018]. Naciones Unidas decidió declarar 2014 como "Año Internacional de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo" mediante la Resolución 67/2006, aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2012 (A/RES/67/206). Más información y recursos pueden encontrarse en la página web creada por Naciones Unidas al efecto: http://www.un.org/es/events/islands2014/#&panel1–1 [*fecha última consulta* 25/04/2018].

[9] Aunque las siglas PEID incluyen 39 pequeños Estados Insulares repartidos por tres regiones geográficas distintas (la región del Caribe, la región del Pacífico y la región constituida por África, el Océano Índico, el Mediterráneo y el Mar de China), los PEID considerados en esta comunicación son los 9 pequeños Estados Insulares anteriormente citados (Islas Marshall, Kiribati, Tuvalu, Tonga, Estados Federados de Micronesia, Islas Cook, Islas de Antigua y Nieves e Islas Maldivas). A ellos es que debe entenderse hecha la referencia cuando en el texto se utilicen las siglas PEID como denominación genérica.

[10] J.J. McCarthy *et al*. (edits.), *Climate Change 2001: Impacts, Adaptation, and Vulnerability*…, *cit.* p. 935.

[11] V.R. Barros *et al*. (edits.), *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part B: Regional Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido) y Nueva York (EEUU) 2014, p. 1639.

atractiva discusión dogmática en torno a si la desaparición de uno de los elementos definitorios del Estado, como lo es el territorio que le sirve de soporte físico, equivale a su completa desaparición, esta comunicación contempla los desplazamientos de población que se derivan de este tipo de disrupciones medioambientales y la respuesta que podría darse desde el Derecho Internacional Público.

Tres marcos normativos han de ser, principalmente, traídos a colación: el Derecho Internacional de Asilo y Refugio y su encaje con el concepto de "persecución climática"; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares[12], como marco de referencia para las políticas migratorias laborales que se están emprendiendo entre los PEID y las potencias regionales como estrategias de adaptación y, en última instancia si el Estado Insular llegase a desaparecer, la regulación internacional del estatuto de los apátridas[13].

II. Inaplicabilidad del Derecho de asilo y refugio: la "persecución climática"

El marco normativo de referencia viene configurado por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967[14]. La definición misma de refugiado, contenida en el art. 1.2 de la Convención[15], justifica per se un ámbito de aplicación tendencialmente restrictivo, fruto del contexto histórico y político en que aquélla fue negociada[16]. Esto hace sumamente difícil que otros supuestos,

[12] Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158 (A/RES/45/158), de 18 de diciembre de 1990, durante su 45º período de sesiones.

[13] Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, Naciones Unidas, Nueva York, en: *United Nations– Treaty Series*, vol. 360–I, nº 5158, pp. 117–207. Convención para reducir los casos de apatridia, hecha en Nueva York el 30 de agosto de 1961, Naciones Unidas, Nueva York, en: *United Nations– Treaty Series*, vol. 989–I, nº 14458, pp. 175–284.

[14] Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, Naciones Unidas, Nueva York, en: *United Nations– Treaty Series*, vol. 189–I, nº 2545, pp. 137–222. Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, Naciones Unidas, Nueva York, en: *United Nations– Treaty Series*, vol. 606–I, nº 8791, pp. 267–292.

[15] El art. 1.A.2) establece que:

"A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él".

La limitación temporal debe entenderse suprimida a tenor del art. 1(2) del Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967.

[16] El contexto histórico es el final de la Segunda Guerra Mundial; mientras que el objetivo político responde a la necesidad de gestionar el reguero inagotable de refugiados europeos que aquélla había dejado tras de sí. *Vid.* C. Espósito Massicci; A. Torres Camprubí, "Cambio climático y derechos humanos:

distintos de los expresamente contemplados, puedan caer dentro de su esfera de protección. Tal es el caso de los desplazados medioambientales.

De entrada, el animus que subyace a la persecución ha de coincidir con alguno de los motivos que el propio tenor literal de la norma se encarga de tasar; a saber, políticos, religiosos o de pertenencia a una determinada raza, nacionalidad o grupo social. Entre ellos, como puede apreciarse, no se han incluido, por el momento, los medioambientales.

Ya en el siempre movedizo campo de la analogía, resulta igualmente difícil interpretar el "fundado temor a ser perseguido" sobre el que descansa la condición de refugiado, en un sentido tan amplio que permita incluir una sui generis "persecución climática".

Para empezar, la persecución ha de poder imputarse al Estado de la nacionalidad o residencia del perseguido, ya sea por acción (son las mismas autoridades nacionales quienes la llevan a cabo); o por omisión u aquiescencia (teniendo conocimiento de que un nacional suyo está siendo perseguido no hace nada para impedirlo). De ahí que el mismo art. 1.A.2) especifique que el potencial refugiado "no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país", siendo así que entra en juego la asistencia de un tercer Estado con el que, *a priori*, el solicitante de asilo no mantiene vinculación alguna.

Aunque existe cierto consenso por parte de la comunidad científica en considerar que la gran mayoría de disrupciones medioambientales tienen un origen antrópico, difícilmente se puede, por su carácter disperso y difuso, responsabilizar de las mismas a un solo Estado o, más concretamente, al Estado de la nacionalidad o residencia de los desplazados ambientales.

Por ejemplo, en el caso de las emisiones de $C0_2$ que aceleran el cambio climático y contribuyen a un aumento más rápido del nivel del mar, no sólo habría que considerar responsables activos a todos los países desarrollados sino que, además, los PEID son, por su menor y más tardía industrialización, quienes menos han contribuido al problema y, sin embargo, los que antes están notando sus efectos. Tampoco cabe imputárseles una autoría por omisión, pues la posición de los PEID en la cuestión del cambio climático está lejos de ser pasiva, presionando a la comunidad internacional para lograr una reducción efectiva de las emisiones de carbono, así como desarrollando programas de adaptación y reasentamiento para la protección de sus poblaciones.

Falta, igualmente, la coacción inmediata que toda persecución ejerce sobre el perseguido, anulando su voluntad y forzándolo a buscar sin demora refugio fuera del Estado de su nacionalidad o residencia. A excepción de los grandes desastres

el desafío de los 'nuevos refugiados'", *Relaciones internacionales: Revista académica cuatrimestral de publicación electrónica*, nº 17, junio de 2011, pp. 67–86, esp. p. 74.

naturales, este elemento coercitivo se contrapone a la caracterización de las disrupciones medioambientales como procesos de deterioro progresivo y continuado del entorno, en los que el individuo tiene tiempo de ir formándose una "voluntad de partir" a media que va presenciando cómo se erosionan paulatinamente los recursos económicos y las estructuras sociales de su comunidad[17].

Por lo demás, la persecución ha de ser individualizada, esto es dirigida contra un individuo o segmento concreto de la población; e implicar un cruce de fronteras internacionales. Notas que están en claro contaste con la naturaleza de flujos masivos e indiscriminados de personas que suelen revestir los desplazados medioambientales quienes, además, tienden normalmente a permanecer dentro del país reasentándose en otras áreas que no hayan sido todavía afectadas (por ejemplo en zonas más elevadas en el caso de la subida del nivel del mar).

Basándose en las consideraciones hechas, es que tanto los tribunales australianos como neozelandeses han denegado de modo sistemático las solicitudes de asilo presentadas por ciudadanos de Tuvalu y Kiribati en las que reclamaban ser reconocidos como "refugiados ambientales"[18]. Negativa judicial que coincide con las reticencias, al parecer más extendidas entre la población de los PEID, a ser calificados como "refugiados"; prefiriendo, en cambio, trasladarse a otros países vecinos como inmigrantes económicos[19].

III. Políticas para incentivar la migración laboral a Nueva Zelanda y Australia como estrategia de adaptación

En franca consonancia con las preferencias manifestadas por los PEID y sus poblaciones, varios pequeños Estados insulares del Pacífico han concertado

[17] En el mismo sentido, *vid.* C. Espósito Massicci; A. Torres Camprubí, "Cambio climático y derechos humanos: el desafío de los 'nuevos refugiados'"…, *cit.*, p. 75.

[18] Las correspondientes referencias jurisprudenciales pueden encontrarse citadas en: J. McAdam, *Climate Change, Forced Migration and International Law*, Oxford University Press, Nueva York 2012, p. 47.

[19] Valga reproducir las palabras del ex Primer Ministro, Sr. Anote Tong, extraídas de sendas entrevistas: T. Perrone, "Anote Tong. It's not just the climate that's at stake, it's the future of a generation", *Lifegate*, 22 de diciembre de2017; "An ailing island in the sun", *The New Zealand Herald*, 25 de octubre de 2008.

"*I've always rejected the notion that our people should become refugees. I reject the terminology, the classification of our people as climate refugees. Because the last thing we wish to lose, after our land, is our dignity. (…) If circumstances force the migration of our people to other nations at some future date, we want them to go there not as climate change refugees but as people who are equipped to contribute meaningfully to their host nations 'economies*".

McAdam explica estas reticencias como una consecuencia de la estigmatización del refugiado, que a menudo es percibido como una víctima pasiva que aguarda indefenso en campos la ayuda extranjera. Esta imagen explica que muchos hombres isleños rehúsen ser calificados como "refugiados", pues sería como una señal infamante de haber fracasado en su tarea de mantener y proteger a sus familias. *Vid.* J. McAdam, *Climate Change, Forced Migration and International Law…, cit.*, p. 41.

acuerdos migratorios con las principales potencias regionales, Nueva Zelanda y Australia, con la finalidad de incentivar flujos migratorios de mano de obra hacia estos países.

La primera iniciativa de la que tenemos constancia es el Acuerdo relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales suscrito en 2002 entre Nueva Zelanda y el grupo de PEID compuesto por Kiribati, Tuvalu, Toga y Fiyi. Mediante este convenio se creó la modalidad de visado conocido como *"Pacific Access Category Resident Visa"*[20], que el gobierno neozelandés otorga cada año a hasta un máximo de 650 ciudadanos procedentes de estos cuatro países. El número de visas queda distribuido de la manera siguiente: 75 quedan reservadas para ciudadanos de Kiribati; otras 75 para Tuvalu; 250 para ciudadanos de Togo y las 250 restantes para ciudadanos procedentes de Fiyi.

La visa permite a su titular residir, trabajar y estudiar en Nueva Zelanda por tiempo indefinido. Los candidatos deben tener edades comprendidas entre los 18 y los 45 años y ser capaces de leer, escribir y hablar inglés con fluidez. Se favorece el reasentamiento de unidades familiares completas, al permitir al solicitante que lleve consigo a su cónyuge o pareja, así como a sus hijos menores de 25 años.

Como cautela para minimizar el impacto sobre las comunidades de acogida y evitar sobrecargar el sistema de prestaciones sociales neozelandés, se exige como requisito indispensable que el postulante, o su pareja, cuente con una oferta de trabajo firme en Nueva Zelanda que le reporte unos ingresos suficientes para su sostenimiento y el de su familia.

Siguiendo la línea inaugurada por la *"Pacific Access Category Resident Visa"*, el gobierno australiano puso en marcha en 2007 el programa piloto conocido como *"Kiribati Australia Nursing Initiative"* (o *KANI* por sus siglas en inglés). El programa está enfocado, principalmente, a mejorar la inserción laboral en el extranjero de jóvenes kiribatianos (con edades comprendidas entre los 16 y los 24 años), mediante su formación como enfermeros. El objetivo que se perseguía, no obstante, era múltiple; pues pretendía ayudar a Kiribati a lidiar, al mismo tiempo, con la sobrepoblación, la alta tasa de paro juvenil y la amenaza del cambio climático.

El programa piloto, con una duración inicial de cinco años, contó entre marzo de 2006 y junio de 2014 con un presupuesto total de 20.8 millones de dólares australianos, que fueron financiados por el "AusAid" (la Agencia Australiana de Cooperación Oficial). La formación académica se ha venido desarrollando en el marco de la Universidad de Griffith, mediante la concesión de becas para cursar los distintos

[20] Toda la información relativa a esta modalidad de visado puede encontrarse en el portal web de inmigración del gobierno de Nueva Zelanda, en la dirección de Internet https://www.immigration.govt.nz/new–zealand–visas/apply–for–a–visa/about–visa/pacific–access–category–resident–visa [fecha última consulta 21/04/2018].

niveles de estudios que conducen a la titulación en enfermería. A febrero de 2014, 84 jóvenes kiribatianos, 9 más que los 75 inicialmente previstos en diseño original, se habían beneficiado de este programa[21].

También en 2007 lanzó Nueva Zelanda una campaña destinada a incentivar la inmigración laboral de carácter temporal, a fin de cubrir la necesidad de mano de obra de temporada en sectores estacionales como el de la horticultura y la viticultura (*"the Recognized Seasonal Employer Policy"* o simplemente *RSE policy*[22]), dando preferencia a los solicitantes procedentes de los Estados insulares del Pacífico[23].

El número de plazas es fijado cada año por la administración en función de la demanda de mano de obra del sector. De hecho, y fruto del éxito que la iniciativa ha cosechado entre las empresas neozelandesas, es que el número de plazas se ha venido ampliando con cierta regularidad hasta las 11.100 que fueron convocadas en diciembre de 2017.

El correspondiente visado puede extenderse con una validez de hasta siete meses, dentro de un período de once; si bien se exceptúan los trabajadores procedentes de Tuvalu y Kiribati, que pueden estar hasta nueve meses. La excepción se justicia en la mayor distancia a la que se encuentran estos pequeños Estados insulares de Nueva Zelanda y al consiguiente mayor costo del viaje.

La misma política fue reproducida en 2009 por Australia a través del *"Pacific Seasonal Worker Scheme"*[24], cuyo objetivo principal es contribuir al desarrollo de las economías de los Estados insulares del Pacífico participantes[25] mediante el envío de remesas de dinero[26].

---

[21] La información relativa al programa ha sido extraída de: L. Shaw; M. Edwards; A. Rimon, *KANI Independent Review (AidWorks Initiative Number: ING466)*,Review report, abril 2013 (actualizado a febrero de 2014), 45 pp.

[22] La convocatoria puede consultarse en el portal web de inmigración del gobierno de Nueva Zelanda, en la dirección de Internet https://www.immigration.govt.nz/about–us/research–and–statistics/research–reports/recognised–seasonal–employer–rse–scheme [fecha última consulta 21/04/2018].

[23] En concreto, son elegibles los nacionales de los siguientes Estados insulares: Fiyi, Kiribati, Nauru, Papúa Nueva Guinea, Samoa, las Islas Solomon, Tonga, Tuvalu y Vanuatu.

[24] La información relativa al programa puede encontrarse en la página web del *Department of Jobs and Small Business*, al que se puede acceder desde la dirección de Internet https://www.jobs.gov.au/seasonal–worker–programme [fecha última consulta 21/04/2018].

[25] Los PEID de la región Pacífico que actualmente participan son: Fiyi, Kiribati, Nauru, Papúa New Guinea, Samoa, las Islas Solomon, Timor–Leste, Tonga, Tuvalu y Vanuatu.

[26] Un estudio conducido por el Banco Mundial sobre el impacto que tuvo en 2011 "the Seasonal Worker Programme" sobre las remesas de dinero enviadas a los Estados de origen, indicó que un trabajador de temporada ordinario gana una media de entre 12.000$ y 13.000$ en Australia, de los cuales aproximadamente 5.000$ son enviados de vuelta a casa. *Cit. en:* Australian Government, *Australian Government response to the Joint Standing Committee on Migration report: Seasonal change Inquiry into the Seasonal Worker Programme*, febrero 2017, p. 1.

Los sectores que pueden acogerse al programa se limitan a la industria agrícola, hortícola, acuícola, plantaciones de caña, algodón, hospedaje en determinadas localizaciones y turismo (programa piloto restringido por el momento únicamente al norte de Australia); siendo necesario, además, probar que tal demanda adicional de mano de obra no pueda cubrirse con nacionales australianos.

El visado se concede con una duración máxima de seis meses consecutivos, debiendo permanecer los trabajadores de temporada un mínimo de cinco meses en sus países de origen antes de poder volver a participar en el programa. El límite temporal máximo se extiende a nueve meses consecutivos cuando se trate de trabajadores procedentes de Kiribati, Tuvalu o Nauru, debido a la mayor distancia y coste del viaje.

La condición de trabajadores inmigrantes que pasan a ostentar todos los isleños del Pacífico que participen en cualquiera de estas políticas o programas, nos hace plantearnos la cuestión de si podrían beneficiarse del marco general de protección que dispensa la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Inmigrantes y sus Familias de 1990.

Este tratado internacional sienta una serie de estándares mínimos que el Estado de acogida ha de dispensar a los trabajadores inmigrantes que se encuentren regularmente en su territorio. De nuestro particular interés son las condiciones en las que podrían acceder a los correspondientes derechos socioeconómicos, dada la potencial situación de "desplazamiento ambiental" a la que podrían enfrentarse en un futuro los nacionales de los PEID.

A este respecto, y en consonancia con esos "estándares mínimos" a los que aludíamos, el art. 43.1º de la Convención establece un principio de igualdad de trato entre los trabajadores inmigrantes y los nacionales del Estado empleador en cuanto al acceso a los servicios de enseñanza, sanidad o a la vivienda. Particularmente dentro de este último ámbito su manifestación es doble pues, por un lado, proscribe en la esfera pública toda discriminación en el acceso a los planes sociales de vivienda; mientras que en la esfera privada hace, por otro, particular énfasis en la protección del trabajador inmigrante contra la explotación en materia de alquileres.

La aplicabilidad de la Convención resulta, sin embargo, impedida por el hecho de que la misma no haya sido ratificada por prácticamente ningún PEID, así como tampoco por las potencias regionales que son, a la postre, quienes mayormente pueden ejercer como foco de atracción a efectos migratorios[27]. En la práctica esto se traduce en que el estatuto y las condiciones laborales a que queden sujetos los

[27] De los 39 PEID, únicamente han ratificado la Convención 8 Estados, a saber: Belice, Guyana, Jamaica, San Vicente y las Granadinas, Timor–Leste, Sao Tomé y Príncipe, Seychelles y Cabo Verde. Haití, Palaos, Guinea Bissau y las Comoras la han firmado aunque no ratificado. Consultado en la dirección de Internet http://indicators.ohchr.org/ [*fecha última consulta* 26/04/2018].

trabajadores inmigrantes dependerán, en gran medida, del derecho doméstico del Estado empleador. Si bien con las limitaciones que siempre impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en consideración a la dignidad de la persona, como podría ser la prohibición de todo trabajo cuyas condiciones, por ejemplo, equivalgan de hecho a una situación de esclavitud.

IV. Desaparición de los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo bajo las aguas del Océano: la situación de apátrida de sus nacionales

Con la elevación del nivel del mar y el sumergimiento de los PEID bajo las aguas de los Océanos, es posible que sus habitantes puedan encontrarse en unas décadas en situación de apátridas. De hecho, la OIM opina que la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 "podría potencialmente ser aplicada en un futuro para proteger los derechos de los nacionales de aquellos Estados en el caso de que llegasen a desaparecer"[28].

De esta manera, podrían beneficiarse al menos de la protección de sus derechos que otorga la Convención de 1954, siempre y cuando la misma hubiese sido ratificada por los Estados de origen[29]. Dentro del catálogo de derechos que reconoce la Convención, cabe destacar la prohibición de discriminación (art. 3), libertad religiosa (art. 4), exención de reciprocidad (art. 7), favorecer el acceso a un empleo remunerado, así como a la vivienda (arts. 17 y 21), educación (art. 22), asistencia sanitaria (art. 23), etc.

Es probable, sin embargo, que para entonces las islas ya estén completamente deshabitadas. El cambio climático y la subida del nivel del mar van a provocar la salinización de los acuíferos de agua dulce así como de las tierras de cultivo, cambios en los arrecifes de coral y, consecuentemente, en la distribución y cantidad de los bancos de peces; el incremento del riesgo de enfermedades como la malaria y un aumento en la frecuencia e intensidad de las inundaciones, tormentas y otros fenómenos climatológicos extremos[30]. Es por ello que los desplazamientos

[28] Organización Internacional para las Migraciones, *IOM Outlook on MIgration, Environment and Climate Change*, Ginebra 2014, p. 31.

[29] Son parte de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas los siguientes PEID: Antigua y Barbuda, Australia, Barbados, Belice, Fiyi, Guinea–Bissau, Kiribati, San Vicente y las Granadinas y Trinidad y Tobago. Mientras que lo son de la Convención para reducir los casos de apatridia: Australida, Belice, Guinea–Bissau, Jamaica, Kiribati y Nueva Zelanda. Consultado en la dirección de Internet: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V–3&chapter=5&Temp = mtdsg2&clang=_en [*fecha última consulta* 25/04/2018].

[30] IPCC, *Climate Change 2014…*, *cit.*, pp. 1619–1626; IPCC, *Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge (Reino Unido) 2007, pp. 695–701.

medioambientales no van a ser súbitos y en masa, del mismo modo que la subida del nivel del mar tampoco será un fenómeno espontáneo e inesperado, sino que se producirán de un modo paulatino.

Con todo, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas no recoge un derecho a ser admitido en un Estado o a permanecer en él. De ahí la importancia de suscribir acuerdos migratorios e impulsar políticas como las que se han descrito en el epígrafe anterior, pues permiten generar un marco estable que favorece el reasentamiento progresivo.

Desaparecido el Estado, y con él el nexo jurídico de la nacionalidad que lo vinculaba a sus ciudadanos, cabría esperar que los Estados de acogida los naturalizasen como propios en favor del principio de Derecho Internacional consuetudinario de prevenir y evitar situaciones de apátridas. Si bien se trata más de una obligación moral que jurídica; pues ni la Convención de 1994 ni la de 1961, creada para reducir los casos de apatridia, prevén nada al respecto.

Sólo podemos, por tanto, aspirar a meras elucubraciones; ya que la situación de los PEID no cuenta con precedente alguno. Si bien el Derecho Internacional contempla la desaparición de los Estados, en el caso de los PEID las normas comunes sobre sucesión de Estados no son aplicables al no haber un Estado que suceda a otro.

Los gobiernos de varios PEID afectados han iniciado la compra privada de terrenos en otros Estados vecinos con el fin de trasladar a parte o a la totalidad de su población[31]. Pero estas adquisiciones no crean un nuevo Estado; por lo que la población reasentada quedará bajo la soberanía del Estado de destino y, en el peor de los casos, seguirán siendo apátridas. Otra opción sería que los PEID en peligro de desaparición negociasen acuerdos con otros Estados no afectados por la subida del nivel del mar, en virtud de los cuales quedasen incorporados dentro de aquéllos en una suerte de federación o confederación. Esto evitaría que los isleños deviniesen en apátridas, al contar ahora con la nacionalidad del otro Estado; pero no evitaría la desaparición del PEID en cuestión como sujeto internacional con personalidad jurídica propia[32].

Soluciones más imaginativas pasan por la construcción de islas artificiales dentro de sus espacios marinos o de ampliaciones anexas a las islas más afectadas, como el caso de la isla artificial Hulhumalé construida por el gobierno de las Maldivas[33].

[31] L. Caramel, "Besieged by the rising tides of climates change, Kiribati buys land in Fiji", *The Guardian*, 01/07/2014; R. Ramesh, "Paradise almost lost: Maldives seek to buy a new home", *The Guardian*, 10/11/2008.

[32] A. Torres Camprubí, *Climate change and international security: revealing new challenges to the continuation of Pacific Islands' Statehood*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 2014, p. 281.

[33] El proyecto cuenta con una página web propia disponible en la dirección de Internet https://hdc.com.mv/hulhumale/ [fecha última consulta 21/04/2018].

V. Conclusiones

El cambio climático y la subida del nivel del mar plantean retos tanto para los PEID como para la comunidad internacional en su conjunto. Retos que, por el momento, se mueven más en la arena de lo político que bajo el imperio de la Ley. A fin de cuentas, el Derecho Internacional del Medio Ambiente, entre el que se incluye la normativa sobre reducción de emisiones a la atmósfera de gases de efecto invernadero –*vid.* El Protocolo de Kioto–, ya está ahí. Solamente hace falta mayor voluntad política para cumplir con ello.

No obstante, de llegar a confirmarse los peores escenarios climáticos para los PEID y sus poblaciones, sí se requerirá, como ya ha señalado ACNUR, "un desarrollo progresivo del derecho internacional para hacer frente a la conservación de la identidad de las comunidades afectadas"[34]. A ello aspira a contribuir esta comunicación, aunque sea empezando por señalar las limitaciones del sistema.

[34] ACNUR, Reunión de Expertos: El Concepto de Personas Apátridas bajo el Derecho Internacional. Resumen de las Conclusiones, 2010, Prato (Italia), p. 5, párrafo 27.

ASILO, REFUGIO Y PROTECCIÓN SUBSIDIARIA

Graciela R. SALAS (Argentina) *

Sumario: I. Introducción. II. Asilo y refugio.III. La evolución de estas instituciones en América. IV. La regulación para casos de desastres. 1. En el ámbito del Derecho Internacional general. 2. A nivel interno. V. En síntesis.

Resumen: Las instituciones del asilo y del refugio han sido objeto de estudio y de aplicación con características particulares en el continente americano, especialmente desde su vinculación con los instrumentos universales y regionales de derechos humanos. La evolución de ambas es el resultado de la respuesta de los estados de la región ante situaciones planteadas en las últimas décadas. En esta comunicación se analizan esas particularidades tratando de desentrañar las características de ambas y su evolución en nuestra región.

Palabras clave: Asilo. Refugio. Pactos. Evolución.

Abstract: The institutions of asylum and refuge have been the object of study and application with particular characteristics in the American continent, especially since their connection with universal and regional human rights instruments. The evolution of both is the result of the response of the States of the region to situations raised in recent decades. In this paper we analyze those particularities trying to establish the characteristics of these institutions and their evolution in our region.

Keywords: Asylum. Refuge. Covenants. Evolution.

I. Introducción

La institución del asilo, aplicada en Europa hasta fines del Siglo XVIII en protección de delincuentes comunes, basada en la inmunidad de jurisdicción, sea territorial o de las legaciones diplomáticas, comenzó a aplicarse en América a la protección de personas perseguidas por razones políticas[1]. El Instituto de Derecho Internacional (IDI), inició desde 1880 una serie de estudios sobre temas relacionados con

* Miembro del IHLADI. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Catedrática de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Blas Pascal, Rca. Argentina.

[1] Para A. Rodríguez Carrión ello se debió a la expansión del movimiento revolucionario burgués. *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 374.

los derechos humanos, originariamente vinculados a los conflictos armados, a la emigración, preanunciando ya una declaración de derechos del hombre y del ciudadano[2], en una etapa en la que también se desarrollaba la institución de la protección diplomática. La protección de los derechos del hombre ya estaba transitando desde el dominio del derecho interno estatal hacia el Derecho Internacional[3]. Al mismo tiempo en los comienzos del Siglo XX el problema de los refugiados comenzaba a acuciar a Europa.

Al mismo tiempo la institución del asilo se venía afianzando en América, en este caso sobre la base de la soberanía estatal, cubriendo al perseguido por razones políticas, como una costumbre regional, pero ya con un bagaje jurídico indiscutido. Así, el título segundo del Tratado de Derecho Penal Internacional (1889), se ocupa del asilo, reserva los arts. 15 y 16 al asilo territorial y el 17 al diplomático, y al tratar la institución de la extradición, la excluye para los delitos relacionados con delitos políticos. En 1928 se firmó en La Habana la Convención sobre Asilo en la que aparecen ambos tipos, aunque el asilo territorial se acerca más al concepto de refugio. Posteriormente en la Convención de Montevideo de 1933 se recogen normas sobre asilo político, y en 1939 se firmó el Tratado de Montevideo sobre Asilo y Refugio Políticos en los que finalmente se diferencia ambos tipos refiriéndose en primer término al asilo político o diplomático y en segundo lugar al territorial.

En esta apretada síntesis es insoslayable mencionar que, tras la creación de las Naciones Unidas, se celebró la Novena Conferencia Panamericana (Bogotá, 1948), de la que surgirían no sólo la Carta y el Pacto de Bogotá, sino también la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) en consonancia con la posterior Declaración Universal de Derechos Humanos, en el ámbito universal (diciembre de 1948). Se completaban así los cimientos del futuro sistema de promoción y protección de derechos humanos, incluyendo a las instituciones que nos ocupan.

II. Asilo y refugio

La finalización de la Segunda Guerra mundial estuvo vinculada no sólo con la necesidad de mantener la paz y la seguridad internacionales sino también con la necesidad de promocionar y asegurar el respeto de los derechos humanos. América Latina tuvo un rol destacadísimo en esta tarea en tanto las repúblicas que la integraban ya venían trabajando en la materia a partir de la Conferencia de Chapultepec

[2] Sesión de Londres, 1929.

[3] P. de Visscher, "La contribution de l' Institut de droit international a la protection des droits de l'homme", *Mélanges Michel Virally*, p. 218. Disponible en: http://www.sfdi.org/wp–content/uploads/ 2014/ 09/IDI–DH.pdf

(1945)[4] y a través de la labor del Comité Jurídico Interamericano que ya había formulado el proyecto de la que sería la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Se produjo también un cambio de enfoque en estos temas en tanto, colocados los derechos humanos en la base del sistema de las Naciones Unidas, parte de la doctrina comenzó a ver al asilo no ya exclusivamente como un derecho del Estado sino como un derecho de la persona humana, que se traduciría tímidamente en el art. 14 inciso 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948[5]. Así fue como en América, en ocasión de la Décima Conferencia Interamericana (Caracas, 1954) se firmaron sendas convenciones: la Convención sobre Asilo Diplomático y la Convención sobre Asilo Territorial, continuando con la posición mantenida con anterioridad, puesta de manifiesto ya desde la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en su art. 27 y se proyecta sobre la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en su art. 22, pár. 7, 8 y 9 y la AG/RES/ 2.312 (XXII) Declaración sobre el Asilo Territorial (art. 1).

Así, y como regla general a nivel internacional, ya desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 14)[6] se excluye del otorgamiento de asilo a los perseguidos por delitos comunes, limitación a la que se agrega el caso de quienes sean responsables de actos contrarios a los objetivos y principios de las Naciones Unidas, y también quienes cometen crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad.

En cuanto a su caracterización, y si bien el asilo constituye una institución de gran desarrollo en nuestro continente, dificultosamente encontraremos una definición, más allá del contenido en la convención de Caracas sobre Asilo Diplomático, consecuencia de que a nivel general los autores han visto dificultada la tarea de diferenciar la institución del asilo del refugio.

De esta rápida síntesis podemos extraer que si bien en Europa se desarrolló el asilo territorial y dejó de aplicarse mayormente el asilo diplomático, a comienzos del Siglo XIX, en nuestro continente ambas formas de una misma institución se desarrollaron de manera casi paralela. Particularmente en América Latina el asilo se relacionó rápidamente con la protección de los derechos humanos, y en el asilo diplomático se operaron avances, inexistentes en otras partes del mundo, en las que a menudo ha estado más vinculado con cuestiones humanitarias[7]. Por otra parte, el

[4] En esta Conferencia se firmó el Acta de Chapultepec, y la Carta Económica de las Américas, que fueron complementadas posteriormente por el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR, 1947) y finalmente la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA, 1948).

[5] P. de Visscher. *La contribution de l' Institut de droit international a la protection des droits de l'homme*, p. 219. Disponible en: http://www.sfdi.org/wp–content/uploads/2014/09/IDI–DH.pdf.

[6] En el mismo sentido la AG/RES/ 2.312 (XXII) Declaración sobre el Asilo Territorial.

[7] Es así para aquellos estados que no lo admiten como institución de Derecho Internacional.

tratamiento de los asilados ya había merecido en nuestro continente un interés especial que derivó en la celebración de sendas conferencias sobre el particular[8]. En definitiva en el continente americano se han utilizado diversas denominaciones: asilo diplomático, también conocido como político, y asilo territorial[9], en ocasiones aplicado como sinónimo de refugio, aunque estudios comparativos entre los citados instrumentos y aquellos formulados dentro del sistema de Naciones Unidas muestran que no guardan estricta relación. Sin embargo, la complejidad de la vigencia de dichas convenciones obliga a un análisis pormenorizado ante cada situación puntual[10]. Por otra parte, si bien las Convenciones de Caracas solamente obligan a los estados signatarios, el grado de obligatoriedad de la mayoría de las normas incluidas en ellas, al derivar de la práctica latinoamericana, se aplica también por vía consuetudinaria. Por lo demás el asilo, particularmente el diplomático, no constituye una institución de Derecho internacional general, en virtud de lo apuntado más arriba y muchos autores consideran que el mismo existe dentro de los estrechos límites de los motivos humanitarios cuyo objetivo es el de proteger al perseguido por razones políticas de un peligro grave e inminente[11]. Otra de las características tanto del asilo como del refugio es su naturaleza transitoria, especialmente el asilo diplomático, aunque en ocasiones existieron casos de asilo que se prolongaron durante mucho tiempo[12].

Por otro lado es de destacar que en esta materia prevalecen la soberanía y la supremacía territorial del estado, y tanto el asilo como el refugio implican excepciones a esa supremacía. En consecuencia, salvo los casos de asilo o de refugio en las condiciones apuntadas, se aplica la jurisdicción estatal a quienes resulten perseguidos por delitos comunes, cuando corresponde la extradición, o la jurisdicción de los tribunales penales internacionales, para los casos de crímenes de guerra, de lesa humanidad o contra la paz. De allí la importancia de la calificación del delito por el cual se persigue al asilado.

---

[8] Es el caso del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados firmado en la ciudad de Nueva York, y la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada por el "*Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios*", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

[9] Así lo recuerda H. Gros Espiell en su trabajo *El Derecho Internacional Americano Sobre Asilo Territorial y Extradición en sus Relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, p. 35. Consultado el 10.12.15.

[10] En este punto es ampliamente conocido el caso del Derecho de Asilo (Haya de la Torre), en el que la CIJ debió expedirse en un caso de aplicación de esta institución, cuando regían entre ambas partes las Convenciones de La Habana de 1928 y de Montevideo de 1933.

[11] A. Verdross, *Derecho internacional público*. Aguilar, 1973, p. 264.

[12] Fue el caso de Jozsef Mindszenty, quien buscó asilo en la legación diplomática de EEUU en Budapest, que se prolongó entre 1956 y 1971. También fue el caso deTesfaye Gebre Kidan, ex presidente de Etiopía quien, junto a otras ex autoridades de ese país buscaron asilo en la embajada de Italia en Addis Abeba, estancia que se prolongó durante más de dos décadas (desde 1991). También el caso de Michel Aoun, asilado en la embajada de Francia en Beirut (1990), entre otros. Posteriormente el caso de Julian Assange en la embajada de Ecuador en Londres (2012–2019).

III.La evolución de estas instituciones en América

Como decíamos más arriba, en numerosas ocasiones la doctrina coloca al asilo y al refugio en una zona gris en la que no es posible una mayor distinción entre una u otra. Inclusive los primeros instrumentos latinoamericanos de alguna forma contribuyeron a esa confusión. Sin embargo, promediando el Siglo XX, la preocupación en América había avanzado hacia la positivación de la costumbre de la región y había logrado reconocer al asilo como un derecho humano en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948):

"*Artículo XXVII. Toda persona tiene el* ***derecho de buscar y recibir asilo*** *en territorio extranjero…".*

Se trata entonces de un derecho de buscar y recibir asilo, pero no de una obligación del Estado de concederlo, y éste conserva el derecho de calificar las razones por las cuales alguien solicita el asilo. Esta tendencia se manifiesta también en la Sesión de Bath del Instituto de Derecho Internacional, (1950), que rescata la interacción entre las instituciones del asilo, el refugio y los derechos humanos.

Esta orientación continuó con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969):

> *"Art. 22. Derecho de Circulación y de Residencia*
>
> *[…]*
>
> *"7. 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…".*

Vemos los requisitos esenciales de la institución del asilo, tal como se venía aplicando en nuestro continente, pero se incorpora el rol protagónico del Estado a través de la necesidad de la vigencia de su propia legislación, a la luz de los convenios internacionales en los que haya contraído obligaciones. Ahí encaja también la situación de los estados latinoamericanos en la que, previo a la celebración de todos estos instrumentos, existía una costumbre de fuerte raigambre regional, que refuerza aún más los alcances de esos convenios internacionales. Esto se enmarca en una posición especial respecto de los extranjeros, y el principio de *non refoulement*, consagrado en el inciso siguiente:

> "*8.* ***En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país****, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas".*

De alguna forma va superando los tradicionales límites del asilo para acercarse a las características del refugio. Y completa esta protección con el inciso siguiente:

*"9. **Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros***".

Finalmente con una frase tan simple, los estados americanos asumen la obligación de no expulsar colectivamente a los extranjeros, entendible precisamente ante la gran cantidad de refugiados y desplazados que se produjo con posterioridad a las dos grandes guerras mundiales y en particular en las últimas décadas en América como consecuencia de conflictos internos. De esta forma la Convención Americana sobre Derechos Humanos se transformó en el primer instrumento convencional regional en reconocer **el derecho debuscar y recibir asilo**, al que se agregó posteriormente la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) en su art. 12. 3) y continuó con la Declaración de Cartagena (1984). Sin embargo, ya en esa oportunidad se comienza a observar una nueva utilización de los términos *asilo* y *refugio* como sinónimos, aunque ratifican que en la región se mantiene vigente la institución del asilo. ¿Qué había ocurrido? Hasta ese momento se consideraba que el asilo alcanzaba a personas individuales como dirigentes políticos, sindicales, periodistas, personalidades de la cultura. Pero esta situación comenzó a cambiar con la afluencia en gran escala de refugiados del Caribe durante los años '60[13]. Se intentó la celebración de una Convención sobre Refugiados en la región, que no llegó a concretarse, aunque sirvió de impulso para un nuevo proceso de ratificaciones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951[14] y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados[15] de 1967.

Si volvemos a la Declaración Americana (1948) vemos que su artículo XXVII reconoce en forma amplia el derecho de asilo,

"… ***en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común*** *y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales*"

Mientras que la Convención Americana dice:

"Art. 22. Derecho de circulación y residencia

7. 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…"

[13] Así lo dejó de manifiesto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual de 1965.

[14] Disponible en: https://www.acnur.org/5b0766944.pdf

[15] Disponible en: https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf

Surgen con claridad diferencias con la Declaración Americana en dos puntos principales: en primer lugar la Convención limita y precisa los alcances del asilo en su art. 22 a personas perseguidas "*por delitos políticos o delitos comunes conexos"*. En segundo lugar, la Convención reconoce en el art. 22 (8) el derecho de no retorno. Y a continuación prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros.

De allí surgen las características particulares del asilo que la distinguen del refugio según nuestra opinión. En efecto como surge del concepto formulado en la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático:

> *"Artículo I.* ***El asilo*** *otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas* ***perseguidas por motivos o delitos políticos****, será respetado por el Estado territorial de acuerdo con las disposiciones de la presente Convención. ..."*

Mientras que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados

> *"Art. 1. A. 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado* ***grupo social u opiniones políticas****, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. ..."*

En el primer caso habla de *personas perseguidas pormotivos o delitos políticos*, quienes cometen los delitos de los que se les acusan y persiguen son personas individuales, mientras que el segundo instrumento habla de *opiniones políticas*, expresión más general y que refiere a grupos de personas, de allí que los refugiados se hayan desplazado en grandes grupos en general, mientras que los asilados no.

Por otra parte, como puede observarse en esa época nada se decía sobre los refugiados como consecuencias de desastres naturales, por razones económicas o por conflictos internos, que son causales más recientes de grandes flujos de migrantes. Pero hasta ese momento la cuestión planteada se relacionaba más bien con casos de asilo. Posteriormente, por las situaciones producidas en Centroamérica se hacía necesario ampliar la mirada jurídica sobre los refugiados y la aplicación en la región de los instrumentos internacionales vigentes, para lo cual se convocó al Coloquio de Cartagena sobre la protección internacional de los refugiados de América Central (1984) del que surgió la ya referida Declaración de Cartagena. Esta Declaración puso de relieve la necesidad de coordinación entre los órganos internacionales y regionales en aplicación de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 y de procurar su aplicación dentro de los Estados, estableciendo los mecanismos jurídicos internos que permitan la puesta en práctica de esa protección de los refugiados.

Y es en este punto en el que van a insistir las posteriores reuniones y conferencias interamericanas en la materia y el dictado de importante legislación nacional en estados de la región. También se hace visible en esta oportunidad la problemática de los desplazados internos y la necesidad de encuadrar la normativa en un contexto más amplio como es el mantenimiento de la paz y la constante promoción de los derechos humanos. De allí que encontremos esta referencia en los sucesivos instrumentos regionales y subregionales. Se destaca la adopción de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, por parte de la Declaración de Tlatelolco (1999), el establecimiento de un marco normativo de protección y tratamiento de refugiados, y la aplicación de medidas concertadas para enfrentar la crisis de los refugiados[16]. No obstante, pese a los aspectos positivos mencionados, esa Declaración también advierte desde el comienzo que las causas que provocan refugiados, como la persecución, la violación de los derechos humanos, los conflictos armados internos e internacionales y las violaciones al Derecho Internacional Humanitario siguen presentes en algunos países de la región. Además, las causas profundas que originan el desarraigo forzoso de personas, como la pobreza extrema, la falta de oportunidades económicas y de participación política, los problemas demográficos, los recurrentes desastres naturales y más recientemente la violencia en la vida diaria[17], subyacen en algunos países de la región. Así, y pese a las dificultades planteadas por los grandes desplazamientos, particularmente en Centroamérica y más recientemente por la situación planteada en Venezuela, se aplica el principio de no devolución, sin necesidad de recurrir a figuras subsidiarias que llevarían a aplicar parámetros de protección inferiores a aquellos que se aplican a los refugiados en el Derecho internacional general.

Vemos así que la Declaración de Cartagena (1984) revitaliza la tradición latinoamericana de asilo y consolida la costumbre regional en el tratamiento de los refugiados, repatriados y personas desplazadas[18]. Además, al haberse adoptado como Declaración se salvó la necesidad de un proceso de aprobación e incorporación al derecho interno, lo que no ha impedido que se le reconozca su importancia por parte de instituciones internacionales, a través de diversos pronunciamientos de reconocimiento y apoyo: la *Asamblea General de las Naciones Unidas*[19]*, la Asamblea General de los Estados Americanos*[20]*, la Comisión Interamericana de Derechos*

[16] *Declaración de Tlatelolco (1999).*

"***Sexto:*** *se continúen tomando y ampliando las medidas para garantizar el trato de los migrantes conforme a los derechos humanos…*"

[17] En ocasiones vinculada con la delincuencia, la trata de blancas o el narcotráfico.

[18] Informe del Grupo de Consulta sobre las "*Posibles soluciones a los problemas de los refugiados centroamericanos*" (Ginebra, 25–27 de mayo de 1987), p. 2. párrafo 4.2.

[19] Res. A.G. ONU 42/110, A/42/808.

[20] Res. A.E. OEA, AG/Res 891 (XVII–87), AG Doc. 2370/88.

Humanos[21]*, el Parlamento Andino*[22]*, el Parlamento Europeo*[23]*y el Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Refugiados*[24]*,* entre otros.

A la Declaración de Cartagena le sucedió la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas diez años después, cuando ya se habían hecho notorias las nuevas características de los desplazamientos de población en América Latina, y surge con palmaria claridad no sólo la relación con los derechos humanos sino también con la vigencia de los sistemas democráticos, tarea ésta de especial interés para los países de la región.

Posteriormente, enocasión de conmemorarse el vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984), los países latinoamericanos se reunieron en la ciudad de México. De esa reunión surgió la Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina. A partir de allí se comenzó a trabajar también en programas regionales de reasentamiento de refugiados, en los que se reconoce que los procesos de integración en marcha en la región pueden desempeñar un rol importantísimo, y también queda de manifiesto la vigencia de los principios de solidaridad y responsabilidad compartida, propios de nuestro continente. Nacieron así los programas "ciudades solidarias", "fronteras solidarias", el "reasentamiento solidario", en este caso como solución duradera, y no como una carga compartida sino como un deber de solidaridad internacional, contando necesariamente con la cooperación técnica y financiera de la comunidad internacional para su fortalecimiento y consolidación[25].

Una nueva reunión se celebró en la ciudad de Brasilia (2010), de la que surgió la Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano[26]. En esta Declaración se reitera el derecho de toda persona a buscar y recibir asilo, consagrado en la Declaración Americana de 1948 y en el Pacto de San José de Costa Rica, y sobre la vigencia irrestricta de principios como el de no devolución[27], que incluye el no rechazo en la frontera, no sanción por ingreso ilegal y la no discriminación. Pero fundamentalmente se destaca la necesidad de hacer frente a las causas de los desplazamientos de refugiados, a fin de evitar

[21] Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1984–1985 (OEA/Ser.L/V/II. 66, doc. 10, rev. 1, p. 177 et. Seq.).

[22] Decisión nº 173/VI del 16 de marzo de 1987

[23] Consejo de Europa, Asamblea del Parlamento 1987, informe sobre el Flujo de migraciones concerniente a América Latina, párrafo 18C (ii) A/Doc. 5718. R.

[24] Comité Ejecutivo Conclusión nº 37 (XXXVI) sobre Refugiados Centroamericanos y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados.

[25] En este punto es de destacar el valor de la tarea desarrollada por Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

[26] Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8133.pdf

[27] Este principio ha sido considerado inclusive como de *jus cogens* en algunos instrumentos regionales.

nuevas corrientes de refugiados, lo que implica volver la mirada hacia el interior de los respectivos estados.

Una nueva reunión se celebró en Brasilia (2014)[28], de la que surgió el documento *Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe*[29], en el que se reconoce la importancia de la cooperación en el marco de los procesos de integración regionales, con un marcado compromiso con la consolidación de la integración regional profundizando los niveles de articulación, complementariedad, cooperación y convergencia entre los mecanismos regionales y subregionales de integración, aún en los temas relacionados con la migración, las personas refugiadas, desplazadas y apátridas[30]. A la vez en la propia Declaración de Tlatelolco (1999) se coloca en un pie de igualdad a las instituciones del asilo y del refugio, y además se reconoce la existencia de los desplazados internos y de los trabajadores migrantes, de características particulares dentro de la situación de los migrantes en general. Nacen así nuevas ramas como son los derechos de las familias de los trabajadores migrantes, de los menores, de los menores no acompañados, y también de los desplazados internos. En este último caso se trata de casos planteados especialmente en países de América como consecuencia de problemas políticos o de violencia interna, como así también de cuestiones a menudo no resueltas, respecto de territorios ancestrales de los pueblos originarios.

En el caso de la UE el Tratado de Lisboa reserva el capítulo 2[31] al asilo, la protección subsidiaria y la protección temporal de las personas de terceros países, al establecer una política común al respecto, sobre la base del respeto al principio de no rechazo.

Finalmente, la distinción entre las instituciones que nos ocupan en esta oportunidad, va siendo notorio en las últimas décadas con la firma de instrumentos interamericanos de la importancia de la Declaración de Cartagena (1984), la Declaración

[28] Dentro del proceso conmemorativo Cartagena + 30

[29] Disponible en: https://www.acnur.org/5b5100c04.pdf

[30] En este orden es que se produjeron consultas regionales: CARICOM, Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), Comunidad Andina (CAN), OEA, SICA y la Unión de las Naciones Suramericanas (UNASUR), MERCOSUR. En el caso de MERCOSUR, en ocasión de la XII Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR, de la República de Bolivia y de la República de Chile se celebró una serie de acuerdos aprobados por el Consejo[30], precisamente con el objeto de regular los flujos migratorios entre los países de la subregión y los entonces estados asociados. Por otra parte la reunión Cumbre celebrada en Montevideo en 2013 entre los presidentes de Argentina, Brasil, Uruguay, Venezuela y el Estado asociado Bolivia, en relación a la situación planteada por el caso Snowden en la legación diplomática de Ecuador en Londres, formuló lo que se conoce como la *Decisión sobre el reconocimiento universal del derecho de asilo político.* En ella se destacan tanto el derecho de las personas a solicitar asilo como del Estado a otorgarlo.

[31] Capítulo 2. Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración.

y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina(2004), Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano (2010), entre otros, como así también la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la materia[32].

Pero, a nivel de DI general más recientemente observamos que paulatinamente se viene abandonando la referencia al asilo para recurrirse a la denominación más genérica de refugiado, pensamos que en base al mayor desarrollo del asilo en nuestro continente y no en su aceptación como institución de Derecho internacional general.

IV. La regulación para casos de desastres

En el sistema interamericano se hizo necesaria la celebración de la Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en casos de Desastre[33]. Como reza en uno de sus considerandos, sobre la base del alto sentido de cooperación que anima a los Estados de la región, así se aplicará esta Convención cuando un Estado Parte preste asistencia **en respuesta a una solicitud de otro Estado Parte**, por lo que queda definido *ab initio* el protagonismo de la soberanía estatal de quien requiere de asistencia, quien a la vez mantendrá el control de la asistencia dentro de su territorio (artículo IV). Asimismo las condiciones acordadas en esta Convención son de aplicación para los casos de asistencia por parte de organizaciones internacionales, sean o no intergubernamentales. También se considera importantísima la creación de una Autoridad Nacional Coordinadora por parte de cada Estado signatario, con el objetivo de cumplir con las obligaciones que emanan de esta Convención (artículo III) y será la que se comunique con el Estado en emergencia para ofrecer su asistencia. A su vez se creó el Comité Interamericano para la Reducción de los Desastres Naturales[34] y el Fondo Interamericano de Asistencia para Situaciones de Emergencia. El primero de ellos creado para el "*análisis de temas vinculados con los desastres naturales* ***y otros desastres***" (art. 2), y desde su preámbulo fija como líneas directrices, no sólo la cooperación frente a los desastres naturales sino que lo vincula con el desarrollo sostenible. Pero también habla de "*otros desastres"* ¿cuáles? No lo especifica, pero podemos advertir que con esa expresión queda abierta la posibilidad de actuación ante otras contingencias, entre las que pueden incluirse también cuestiones sociales. Sin embargo, en este instrumento la asistencia se orienta a los recursos materiales más que a las personas.

[32] *Vid.* Informe Anual 1993.

[33] Firmada en 1991 en Santiago de Chile, entró en vigor el 10/16/96 de conformidad con el artículo XXI de la Convención. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a–54.html.

[34] Creado por la Asamblea General de la OEA, por resolución AG/RES. 1682 (XXIX–O/99).

Otra institución, de larga trayectoria interamericana como el Comité Jurídico Interamericano, en su 43º Período Ordinario de Sesiones (2013)[35], amplía el tratamiento de este tema a las situaciones, disturbios y violencia internos[36]. Llega a clasificar a estos conflictos en: *conflictos armados no internacionales*, en los que existe violencia organizada de origen político y se aplican a ellos el Derecho Internacional Humanitario; *los disturbios interiores o tensiones internas,* como los motines, u *otras situaciones de tensión grave*, en los que se aplica el Derecho Internacional de los derechos humanos y por las normas de derecho interno. En estos últimos casos existen situaciones de violencia de cierta gravedad y permanencia[37]. Todas ellas constituyen causales a su vez de grandes desplazamientos de población, tanto internos como internacionales.

Se destaca así la importancia de los sistemas regionales en la regulación y la cooperación en este tema como así también en los acuerdos subregionales, que han permitido, por ejemplo, la Consulta Regional para América Latina y el Caribe del Pacto Mundial sobre Migración que se llevó a cabo en Chile (2017)[38], con vistas a la celebración del Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular y donde se destacó la posición de los acuerdos de integración puestos de manifiesto en el Acuerdo de Residencia del MERCOSUR, la Declaración de Santiago sobre Principios Migratorios (MERCOSUR)[39], los instrumentos de libre tránsito creados por la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y, más recientemente, algunos acuerdos sobre libre movilidad adoptados por la Alianza del Pacífico.

1. En el ámbito del Derecho internacional general

En ese ámbito surgieron instrumentos internacionales que certifican la vinculación de los derechos humanos con las instituciones que nos ocupan. La Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes[40], pone de manifiesto las grandes líneas de la cooperación internacional en materia de refugiados y migrantes. El tratamiento de este tema, en general, responde más a los desplazamientos de población por diferentes razones y sin incidentes, que superan en número y proporción a

[35] Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/INFOANUAL.CJI.2012.ESP.pdf

[36] De los que se ocuparon tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera de ellas en el caso Abella y otros c/ Argentina (1997), y la segunda en el caso Zambrano Vélez y otros c/ Ecuador (2007), entre otros.

[37] Estas situaciones dieron fundamento a la Carta Democrática Interamericana (2001). Disponible en: http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm

[38] De donde surge una clara vinculación con el desarrollo. Disponible en: https://www.iom.int/ es/news/consulta–regional–para–america–latina–y–el–caribe–del–pacto–mundial–sobre–migracion–se–realizo

[39] También CMC/DEC. nº 28/02; CMC/DEC. nº 03/09.

[40] Es un proyecto de resolución remitido a la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General sobre la Respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes en su septuagésimo período de sesiones A/71L.1 de 13 de septiembre de 2016. Disponible en: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10793

la población que se desplaza por razones de violencia, incluyendo a los refugiados, a los desplazados internos y a los asilados[41] y su vinculación con el desarrollo sostenible. A su vez se reconoce que este es un tema universal, que exige enfoques y soluciones universales, con una visión desde los derechos humanos, de manera que se debe cooperar y trabajar tanto en las causas internas que provocan el desplazamiento de la población como en la lucha contra la xenofobia, la discriminación racial y la intolerancia en las comunidades de acogida.

Junto a esta situación surgen los desplazamientos de población en casos de desastres, y la necesidad de prevenir situaciones de desastres, de lo que se ocupa específicamente el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres (2015 – 2030)[42] y la ya citada Convención Interamericana para Facilitar la Asistencia en casos de Desastre.

2. A nivel interno

Es importante destacar también que en el continente americano lentamente los estados han incorporado a su legislación interna la definición de refugiado establecida en la Declaración de Cartagena de 1984[43]. Asimismo cabe destacar que la institución del refugio, de mayor desarrollo a nivel de DI general en las últimas décadas que el asilo, a su vez generó la necesidad de una mayor regulación en el derecho interno, de allí la importancia de la legislación nacional.

La República Argentina lo ha hecho mediante la Ley de Migraciones, Ley 25.871 (2004), más recientemente modificada por el Decreto Nº 70/2017, y la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado, Ley 26.165 (2006). En ella se establece en primer lugar cuál es la normativa que rige en la materia en nuestro país:

> *"Art. 1º— La protección de los refugiados se regirá por* ***las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la República Argentina, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967…"***

[41] En la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes (2016) dice que en 2015 los migrantes ascienden a "*más de 244 millones, 65 millones son desplazados por la fuerza, 21 millones de refugiados, 3 millones de solicitantes de asilo y más de 40 millones de desplazados internos*". Como puede observarse, diferencia a los refugiados de los solicitantes de asilo, y la notable cifra inferior respecto de los refugiados.

[42] A/Res/69/283 Anexo II

[43] Así lo informa la página web de ACNUR http://www.acnur.org/t3/que–hace/proteccion/declaracion–de–cartagena–sobre–los–refugiados/paises–que–incorporan–la–definicion–de–refugiado–establecida–en–la–declaracion–de–cartagena– ACNUR. NACIONES UNIDAS. Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado. Ecuador. *La protección internacional de refugiados en las Américas*. Consultado el 27.05.16. Disponible en: http://www.acnur.es/PDF/8340_20120402180124.pdf, en–su–legislación–nacional/

Surge con meridiana claridad que la vigencia de esta institución, para Argentina, se encuadra dentro de los derechos humanos.

Define luego al refugiado conforme lo establecen la convención de Ginebra de 1951, la Declaración de Cartagena de 1984 y la Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (2004), según el art. 4º.Es importante destacar también que en este caso el concepto de refugiado se aplica a los apátridas.

Finalmente vemos que en las legislaciones nacionales de los estados americanos sobre refugiados se incluyen normas sobre procesos de admisión y reconocimiento de la condición de refugiado. Esto se transforma en vital al tiempo de la admisión del extranjero en condición de refugiado y el derecho al debido proceso, que sería motivo de otro trabajo especial que excede los alcances del presente.

V. En síntesis

Sostenemos que la institución del refugio podría ser interpretada como el género y el asilo la especie, teniendo en cuenta las definiciones de cada una de ellas proporcionadas por los instrumentos que regulan la materia, y superando aún los respectivos límites geográficos.

Por otra parte tanto la Comisión[44] como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han expedido en el sentido que al aplicarse los instrumentos internacionales de derechos humanos a casos concretos de refugiados en América los acuerdos regionales deben ser interpretados dentro del sistema general de las Naciones Unidas, marcando así una evolución que lleva inclusive a la necesidad de adaptación de las normas de derecho interno de los estados a los compromisos asumidos a nivel internacional.

Finalmente podríamos concluir que en nuestro continente en las últimas décadas se ha producido una escisión muy clara entre la institución del asilo y otras instituciones vinculadas con los movimientos de población como los migrantes en general, los refugiados, los apátridas, y los desplazados internos, sin importar las causales de dichos desplazamientos.

Sin embargo, las apuntadas diferencias en lo jurídico no pueden perder de vista que toda persona que se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado se encuentra protegida a la vez por los derechos humanos que surgen de los instrumentos internacionales porque es su propia condición humana la que lo constituye en titular de esos derechos.

[44] Informe nº 06/02 admisibilidad, Petición 12.071 Las Bahamas, 03.04.02.

LOS DESPLAZADOS FORZOSOS COMO GRUPO VULNERABLE SIN ESTATUTOS DE PROTECCION PRIVILEGIADA

Hugo Ignacio LLANOS MARDONES (Chile)*

Sumario: I. Introducción: II. Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. III. Desplazados internos y Derecho Internacional Humanitario. IV. La Responsabilidad de Proteger y el desplazamiento forzoso. V. Protección de civiles y desplazados internos. VI. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. VII. Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia a los Desplazados Internos en África. VIII. Ámbito interamericano. IX. La situación de los niños, las mujeres y las personas con discapacidad. X. Desplazados internos por cambio climático. XI. Desplazados internos y acuerdos de paz. XII. Conclusiones.

Resumen: El presente trabajo aborda la protección de los desplazados forzosos en el Derecho Internacional. Se examina el rol del Estado y de la comunidad internacional respecto de la protección y asistencia humanitaria a este grupo vulnerable. Asimismo, se revisan las principales normas que protegen a los desplazados internos, en particular Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, la responsabilidad de proteger y la protección de civiles. El análisis permite concluir que la protección de los desplazadosinternos es fragmentaria y dispersa y origina numerosas brechas de protección.

Palabras clave: desplazados forzosos– Principios Rectores de los Desplazamientos Internos–Protección de civiles–Convención de Kampala

Abstract: The present article deals with the protection of internally displaced person in International Law. The role of the State and the international community from the point of view of the protection and assistance of this vulnerable group is examined. The main norms that protect internally displaced persons, in particular the Guiding Principles on Internal Displacement and the Protection of civilians and internally displaced persons are reviewed as well. The analysis leads to conclude that the protection of internally displaced persons is fragmentary and scattered and presents numerous protection gaps.

Keywords: internally displaced persons–Guiding Principles on Internal Displacement–Protection of civilians–Kampala Convention

* Miembro de IHLADI. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Derecho Internacional Público, Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de Ginebra, Embajador de Chile en la República Islámica de Irán

I. Introducción

Se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.[1]

El fenómeno del desplazamiento interno es hoy una realidad consustancial al conflicto armado y a situaciones de violencia generalizada. A fines de 2016 el número total de desplazados internos debido a conflictos armados, violencia generalizada o violaciones de derechos humanos alcanzó a 40.3 millones de personas, según el documento *Global Trends, Forced Displacement en 2016*, publicado por ACNUR. Sólo en Siria, más de 6.6 millones de personas son desplazadas internos; mientras que 5.6 millones de personas huyeron del país.[2]

Las mismas causas pueden originar el desplazamiento de personas o grupos de personas a zonas fuera de su país de residencia, convirtiéndose éstos en refugiados. La diferencia entre desplazados internos y refugiados es que éstos han cruzado una frontera reconocida internacionalmente y por lo tanto gozan de protección internacional. Los desplazados internos, en cambio, quedan entregados a la protección de su propio Estado, el que puede haber causado su desplazamiento. Aparte de su propio Estado, los desplazados internos no gozan de protección jurídica específica. No existe ningún instrumento universal jurídicamente vinculante análogo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, que aborde la protección de los desplazados internos. La protección de los desplazados internos es, pues, fragmentaria y dispersa, y origina numerosas brechas de protección. Además, los desplazados internos tienen necesidades específicas distintas de los refugiados que requieren una protección particular.

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los desplazados internos ha enfatizado que la responsabilidad fundamental de proteger a la población de personas desplazadas dentro de las fronteras nacionales recae en los respectivos Estados,[3] así como la importancia que reviste garantizar la seguridad y la libertad de circulación de la población.[4]

[1] Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, Introducción: alcance y finalidad, párrafo 2.

[2] Al 31 de diciembre de 2015. IDCM, Syria Trapped in the country, and out of the picture.

[3] Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los desplazados internos, Asamblea General de Naciones Unidas, A/HRC/35/27, 18 de abril de 2017, párrafo 33.

[4] *Ibíd*., párrafo 8.

La brecha de protección se agudiza cuando el Estado respectivo no quiere o no puede asumir su responsabilidad frente a los desplazados internos, caso en el cual corresponde un rol subsidiario a la comunidad internacional.

Entre las fuentes que protegen a este grupo vulnerable, sin perjuicio del derecho interno, se encuentra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, en situaciones de conflicto armado.

II. Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos

El Estado tiene la obligación primaria de proteger y asistir a los desplazados internos. De acuerdo con los "Principios Rectores de los Desplazamientos Internos", instrumento que recoge el derecho existente en la materia. Estos principios no son jurídicamente vinculantes *per se*, sino que pertenecen al dominio de la *soft law*. Estos principios reafirman normas consuetudinarias del ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario vigente en la materia.[5]

Un Principio central es la prohibición del desplazamiento arbitrario, la que puede ser considerada una norma de Derecho Internacional general.[6] Los desplazados internos tienen derecho a solicitar y recibir protección y asistencia humanitaria de sus autoridades nacionales.[7] Interesa destacar que los desplazados internos tienen los mismos derechos que el Derecho Internacional reconoce a los demás habitantes del país y que no podrán ser objeto de discriminación por el mero hecho de ser desplazados internos.[8] Los Principios Rectores se agrupan en Principios Generales, Principios relativos a la protección contra los desplazamientos; Principios relativos a la protección durante el desplazamiento; Principios relativos a la asistencia humanitaria y Principios relativos al regreso, el reasentamiento y la reintegración.

En 1998, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó la Resolución 1998/50, en la que tomó nota de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos.

En 2004, la Organización de Estados Americanos hizo un llamado a los Estados Miembros para que consideraran los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos en el diseño de sus políticas públicas en la materia.[9]

---

[5] Elaborados por el Representante del Secretario General de Naciones Unidas sobre Personas Desplazadas, Francis M. Deng y presentados a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1998. En 2018 se cumplen 20 años desde la adopción de los Principios Rectores.

[6] *Vid*. el Principio 6.

[7] Principio 3, párrafo 2.

[8] *Vid*. el Principio 1, párrafo 1.

[9] AG/RES. 2055 (XXXIV–O/04) Desplazados Internos (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2004).

Los "Principios Rectores" fueron reconocidos por la Cumbre Mundial 2005 como "marco internacional de importancia para proteger a las personas desplazadas dentro de los países".[10]

Numerosos Estados han incorporado los Principios Rectores en sus legislaciones internas, reforzando así la protección jurídica de este grupo vulnerable.[11]

III. Desplazados internos y Derecho Internacional Humanitario

Existen normas del Derecho Internacional Humanitario que protegen a los desplazados internos durante su desplazamiento, siempre que éstos no participen o ya no participen directamente en las hostilidades.

El Derecho Internacional prohíbe el desplazamiento arbitrario. En efecto, el Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la Protección de Civiles en Tiempo de Guerra prohíbe los traslados en masa o individuales de índole forzosa, considerándolo como violación grave (art. 49), mientras que el Estatuto de Roma contempla la deportación o traslado forzoso de población como acto que puede constituir un crimen de lesa humanidad (art. 7, párrafo 1 letra d).

IV. La Responsabilidad de Proteger y el desplazamiento forzoso

Las situaciones de desplazamiento forzoso pueden llegar a constituir genocidio, crímenes de guerra, depuración étnica o crímenes de lesa humanidad si se configuran los supuestos de la noción de Responsabilidad de Proteger. En efecto, según la Cumbre Mundial 2005, "[c]ada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad…".[12] De acuerdo con la Responsabilidad de Proteger, la comunidad internacional tiene una responsabilidad subsidiaria si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población de los 4 crímenes.

Según el párrafo 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, "[l]a comunidad internacional, por medio de las Naciones Unidas, tiene también la responsabilidad de utilizar los 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

[10] Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 60/1 de 24 de octubre de 2005, Documento Final de la Cumbre Mundial 2005.

[11] *Vid*. National Instruments on Internal Displacement A Guide to their Development, Internal Displacement Monitoring Centre, 2013

[12] Párrafo 138.

depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. En este contexto, estamos dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por medio del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si los medios pacíficos resultan inadecuados y es evidente que las autoridades nacionales no protegen a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad...".

V. Protección de civiles y desplazados internos

En materia de paz y seguridad internacionales, la protección de los desplazados internos se inscribe en el ámbito de la protección de civiles en conflictos armados de la agenda del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Numerosos pronunciamientos de este órgano principal de Naciones Unidas han abordado la protección de los desplazados internos a través de resoluciones o declaraciones presidenciales que abordan diferentes aspectos de la protección de los desplazados internos. Tales pronunciamientos se han centrado en la agenda de países del Consejo de Seguridad y han tratado temas como el acceso humanitario, las soluciones duraderas, la prohibición del desplazamiento forzoso en situaciones de conflicto armado y establecimiento de sanciones para aquellos envueltos en situaciones de desplazamiento forzoso. Un autor ha observado la escasa preocupación del Consejo de Seguridad en materia de prevención del desplazamiento forzoso.[13]

Esta protección es especialmente relevante cuando el Estado no puede o no quiere proteger a los desplazados internos, en caso de acción de grupos armados o bien, en caso de violación de las obligaciones que incumben a las partes en conflicto respecto de la población civil.

VI. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes

La Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, emanada de la Cumbre de Naciones Unidas sobre los Refugiados y los Migrantes[14], destacó los vínculos entre el desplazamiento interno y los grandes movimientos de migrantes y refugiados:

> "Reconocemos el gran número de personas desplazadas dentro de las fronteras nacionales y la posibilidad de que esas personas soliciten protección y asistencia en otros países como refugiados o migrantes. Observamos que es necesario reflexionar sobre la adopción de estrategias eficaces para

[13] E. Ferrisy y S. Weerasinghe, The U.N. Security Council and Prevention of Displacement, 1º de diciembre de 2012.

[14] Celebrada en Nueva York, el 19 de septiembre de 2016.

garantizar de manera apropiada la prestación de asistencia a los desplazados internos y su protección y para prevenir y reducir esos desplazamientos"[15].

VII. Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia a los Desplazados Internos en África

En el plano regional, la Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia a los Desplazados Internos en África de 2009, conocida como la Convención de Kampala[16] es el primer instrumento convencional en el mundo que obliga a los gobiernos a proteger y asistir a las personas que han sido desplazadas internamente debido a los desastres naturales o producidos por el ser humano, incluyendo el cambio climático. La Convención se inspira en los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos e incorpora disposiciones relevantes del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Convención reafirma la responsabilidad primordial del Estado en materia de protección a los desplazados internos, al disponer que "[e]n los Estados Parte recae el deber primordial y la responsabilidad de brindar protección y asistencia humanitaria sin discriminación de ningún tipo a los desplazados internos que se encuentren en su territorio o jurisdicción". [17]

La Convención prohíbe los desplazamientos arbitrarios, consagra la no discriminación, establece la obligación de cooperación entre los Estados partes en la protección y asistencia a los desplazados internos, establece sistemas de alerta temprana en zonas de potencial desplazamiento, contiene obligaciones para los miembros de grupos armados en situaciones de conflictos armados, contiene disposiciones sobre soluciones duraderas, prevé mecanismos de compensación a los desplazados internos por daños incurridos como resultado de desplazamientos y establece un mecanismo de seguimiento de la Convención para supervisar y examinar la aplicación de los objetivos de la Convención (la Conferencia de los Estados Partes).

VIII. Ámbito interamericano

En el ámbito interamericano, mediante la resolución 2055 (XXXIV–O/04) la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos afirmó que los Estados tienen la responsabilidad fundamental de proporcionar protección y asistencia a las personas internamente desplazadas dentro de su jurisdicción, así como atender

[15] Párrafo 20, Resolución 71/1 de la Asamblea General de Naciones Unidas

[16] Adoptada por la Cumbre Extraordinaria de la Unión Africana celebrada en Kampala, Uganda el 22 de octubre de 2009. En vigor desde el 6 de diciembre de 2012. Cuenta actualmente con 27 Estados partes.

[17] Art. 5 párrafo 1.

según corresponda, las causas básicas de la problemática del desplazamiento interno y cuando lo requieran, en cooperación con la comunidad internacional. La misma resolución, junto con hacer suya la definición de desplazados internos de los Principios Rectores, alentó a los Estados Miembros "para que, a partir de estrategias integrales y duraderas, proporcionen protección y asistencia a las personas internamente desplazadas y a que faciliten los esfuerzos y el acceso de las agencias de las Naciones Unidas pertinentes, así como de organizaciones humanitarias".[18]

IX. La situación de los niños, las mujeres y las personas con discapacidad

La Asamblea General de Naciones Unidas ha subrayado la vulnerabilidad de las mujeres, niños y personas con discapacidad que son refugiados o desplazados internos. Esta "doble vulnerabilidad" los expone a discriminación y abusos sexuales y físicos, violencia y explotación y al reclutamiento y uso de niños por las partes en un conflicto armado en violación del Derecho Internacional aplicable. Los Principios Rectores se hacen cargo de esta vulnerabilidad y los hace titulares del derecho a la protección y asistencia requeridas por su condición y a un tratamiento que tenga en cuenta sus necesidades especiales.[19]

X. Desplazados internos por cambio climático

Según ACNUR, un promedio anual de 21,5 millones de personas han sido forzosamente desplazadas cada año desde 2008 por amenazas repentinas relacionadas con el clima, como inundaciones, tormentas, incendios forestales o temperaturas extremas.

Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos no se refieren explícitamente al cambio climático como causa de desplazamiento, sino a catástrofes naturales o provocadas por el ser humano. Es posible inferir que el cambio climático está cubierto a través de la referencia a las catástrofes naturales.[20]

En el Derecho Convencional la práctica es considerar explícitamente el cambio climático como causa de desplazamiento dentro de la categoría de desastres naturales o causados por el hombre. En efecto, la Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia a los Desplazados Internos en África de 2009 (Convención de Kampala), cuyo art. 5 párrafo 4 señala:

[18] AG/RES. 2055 (XXXIV–O/04) Desplazados Internos, (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2004).

[19] Principio 4, párrafo 2.

[20] Introducción: Alcance y Finalidad, párrafo 1.

"Los Estados Partes adoptarán medidas para proteger y asistir a las personas que han sido desplazadas internamente debido a los desastres naturales o producidos por el ser humano, incluyendo el cambio climático".

ACNUR se refiere, en cambio, a "las personas desplazadas en el contexto del cambio climático".[21]

El *Internal Displacement Monitoring Centre* (IDCM), trata el cambio climático como una causa de desplazamiento autónoma, separada de los desastres, al señalar que "el desplazamiento interno se refiere al movimiento forzado de gente dentro del país en el que viven. Cada año millones de personas son forzadas a huir de sus hogares o lugares de residencia habitual, incluyendo en el contexto de conflicto, violencia, proyectos de desarrollo, desastres y cambio climático, y permanecen desplazados dentro de sus países de residencia".[22]

XI. Desplazados internos y acuerdos de paz

Se ha propuesto que los derechos humanos e intereses de todos aquellos que se han visto forzados u obligados a desplazarse –refugiados y desplazados internos– sean integrados en la mayor medida posible en los procesos y acuerdos de paz[23], caso en el cual su estatuto de protección tendría la misma fuerza obligatoria que los acuerdos de paz en que se integren tales derechos e intereses.

XII. Conclusiones

1. La protección de los desplazadosinternos es fragmentaria y dispersa y origina numerosas brechas de protección. La protección y la asistencia humanitaria a los desplazados internos incumben al gobierno del país afectado. La comunidad internacional tiene un rol subsidiario en este ámbito.

2. Los desplazados tienen necesidades específicas distintas de los refugiados que requieren una protección particular. Los niños, las mujeres y las personas con discapacidad se encuentran en una situación de doble vulnerabilidad, la que debe ser tomada en cuenta por el Derecho Internacional.

3. Las brechas de protección pueden ser abordadas promoviendo la ratificación e implementación de los instrumentos relevantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario y de las resoluciones relevantes de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

[21] Climate change, disaster and displacement in the Global Compacts: UNHCR's perspectives, 2017.
[22] http://www.internal–displacement.org/internal–displacement/ Consultada el 29 de abril de 2018.
[23] Integrating Internal Displacement in Peace Processes, Brookings–Bern Project on Internal Displacement, Washington D.C., 2010.

En materia de paz y seguridad internacionales existe un evidente vacío en materia de prevención del desplazamiento.

4. Se sugiere destacar la importancia de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internoscomomarco internacional de importancia para proteger a los desplazados internos; promover su implementación y asimismo promover, cuando corresponda, la incorporación de los Principios Rectores en las legislaciones internas.

5. El desplazamiento por cambio climático debe ser considerado como causa autónoma de desplazamiento. El Derecho Internacional debe velar por la protección y asistencia de los desplazados internos por cambio climático.

6. Se sugiere alentar a los Estados respectivos a que ratifiquen la Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia a los Desplazados Internos en África de 2009 (Convención de Kampala).

7. Los acuerdos de paz proveen una oportunidad para integrar los derechos e intereses de los desplazados internos.

LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN SITUACIONES DE ESPECIAL VULNERABILIDAD COMO LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS MASIVOS

Amalia URIONDO DE MARTINOLI (Argentina)*

Sumario: I. Nociones introductorias. II. Precisión de conceptos. III. Medidas adoptadas en el ámbito del Mercosur. IV. Delimitación del tema. V. El derecho del niño a ser oído. VI. Adecuación de la legislación argentina.

Resumen: El objetivo de estos comentarios es reflexionar en clave de los derechos humanos, sobre los menores involucrados en movimientos migratorios masivos, que dan como resultado formas particularmente graves de desprotección y riesgo a sus vidas e integridad física. Se tendrá en consideración la situación de los derechos del niño en el contexto de la migración, en especial, el derecho que él tiene de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Los comentarios finalizan con la enunciación de las medidas legislativas argentinas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Palabras clave: migración– niños– vulnerabilidad– derecho a ser oído

Abstract: The purpose of these comments is to reflect on human rights, about minors involved in massive migratory flows, resulting conditions of particularly serious vulnerability and risk to their lives and physical integrity. The situation of children's rights in the context of migration will be taken into consideration, especially the right to express their opinion in every procedure where their rights are discussed, provided they are in a position to form their own judgment. The comments end with the enunciation of Argentine's legislative measures leading to the effective observance of these guarantees.

Keywords: migration– children– vulnerability– right to be heard.

I. Nociones introductorias

El objetivo de estos comentarios es reflexionar en clave de los derechos humanos, sobre los menores involucrados en movimientos migratorios masivos, que dan como resultado formas particularmente graves de desprotección y riesgo a sus vidas e integridad física. Con tal fin, se hace una descripción general de los menores migrantes o hijos de migrantes con base en manifestaciones de ciertos organismos internacionales. Luego, se delimitará el alcance conceptual de los términos utilizados

* Miembro del IHLADI

en la exposición. La siguiente etapa, es considerar la situación de los derechos del niño en el contexto de la migración, en especial, el derecho que él tiene de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Los comentarios finalizan con la enunciación de las medidas legislativas argentinas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Planteado el itinerario de los comentarios, conviene realizar algunas aclaraciones conceptuales básicas.

Si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía[1]. Los motivos que provocan que un menor esté en situación de no acompañado o separado de su familia son variados y numerosos e implican una mezcla de factores políticos, económicos y sociales. Entre ellos, figuran la movilización del niño con fines de reunificación familiar, para reagruparse con familiares que ya migraron; la persecución del menor o de sus padres; por afectaciones derivadas del crimen organizado; abuso familiar o extrema pobreza; cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; un conflicto internacional o una guerra civil; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; sin olvidar la venta por los padres y la búsqueda de mejores oportunidades económicas[2].

Estos colectivos se identifican particularmente sensibles a las lesiones de derechos humanos y, por tanto, particularmente vulnerables. En efecto, el nivel de vulnerabilidad de los niños resulta más alto porque a la situación de especial fragilidad por su condición de migrante se le suma la calidad de menor. El informe anual "Tendencias globales" del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) de 19 de junio de 2018, destaca que las guerras, la violencia y la persecución desarraigaron a 68,5 millones de hombres, mujeres y niños en todo el mundo**,** a fines de 2017. El mismo informe, analiza los desplazamientos forzados en base a los hechos recopilados por este organismo, los gobiernos y otros socios.

La Red Europea de Migraciones ha puesto de manifiesto que entre 2014 y 2017 llegaron 219.575 niños sin la compañía de un familiar adulto a la UE y Noruega y solicitaron protección. Además, al menos otros 48.000 de ellos llegaron al continente tanto por vía marítima como terrestre y quedaron fuera del sistema. Los principales países de origen son Afganistán, Siria, Eritrea, Iraq y Somalia y alrededor

[1] Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, Promoción y Protección de todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, incluido el Derecho al Desarrollo, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de mayo de 2009, párr. 19.

[2] Comité de los Derechos del Niño: Observación General nº 6 (1 de septiembre de 2005) "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen", apartado 2.

del 11% son niñas. Sus principales países de destino final son Alemania, Suecia, Italia, Austria y Hungría, calculándose que al menos 30.000 han desaparecido del sistema[3]. España fue, según ACNUR, el país mediterráneo al que más menores no acompañados llegaron en 2018, cerca de 5.500. El Gobierno español y el marroquí ya han puesto en marcha la devolución de menores marroquíes no acompañados acogidos en España. Esta medida supone la reactivación de un acuerdo con Marruecos de 2012 que el Ejecutivo trataba de resucitar tras el importante repunte de entradas irregulares[4].

A principios de este año, dijo UNICEF que a raíz de la crisis migratoria en Venezuela, se estima que 1,1 millones de niños y niñas –entre ellos los que han salido del país por los más diversos caminos, así como los que regresan a sus lugares de origen y los que viven en comunidades de acogida y de tránsito– necesitarán protección y acceso a los servicios básicos –atención de la salud y la educación– en toda la región de América Latina y el Caribe durante 2019[5]. Para hacer frente a los problemas que plantea esta migración a gran escala, el Gobierno de Ecuador firmó el 5 de noviembre de 2018 el protocolo de "Procedimiento de atención para menores y sus familias en contexto de movilidad humana", con énfasis en la atención del flujo de ciudadanos venezolanos[6]. El protocolo establece mecanismos de protección para los niños migrantes, tanto aquellos que llegan solos como los que vienen acompañados por sus familias, con o sin documentación oficial.

La situación es mucho más compleja por el déficit de datos sobre personas refugiadas, solicitantes de asilo, migrantes y poblaciones desplazadas internamente que ponen en peligro la vida y el bienestar de muchísimos niños en movimiento. Se estima que 28 millones de menores en todo el mundo vivían en situación de desplazamiento forzado en 2016, pero la verdadera cantidad que se vieron expulsados de sus hogares sigue siendo desconocida y es probable que sea significativamente más alta que la estimación, debido a los vacíos en los informes y los datos. En ausencia de referencias confiables, los riesgos y vulnerabilidades que enfrentan los niños en movimiento permanecen ocultos y sin abordar, privándolos de la protección y los servicios que necesitan[7].

Respecto a la deficiente información estadística, UNICEF, ACNUR, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) y la Oficina Europea de Estadística (Eurostat) han

[3] Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía *Derechos humanos en la Frontera Sur 2019: infancia migrante,* Sevilla (España), marzo 2019.

[4] M. Martín "El gobierno pone en marcha el proceso para devolver menores marroquíes", *El País*, Edición América, 23/04/2019.

[5] UNICEF, comunicado de prensa 4/04/19.

[6] Diario El telégrafo, 5 de noviembre de 2018 bajo esta dirección: https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/ecuador/1/ecuador–protocolo–menores–migrantes.

[7] Comunicado de prensa de UNICEF de 15 de febrero de 2018.

denunciado lagunas alarmantes. En el informe "Un llamado a la acción: proteger a los niños en movimiento comienza con mejores datos", los mencionados organismos muestran cuán cruciales son los detalles referidos a la edad, sexo y origen para comprender los patrones de migración global y desarrollar políticas para apoyar a grupos vulnerables como ellos[8]. Años atrás, la Corte IDH ya había acentuado la necesidad de crear una base de datos con el registro de los niños que ingresen al territorio nacional para una protección adecuada de sus derechos[9] sociales básicos, como la educación, la salud y la vivienda, entre otras muchas circunstancias.

Bajo esa óptica, se afirma que cuanto peores son las circunstancias en que se realiza la migración, más grandes son sus riesgos y más graves, de verificarse, son sus consecuencias. Es el caso de lo que padecen los pequeños cuando son evacuados, desplazados, refugiados o quedan atrapados en conflictos armados. Dice Dennis McNamara, ex encargado de Protección Internacional de ACNUR, que "los niños refugiados sufren un doble riesgo. En primer lugar, una negación de sus derechos humanos que los convierte en refugiados. Y como niños refugiados también suelen sufrir abusos al ser el grupo más vulnerable de una población de por sí vulnerable"[10]. De hecho, los niños migrantes irregulares son vulnerables no sólo por ser niños, sino también porque son migrantes y personas en situación irregular.

En palabras de ACNUR "[…] la condición irregular de un migrante no debe privarle del disfrute y el ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la Convención Americana y en otros instrumentos de derechos humanos. Es necesario resaltar la vulnerabilidad de los migrantes, la cual se ve exacerbada no sólo por el número limitado de países que han ratificado los instrumentos internacionales para su protección, sino también por la carencia de una organización internacional que tenga el mandato específico de proteger los derechos fundamentales de tales personas"[11].

Es pertinente, al respecto, lo señalado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución sobre "Protección de los migrantes", en el sentido que se debe tener presente "la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las

[8] Informe de ACNUR de 15 de febrero de 2018, "El masivo déficit de datos deja a los niños refugiados, migrantes y desplazados en grave peligro y sin acceso a los servicios básicos".

[9] Corte IDH: Opinión consultiva OC–21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", apartado 83.

[10] J.M. Petit, "Migraciones, vulnerabilidad y políticas públicas. Impacto sobre los niños, sus familias y sus derechos", Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) – División de Población, Serie 38, Santiago de Chile, mayo de 2003, p. 18.

[11] Corte IDH: Opinión Consultiva OC–18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos mexicanos: "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", p. 79.

dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular"[12]. La integración que se predica en el continente europeo, "es la asimilación cultural por parte del migrante, es decir: el migrante tiene que esforzarse en encajar en la sociedad de recepción, que no de acogida. Los menores pierden el sentimiento de pertenencia a la sociedad que les ha criado y cuidado y lo cambian por una sociedad que les ha dado todo gratis y sin obligaciones ni responsabilidades"[13]. A medida que aumenta el tiempo en que ellos están alojados en centros solo para menores extranjeros, donde faltan mediadores y psicólogos, como ha denunciado recientemente UNICEF, la mecha de la xenofobia también ha tardado poco en prender.

Si bien en el ámbito interamericano no existe un tratado específico sobre los derechos de niños migrantes, el derecho a la protección de la infancia lo establece el art. 7 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre[14]; y el derecho que todo niño tiene a las medidas de protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado, lo señala el art. 19 de la Convención americana sobre los derechos humanos de 22 de noviembre de 1969[15]. Asimismo, cabe apuntar que en el ámbito de la OEA existe un órgano especializado en la infancia, el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN). Como tal, asiste a los Estados en el desarrollo de políticas públicas, contribuyendo a su diseño e implementación desde el punto de vista de la promoción, protección y respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) en la región.

II. Precisión de conceptos

A fin de abordar la presente temática, considero esencial definir los términos que se utilizarán en estos comentarios:

Migración internacional: William Petersen ha señalado que: "el concepto que encierra la palabra 'migración' está virtualmente 'acribillado' por la ambigüedad", a su vez intentó avanzar en la elaboración de su significado al separar los dos momentos que forman parte del proceso de migración, observando que "la acción de establecerse en otro lugar de residencia, o sea, la inmigración, era precedida por

[12] Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/166 sobre "Protección de los migrantes", de 24 de febrero de 2000.

[13] A. Belattar, "Hijos de nadie, génesis de una generación perdida", El País, Edición América 5/04/19.

[14] Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia 1948.

[15] Los dos documentos figuran entre los que gozan de jerarquía constitucional según lo dispone el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina de 1994.

otra, la emigración, la cual implicaba no sólo un simple 'abandono´ de la propia comunidad, sino, además un cambio del marco sociocultural"[16].

Migrante irregular: persona que habiendo ingresado ilegalmente o tras el vencimiento de su visado, deja de tener status legal en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país o a cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor (también llamado clandestino/ ilegal/migrante indocumentado o migrante en situación irregular)[17].

Niño: se prefiere usar el vocablo niño dentro del cual, según la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989[18] (en adelante, CDN), quedarían comprendidos todos los seres humanos que no hayan alcanzado los dieciocho años de edad, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley (art. 1). En cambio, la definición de menor varía de unos países a otro. Circunscribimos la comparación a las legislaciones nacionales de los Estados miembros del Mercosur. El art. 25 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (que comenzó a regir en agosto de 2015) en sintonía con la solución convencional, acude también a ese punto específico de la vida para definir al menor de edad (18 años); mientras que denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años. El art. 2 del Estatuto del niño y del adolescente de Brasil (ley 8069 de 1990) establece que para los efectos de esta ley, se considera niño, a la persona hasta doce años de edad incompletos, y adolescente a la comprendida entre doce y dieciocho años de edad. El Código de la Niñez y la Adolescencia de Paraguay (Ley 1680/01) ha establecido la mayoría de edad a los dieciocho años, poniendo el sistema jurídico paraguayo en concordancia con la propia CDN. De acuerdo a la Ley 2.169/03, se considera niño a toda persona humana desde la concepción hasta los trece años de edad; adolescente a la que se encuentra entre los catorce y los diecisiete años; y, mayor de edad, a partir de los dieciocho años. Finalmente, el art. 1 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay, entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescentes los mayores de 13 y menores de 18 años de edad (ley 17.823, 26/08/2004). Como se aprecia, existen coincidencias pero también diferencias en cuanto a los límites temporales elegidos por los distintos ordenamientos estatales para definir a la persona menor de edad.

Niña o niño no acompañado: elque está separado de ambos progenitores y otros parientes y no está al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad[19].

---

[16] W. Petersen, *Population,* Nueva York, The MacMillan Company, 1975, p. 280.

[17] Derecho Internacional sobre migración. Glosario sobre Migración nº 7 de la OIM, Ginebra 2006, p. 43.

[18] La Convención ha sido incorporada en la Constitución Nacional Argentina de 1994 con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

[19] Comité de los Derechos del Niño: Observación General nº 6 (1 de septiembre de 2005), apartado 7.

Niña o niño separado: el que está separado de ambos progenitores o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede encontrarse acompañado por otros miembros adultos de la familia[20].

Sustracción internacional de menores: a los efectos de las convenciones que luchan contra este problema[21], se entenderá por traslado o retención ilícitos de un menor cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) este derecho se ejerciera, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se hubiera ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Tráfico internacional de menores: la Convención Interamericana que regula el tema (CIDIP V– México 18 de marzo de 1994) explica que dicha operación se integra con la referencia al acto o tentativa de sustraer, trasladar o retener un menor de un país a otro, con la finalidad ilícita y ánimo de lucro[22]. El tráfico queda definido cuando el intermediario ha recurrido a alguno de estos métodos: compra, consentimiento obtenido por fraude o por violencia, rapto, falsificación de identidad o filiación, con el propósito de lograr beneficios indebidos para sí o para terceros. El traslado concurre con delitos medios que se consuman en el país de la residencia habitual del menor (sustracción, falsificación documentaria, etc.) y delitos fines (corrupción, proxenetismo, explotación laboral, lesiones u homicidios para obtener órganos destinados a trasplantes, etc.) que se cometen en el país de destino del menor. Comprende la actividad realizada no sólo por individuos sino también por organizaciones nacionales o internacionales[23].

Trata de niños: la conducta consistente en "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación", también se configura en la hipótesis en la que no se utilice ninguno de los medios coercitivos enunciados en el apartado a) del art. 3 del Protocolo de las Naciones Unidas para

[20] *Ibid*: apartado 8.

[21] Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (aprobada por ley 23.857, BO 31/10/90), la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 15 de julio de 1989 (aprobada por ley 25.358, BO, 12/12/00) y el Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

[22] Aprobada por ley 25.179, BO, 26/10/99.

[23] El examen de la Convención puede verse en A. Uriondo de Martinoli, *Lecciones de Derecho internacional Privado. Relaciones de familia. Código Civil y Comercial de La Nación,* ed. Lerner, Córdoba, 2017, pp. 337-359.

prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo)[24].

Protección internacional: aquella protección que ofrece un Estado a una persona extranjera debido a que sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o de residencia habitual, y en el cual no pudo obtener la protección debida por no ser accesible, disponible y/o efectiva[25].

III. Medidas adoptadas en el ámbito del Mercosur

Las disposiciones dirigidas a facilitar la movilidad de las personas y la residencia en el Mercosur, se desarrollaron principalmente en dos espacios institucionales: el Subgrupo de Trabajo Nº 10 de Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad Social, coordinado por los Ministerios de Trabajo y la Reunión de Ministros de Interior y, en particular, el Foro Especializado Migratorio (FEM), creado en el segundo semestre de 2003, dependiente de la Reunión de Ministros de Interior. En el marco de este Foro, tuvo lugar la aprobación del Plan de Acción para la lucha contra la trata de personas.

a) Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados Partes del Mercosur

El respeto de los derechos humanos en las políticas migratorias, es un tema destacado en la agenda de los miembros del Mercosur[26] y del resto de los países de América Latina y el Caribe. Esto ha quedado demostrado a través de la firma, el 16 de diciembre de 2004, en Belo Horizonte (Brasil), del Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados Partes del Mercosur[27], la República de Bolivia

[24] El Protocolo de Palermo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000 (entrada en vigor el 25 de diciembre de 2003) y el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta, la prostitución y la utilización de niños en la pornografía. Los medios coercitivos mencionados en el art. 3, apartado a) del Protocolo de Palermo son: amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o 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" […].

[25] Corte IDH: Opinión consultiva OC–21/14 de 19 de agosto de 2014, apartado 37.

[26] De acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del art. 5 del Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el Mercosur, suscripto el 24 de julio de 1998, la República Bolivariana de Venezuela ha sido suspendida en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del Mercosur, a través de la decisión de 5 de agosto de 2017, San Pablo, Brasil.

[27] Acuerdo vigente el 10/10/12, Argentina lo aprobó por ley 26.382, promulgada de hecho el 10/06/08.

y la República de Chile[28]", frente a la necesidad de adoptar medidas para prevenir, detectar y penalizar el tráfico de personas y el tráfico ilícito de migrantes en la región.

El instrumento busca coordinar políticas de seguridad y de protección de derechos y asistencia a las víctimas a nivel regional, para combatir de forma eficaz los delitos transnacionales del tráfico ilícito de migrantes, es decir, el delito de la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del Acuerdo, del cual no sea nacional o residente, con el objeto de obtener algún beneficio financiero o material[29]. Entre las acciones previstas se incluyen el fortalecimiento de la cooperación, el intercambio de información y la acción conjunta entre las partes "para combatir con mayor eficacia esta actividad criminal de carácter típicamente transnacional"[30]. El Acuerdo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y se interpretará juntamente con dicha Convención y su Protocolo Adicional, en materia de tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

b) Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del Mercosur

En caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las Partes, se aplicará este Protocolo suscripto en Asunción, República de Paraguay el 20 de junio de 2005[31]. El documento promueve la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, como condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre los miembros. Para cumplir con su objetivo, establece la cooperación mutua a través de los mecanismos institucionales establecidos en el Mercosur e instituye la vía de las consultas entre los integrantes del bloque y con la Parte afectada en los supuestos en que ésta haya incurrido en graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales, en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos.

Ante el fracaso de las consultas, las demás Partes considerarán la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación

[28] MERCOSUR/CMC/DEC nº 37/04, Argentina aprobó el Acuerdo por ley 26.384, promulgada de hecho el 10/06/08.

[29] Cómo Trabajar en los Países del Mercosur: Guía Dirigida a los Nacionales de los Estados Partes del Mercosur / Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). [et al. – Brasília : MTE, 2010, p. 27; disponible en: http://www.mintra.gob.pe/migrante/pdf/Guia_trabajo_MERCOSUR.pdf

[30] Declaración de Asunción sobre tráfico de personas y tráfico ilícito de migrantes de 8 de junio de 2001.

[31] MERCOSUR/CMC/DEC 17/05. Mediante ley 26.109 (BO, 03/07/2006) Argentina aprobó el Protocolo de Asunción.

existente. Dichas medidas, adoptadas por consenso y comunicadas al país afectado, abarcarán desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones que de su texto emergen. Las medidas aplicadas a la Parte afectada, cesarán a partir de la fecha de la comunicación de que las causas que las motivaron fueron subsanadas, la cual será transmitida por los demás miembros que adoptaron tales medidas.

c) Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile

Junto a la normativa que facilita la libre circulación de las personas en las fronteras que abarca a casi toda Sudamérica, en la reunión realizada entre el 9 y el 11 de noviembre de 2002 en la ciudad de Salvador de Bahía, República Federativa de Brasil, fue aprobado este Acuerdo[32], produciéndose un salto cualitativo en el tratamiento de la cuestión. Se establece lo que puede considerarse como "un área de libre residencia" para los ciudadanos de sus Estados, con el requisito de acreditar su nacionalidad y falta de antecedentes penales. Se entiende como nacionales de un Estado parte, a quienes posean nacionalidad originaria o la hayan adquirido por naturalización y la ostenten desde hace cinco años como mínimo (art. 2).

El art. 9, en sus seis apartados, declara la igualdad de derechos civiles, sociales, culturales y económicos entre nacionales del país de recepción y nacionales de otros países firmantes; el derecho a ejercer cualquier actividad, por cuenta propia o por cuenta de terceros, en las mismas condiciones que los nacionales del país de recepción; el derecho a la igualdad de trato; el principio de reunión familiar; el derecho a transferir remesas a su país de origen; el derecho de los hijos de los inmigrantes, que hubieran nacido en el territorio de una de las Partes, a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad, de conformidad con las respectivas legislaciones internas y a gozar del derecho fundamental de acceso a la educación, aún en caso de que sus padres estén en situación irregular.

El Acuerdo permite una residencia temporaria inicial de dos años mediante la presentación de determinados documentos (pasaporte válido y vigente, partida de nacimiento, certificado que acredite la carencia de antecedentes judiciales y/o penales y/o policiales en el país de origen o en el de recepción si ya se encontrase en éste, etc.) a las autoridades migratorias del país donde se quiere residir o a las oficinas de

[32] MERCOSUR/CMC/DEC N° 28/02. Los presidentes de los cuatro países más Bolivia y Chile, en tanto países asociados, refrendaron este Acuerdo en la Declaración Conjunta Presidencial del Mercosur del 6 de diciembre de 2002. Aprobado en Argentina por ley 25.902, BO 16/7/2004; en Brasil por decreto legislativo 925 de 2005, DOU 16/9/2005; en Bolivia por ley 2831 de 2004, Gaceta Oficial nº 2653 de 27/9/2004; y Chile según comunicación al depositario del Acuerdo de 18/11/2005. El Acuerdo ha entrado en vigor porque ha sido ratificado por todos los Estados Partes (art. 14).

asuntos consulares de las representaciones diplomáticas del Estado donde se desea residir, en caso de que aún se esté en el lugar de origen (art. 4).

Con arreglo al art. 5, la residencia temporaria podrá transformarse en residencia permanente después de dos años, mediante la presentación del solicitante ante la autoridad migratoria del país de recepción, dentro de los noventa (90) días anteriores al vencimiento de aquélla, adjuntando una documentación específica (constancia de residencia temporaria, pasaporte válido y vigente, acreditación de medios de vida lícitos que permitan la subsistencia del aspirante y su grupo familiar conviviente, etc.). El derecho a residencia se aplica tanto a quienes desean ingresar como a los ya residentes, extendiéndose también a su familia.

Este instrumento constituye la más importante norma intergubernamental en la materia, y se presenta como el primer intento de establecer una política diferenciada para los ciudadanos pertenecientes al Mercosur en comparación con los ciudadanos de terceros países.

Su texto recoge el principio de la norma más favorable, por el cual sus disposiciones serán aplicadas sin perjuicio de las normas o disposiciones internas más benéficas para los inmigrantes (art. 11). La adhesión de la República del Ecuador[33], de la República del Perú[34] y de la República de Colombia[35]al Acuerdo de 2002, representa un gran impulso en la consecución de un espacio común en que los nacionales de la región puedan circular y residir, garantizando a todos sus derechos civiles, sociales y económicos en los países del bloque.

d) Estatuto de Ciudadanía

En diciembre de 2010, el Mercosur aprobó un plan de acción para concretar su Estatuto de la Ciudadanía (EC), en un plazo de diez años. A través de la Decisión N° 64/10 se creó dicho Estatuto durante la cumbre de Foz de Iguazú (Estado de Paraná, Brasil), que postula otros objetivos que tienen que ver con la implementación de una política de libre circulación de personas en la región; igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas para los nacionales de los Estados miembros.Es decir, se promueve en un marco normativo regional acciones destinadas a alcanzar condiciones de igualdad de acceso al trabajo, a la salud, y a la educación en el Cono Sur.

e) Plan Estratégico de Acción Social del Mercosur (PEAS)

Los gobiernos de la región decidieron también fortalecer la dimensión social de la integración, y de esa forma se concretó el PEAS mediante la Decisión N° 12/11.

[33] MERCOSUR/CMC/DEC N° 21/11.
[34] MERCOSUR/CMC/DEC N° 04/11.
[35] MERCOSUR/CMC/DEC N° 20/12.

La aprobación de este documento, pasó a constituirse en una iniciativa integral y conjunta, para reducir las asimetrías regionales en las temáticas sociales[36].

En el año 2012, el Mercosur aprobó un Programa de acciones y actividades para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes (NNA) y de sus familiares en el marco de las Directrices 3 y 4 del Eje II del PEAS (contenido en el Anexo), elaborado con la asistencia técnica del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH)[37]. EL Eje II está orientado a "Garantizar los Derechos Humanos, la asistencia humanitaria e igualdades étnico, racial y de género", y sus Directrices 3 y 4 establecen, respectivamente, el compromiso de los Estados a "asegurar los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, sin discriminación de género, edad, raza, etnia, orientación sexual, religión, opinión, origen nacional y social, condición económica, personas con discapacidad y de cualquier otra condición", y a "garantizar que la libre circulación en el Mercosur sea acompañada de pleno goce de los derechos humanos".

f) Corte IDH: opinión consultiva OC–21/14 "Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional"

Dentro de las acciones llevadas adelante, también es importante destacar la solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante, presentada por los Estados Parte del Mercosur como bloque (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) ante la Corte IDH en el mes de julio de 2011, en uso de la facultad que les otorga el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la que se declaró admisible en el mes de septiembre del mismo año. El texto fue elaborado con la asistencia técnica del IPPDH y aprobado en la XIX Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados (RAADH[38]) en el mes de abril del año 2011 en Asunción, Paraguay.

Se trató de una iniciativa sin precedentes en la región, que da cuenta del trabajo y del consenso previo de los Estados del bloque en esta materia, así como también de la articulación con otros actores relevantes en la temática. Concretamente, esta iniciativa procura que el tribunal interamericano establezca estándares precisos para garantizar los derechos humanos de los NNA que migran por motivos económicos, sociales, culturales o políticos en el continente.

[36] El PEAS está constituido por 10 Ejes fundamentales, con 26 Directrices Estratégicas y con 101 Objetivos prioritarios, que serán revisados a los cinco años de su aprobación inicial (Decisión N° 12/11) y constituye una herramienta fundamental para fortalecer la dimensión social de la región.

[37] El IPPDH fue creado por Decisión CMC N° 14/09 en el año 2009 con sede permanente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina.

[38] En el año 2004 y por decisión 40/04 del Consejo del Mercado Común, se crea la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR (RAADH) con el objetivo de velar por la plena vigencia de las instituciones democráticas, el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Finalmente, el 19 de agosto de 2014 la Corte IDH emitió la opinión consultiva OC–21/14 que resalta la prevalencia del régimen jurídico de infancia por sobre el migratorio, y fija importantes estándares que serán de gran utilidad en la realidad regional actual, estableciendo un piso mínimo de obligaciones de los Estados de origen, tránsito y destino que garanticen la protección de los derechos de los niños y niñas migrantes. En esta línea, la Corte ha precisado que las garantías de debido proceso se aplican a cualquier persona independiente de su edad y de su condición de migrante en situación irregular[39]. En consonancia con lo anterior, instituyó el principio de no privación de libertad de niños y niñas por su irregularidad migratoria. El pronunciamiento enfatiza que "los Estados no pueden recurrir a la privación de libertad de niñas o niños que se encuentran junto a sus progenitores, así como de aquellos que se encuentran no acompañados o separados de sus progenitores, para cautelar los fines de un proceso migratorio ni tampoco pueden fundamentar tal medida en el incumplimiento de los requisitos para ingresar y permanecer en un país, en el hecho de que la niña o el niño se encuentre solo o separado de su familia, o en la finalidad de asegurar la unidad familiar, toda vez que pueden y deben disponer de alternativas menos lesivas y, al mismo tiempo, proteger de forma prioritaria e integral los derechos de la niña o del niño"[40].

g) Guía Regional del Mercosur para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de NNA migrantes

Otro de los avances a nivel normativo lo constituye la elaboración de esta Guía Regional, que surge del Programa de acciones y actividades para garantizar los derechos de NNA migrantes y de sus familiares, en el marco del PEAS. La Guía fue diseñada en base al marco jurídico internacional y regional aplicable, a las obligaciones del derecho internacional y regional de los derechos humanos y, en particular, se han seguido los estándares establecidos por la Corte IDH en la citada Opinión Consultiva OC–21/2014[41].

Entre los principios rectores y las garantías procesales que contiene, pueden mencionarse los siguientes: el interés superior del niño; la igualdad y no discriminación; la no devolución; protección especial o de especialidad; el derecho a la unidad

[39] Corte IDH: OC 21/14, Capítulo VIII, Garantías de debido proceso aplicables en procesos migratorios que involucran a niñas y niños, párrafo 113.

[40] *Ibid*, Capítulo IX, Principio de no privación de libertad de niñas o niños por su situación migratoria irregular" párrafo 160.

[41] La Guía quedó formalmente aprobada (i) por el Foro Especializado Migratorio del Mercosur (FEM) en el marco de la Segunda Ronda de Reuniones Técnicas Preparatorias para la XXXVII Reunión de Ministros del Interior y Seguridad del Mercosur y Estados Asociados (RMI), llevada a cabo en Asunción del 03 al 05 de noviembre de 2015 y (ii) por la Comisión Permanente Iniciativa Niñ@Sur (CP Niñ@Sur) durante la XXVII Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos del Mercosur (RAADH) realizada el 25 y 26 de noviembre de 2015 en Asunción.

familiar; la no privación de la libertad; la garantía del debido proceso; la protección integral del niño durante el proceso migratorio; el derecho a ser escuchado; a recibir una información clara y detallada sobre sus derechos y la manera de ejercerlos a lo largo del procedimiento; asegurar la máxima celeridad en los procedimientos; la especialización de los funcionarios competentes; el acceso a patrocinio jurídico o asistencia letrada; nombramiento de un tutor en caso de niños no acompañados o separados; el derecho a recurrir las decisiones; asistencia por parte de las autoridades consulares de su país de origen y salvaguardas de confidencialidad[42]. Las funciones del tutor serán, entre otras: apuntalar el respeto y ejercicio efectivo de los derechos del NNA; brindar información sobre todas las decisiones y las evidencias presentadas y alegadas durante el proceso; garantizar los derechos que tienen a la participación durante todo el procedimiento; confirmar que el tutor sea el vínculo entre el niño y los organismos competentes e individuos que prestan la atención y cuidado.

Las iniciativas y pronunciamientos mencionados, promueven la articulación y el diálogo con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como una herramienta fundamental para la definición de estándares regionales para el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas en derechos humanos.

IV. Delimitación del tema

El marco normativo dentro del cual ha de moverse el diseño de las políticas públicas sobre el tema migratorio, viene dado por los tratados internacionales de derechos humanos, las constituciones nacionales y las disposiciones legales de desarrollo de estas últimas. En el ejercicio de la función de desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, la Corte IDH ha señalado que: el *corpus juris* del Derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)[43]. En esa labor interpretativa, la Corte busca también coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos, en este caso, para los niños en el contexto de la migración[44]. Es por tal razón, que estima necesario que los diversos órganos del Estado no sólo deben

[42] IPPDH y OIM: Iniciativas regionales para la identificación y atención de NNA migrantes. Memoria de taller. Ciudad de Asunción 13 y 14 de julio de 2016.

[43] Corte IDH: Opinión Consultiva OC–16/99 de 1 de octubre de 1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre "El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", apartado 115.

[44] Corte IDH: Opinión consultiva OC–21/14 de 19 de agosto de 2014, apartado 29.

limitarse a realizar un control de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también el correspondiente control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales respectivas, para así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos[45].

La necesidad de tutelar jurídicamente a la niñez, ha sido puesta de relieve en las Declaraciones de 24 de septiembre de 1924 (propuesta por la activista social británica Englantyne Jebb) y de 20 de noviembre de 1959 (aprobada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas). Sin embargo, el 20 de noviembre de 1989, con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), "se dio una verdadera transformación cualitativa en la interpretación, comprensión y atención de las personas menores de edad, y por consiguiente en su condición social y jurídica"[46]. Constituye el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante destinado a los menores de dieciocho años de edad que contiene, en términos de los derechos humanos, una serie de derechos universales que constituyen requisitos mínimos que toda sociedad debe garantizar a sus niños.

Es el tratado que posee mayor vocación de universalidad, lo cual "pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris comunis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia"[47]. A lo largo de los años alcanzó una amplia repercusión en la comunidad internacional, ya que ha sido ratificada por un gran número de países de culturas y sistemas jurídicos disímiles (Cf. Naciones Unidas: 196 Estados Partes). Cabe además destacar la existencia de un gran número de instrumentos convencionales y no convencionales que complementan la adopción de medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los niños en situación de vulnerabilidad[48].

---

[45] A partir del caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", 26/09/06, la Corte IDH fue precisando en su jurisprudencia el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad.

[46] Corte IDH: Opinión Consultiva OC–17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", p. 15

[47] Corte IDH: Opinión Consultiva OC–17/2002, de 28 de agosto de 2002, apartado 29, p. 53.

[48] Los tres Protocolos Facultativos de la CDN, el relativo a la participación de niños en los conflictos armados y sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000; y el concerniente al procedimiento de comunicaciones de 2011; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad, 1990); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio, 1990); las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de La Habana, 1990); Convenios de la OIT nº 138 sobre la edad mínima de admisión del empleo de 26 de junio de 1973 y nº 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 17 de junio de 1999, entre otros.

De la CDN se deriva la idea central de la concepción del niño como sujeto de derecho, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de protección. En particular, se consagran principios que resultan medulares en el contexto de la migración: el principio de no discriminación[49], la necesidad de atender el interés superior del niño[50], el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo[51], y el principio de respeto a la opinión del niño en todo procedimiento que lo afecte (por ejemplo, los procedimientos migratorios), de modo que se garantice su participación[52].

En la Observación General Nº 6 (2005), Título IV relativo a los Principios aplicables, el Comité de los Derechos del Niño ha manifestado de forma explícita que las obligaciones jurídicas del Estado Parte resultantes de la Convención, se extiende a los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) y se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción. "Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores –sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes– con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración"[53].

En el informe anual ante el Consejo de Derechos Humanos – 2 de junio de 2009– el relator especial de la ONU para los derechos de los migrantes, Jorge Bustamante, exhortó a los países de origen, de tránsito y destino de esas personas a proteger a los niños en cada paso del proceso migratorio. También subrayó la importancia de un marco legal adecuado para resguardar los derechos de los menores extranjeros no acompañados (Cf. art. 20.1 de la CDN). Así lo expresó: "Los Estados, sobre todo los de tránsito y destino, deben consagrar una atención especial a proteger a los niños indocumentados y no acompañados, así como a los que buscan asilo y a los

[49] El art. 2 de la CDN, prevé la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en dicho instrumento y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna.

[50] El párrafo 1 del art. 3 de la CDN, obliga a que el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las medidas que le conciernen.

[51] El art. 6 de la CDN, reconoce el derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Parte de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de la niña y del niño, Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la CDN (artículos 4, 42 –obligación de dar a conocer ampliamente el contenido de la Convención a los niños y a los adultos– y párrafo 6 del art. 44, –obligación de dar amplia difusión a los informes en el Estado Parte–) párrafo 12.

[52] Para mayor detalle puede verse A. Uriondo de Martinoli (Directora) *Migración internacional y relaciones familiares. Desafíos normativos en el Derecho internacional privado,* Ed. Lerner, Córdoba, 2016, pp 133/166.

[53] Comité sobre los Derechos del Niño: Observación General nº 6 (2005), p. 7.

que son víctimas del crimen transnacional organizado"[54]. El razonamiento se refuerza cuando el Comité Económico y Social Europeo afirma que, el aumento de la migración hace necesarias nuevas vías y estructuras de cooperación para hacer posible la protección de los menores más allá de las fronteras nacionales[55].

En relación con el retorno al país de origen de menores migrantes no acompañados y separados de su familia, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que "sólo podrá contemplarse en principio si redunda en el interés superior del menor", razón por la cual "Excepcionalmente, el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor". Asimismo agregó: "Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior". Por lo que establece que los Estados han de tomar todas las disposiciones necesarias para identificar a los menores, procurar su localización y designar a un tutor para garantizar el respeto de su interés superior[56].

Debido a cuestiones de espacio, el análisis se concentrará en el derecho que el niño tiene a ser oído en los asuntos que le conciernen, en la medida en que esto sea adecuado a tenor de su edad, grado de madurez y en función de su interés superior.

V. El derecho del niño a ser oído

De acuerdo a las definiciones brindadas por el Diccionario de la Real Academia Española (actualización 2018), escuchar significa prestar atención a lo que se oye; mientras que oír es percibir con el oído los sonidos. El Pacto de San José de Costa Rica en el art. 8. Garantías judiciales, apartado 1, consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Este reconocimiento debe ser interpretado en consonancia con el art. 12 de la CDN, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado del niño, con el objeto de que su intervención se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino[57].

[54] Informe de ACNUR de 2 de junio de 2009, "Relator de la ONU pide protección para niños migrantes".

[55] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)**",** [COM(2016) 411 final — 2016/019 (CNS)] (2017/C 125/06), apartado 2.8.

[56] Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 6 (2005), apartados 84, 86, 13 y 21.

[57] Corte IDH: caso "Atala Riffo y Niñas Vs. Chile". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 196.

En el marco de la niñez migrante, cobra fuerza la necesidad de reconocer el derecho del niño a ser escuchado por las autoridades competentes y de garantizar su observancia en cualquier procedimiento nacional y transfronterizo que le afecte, debido a su status migratorio o el de sus padres. Se distingue, por un lado, entre la cuestión de cuándo debe darse al niño la oportunidad de ser oído (cuando está en condiciones de formarse un juicio propio y expresar sus opiniones); por el otro, la cuestión de qué importancia debe dar la autoridad competente a esta opinión (lo que resulta de la edad y madurez del niño), matizando que esta obligación depende de las circunstancias de cada caso[58]. Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser calificada para tener debidamente en cuenta sus expresiones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas manifestaciones en el resultado del proceso[59]. Por cierto que expresar su opinión en los asuntos que lo afecten, es un derecho que no sólo atañe al niño decidir si quiere ejercerlo o no, sino que debe practicar dicho acto en forma libre, sin presión e influencia alguna.

El art. 12 de la CDN garantiza el derecho del niño a ser escuchado en todo proceso administrativo(atención de salud, educación) y judicial (separación o divorcio de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos) en los que se discuta alguno de sus derechos. Como bien lo explica la Observación General N° 5 (2003): "El escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los Estados hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten en favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los niños"[60]. Ellos podrán ser escuchados directamente o por medio de un representante (progenitores, abogados, maestros, trabajadores sociales, defensores del niño) o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Es preciso remarcar que el Comité de los Derechos del Niño "ha señalado el art. 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que

[58] Corte IDH: caso "Furlan y Familiares Vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 230.

[59] Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 12 (2009), "El derecho del niño a ser escuchado", apartado 28. La observación está estructurada de acuerdo a la distinción que el Comité hace entre el derecho a ser escuchado de cada niño individualmente y el derecho a ser escuchado aplicable a un grupo de niños.

[60] Comité de los Derechos del Niño: Observación General nº 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la CDN (artículos 4, 42 y párrafo 6 del art. 44) párrafo 12.

también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos"[61].

La Corte IDH expresó que se "[...] deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de su derechos. En esta ponderación, se procurará el mayor acceso en la medida posible, al examen de su propio caso"[62]. Queda así claro que la edad de los niños es tan sólo una pauta más a considerar, enfocándose la norma en la madurez suficiente para el acto en cuestión. El Comité de los Derechos del Niño, ha especificado que el ejercicio de ese derecho–garantía no puede estar condicionado a pisos mínimos etarios, por lo que "desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. Los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad".

Por consiguiente, la plena aplicación del precepto exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias[63]. Todo menor que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a ser oído en cada una de las diferentes etapas del proceso, aun no estando presente físicamente, recurriendo, en su caso, a medios alternativos, tales como la videoconferencia.

La Corte IDH agrega "que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto"[64]. Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha desarrollado ampliamente los estándares sobre los derechos de la niñez y debido proceso y sobre las garantías de niños migrantes, que son identificados como no acompañados o separados de su familia[65]. Sobre esta base, este organismo afirma que los procesos judiciales o administrativos que los involucren no podrán ser iniciados hasta tanto no haya sido nombrado un

[61] Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 12 (2009), apartado 2.

[62] Corte IDH: Opinión Consultiva OC–17/2002, de 28 de agosto de 2002, apartado, 102.

[63] Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 12 (2009), apartados 19 y 21.

[64] Corte IDH: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, fondo, reparaciones y costas, párrafo 199.

[65] Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 6 (2005) y Observación General N° 12 (2009).

tutor competente, aún en las zonas de frontera. Porque los Estados tienen el deber de designar un tutor para los niños no acompañados o separados de su familia lo antes posible y mantenerlo bajo su tutela hasta que llegue a la mayoría de edad, por lo general a los dieciocho años de edad; hasta que abandone permanentemente el territorio o la jurisdicción del Estado; o, en su caso, hasta que desaparezca la causa por la cual fue nombrado el tutor[66]. Asimismo, ha reconocido que los niños migrantes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, por lo que el derecho a ser oído debe adquirir gran relevancia, en particular, "respecto de sus expectativas de educación y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud"[67].

Por su lado, la Corte IDH refiere también, que al ser titulares del derecho a buscar y recibir asilo, comporta determinados deberes específicos por parte del Estado receptor, los cuales comprenden: " (a) permitir que la niña o el niño pueda peticionar el asilo o el estatuto de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo; (b) no devolver a la niña o al niño a un país en el cual puede sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad o integridad, o a un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre dicho riesgo; y (c) otorgar la protección internacional cuando la niña o el niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar ". Los Estados deben tomar en cuenta que las garantías del debido proceso y el derecho a ser oído se respeten de forma efectiva acordes a los principios de interés superior del niño y su protección integral. Las garantías incluyen, pero no están limitadas, a las siguientes: i) realizar la entrevista en un idioma que el niño pueda comprender; ii) contar con un intérprete o traductor que lo asista, en el supuesto de hablar una lengua distinta al del país donde se encuentre[68]; iii) disponer de personal altamente calificado para tratar con menores y facilidades adecuadas; iv) centrar la cuestión en las niñas y niños, sensible al género, y asegurar su participación; v) reconocer su cultura y considerar su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares; vi) proveer de asesoría legal en caso de ser requerida; vii) brindar información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene y sobre la continuación del procedimiento ; viii) adoptar la decisión evaluando su interés superior y fundamentarla adecuadamente; ix) reconocer el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal

[66] Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 6 (2005), apartado 33.

[67] *Ibid*, apartados. 41–43.

[68] Esta garantía debe ser particularmente respetada en el caso de niñas o niños pertenecientes a comunidades indígenas, a fin de asegurar un efectivo acceso a la justicia y tomar en cuenta "sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres" Corte IDH: caso "*Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*". Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63.

superior con efectos suspensivos; y x) determinar un plazo razonable de duración del proceso[69].

El Comité destaca que "debe darse a esos niños toda la información pertinente, en su propio idioma, acerca de sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos"[70]. Además de garantizar al niño migrante la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales gratuitos de representación legal, también deberá asegurarse que se respete su derecho a la asistencia consular, para lo cual todos los extranjeros deben ser informados de este derecho[71].

Constituye un límite del interés superior del niño, la imposibilidad de su invocación para justificar la inobservancia de los requisitos legales, demora o errores en los procedimientos judiciales[72]. La formulación del art. 3 de la CDN proyecta este interés superior hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial de los Estados parte, ya que deberán diseñar e implementar mecanismos adecuados a la edad y etapa evolutiva del niño para poder hacer efectivo este derecho. El Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la íntima relación existente entre el interés superior del niño y el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales, al señalar que no es posible una aplicación correcta del art. 3 (interés superior) si no se respetan los componentes del art. 12 (derecho a participar y que su opinión sea tenida en cuenta). "Del mismo modo, el art. 3 refuerza la funcionalidad del art. 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida"[73].

Desde un enfoque europeo, también se advierte el cumplimiento efectivo de las obligaciones resultantes del art. 6.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) que recoge el derecho a un proceso equitativo que abarca, entre otros, el derecho de las partes en el proceso a presentar las observaciones que consideren oportunas para el asunto. Mediante la sentencia de 11 de octubre de 2016, dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), se ha condenado el Estado español a indemnizar a la madre por daños morales a causa de la negativa de los tribunales nacionales a escuchar personalmente a las niñas durante el procedimiento de divorcio de sus padres.

---

[69] Corte IDH: Opinión consultiva OC–21/14 de 19 de agosto de 2014, párrafos. 81 y 85).

[70] Comité de los Derechos del Niño: Observación General N° 12 (2009), apartados 123 y 124.

[71] Corte IDH: Opinión Consultiva OC–18/03, "*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*", apartado 120.

[72] Corte IDH: caso " *Fornerón e hija v. Argentina* ", sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 105.

[73] Comité de los Derechos del Niño: Observación General nº 12 (2009), apartado 74.

En el asunto "*Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias c. España*"[74],seha declarado que establecer un régimen de custodia sobre dos niñas, entonces de 13 y 11 años de edad, en un procedimiento contencioso de divorcio, sin haberlas escuchado personalmente en el marco del procedimiento, vulnera sus derechos a ser oídas en juicio del art. 6.1º del Convenio Europeo. Por lo que se refiere a la audiencia de los niños por un tribunal, el TEDH considera que "sería ir demasiado lejos decir que los tribunales nacionales están obligados a escuchar al niño en cualquier caso en el que esté en juego el derecho de visita de un progenitor que no tiene atribuida su custodia." Asimismo, señala que esta obligación, "depende de las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta debidamente la edad y la madurez del menor (Sentencia *Sahin c. Alemania*[GC], n o 30943/96, § 73)"[75]. En concreto, estima que el juez de instancia se había limitado a examinar la opinión que la hija mayor había expresado al equipo psicosocial, así como a utilizar los informes anteriores procedentes del procedimiento de separación, para explorar la opinión de la hija menor de la solicitante, pero sin escucharla personalmente.

En consecuencia, el TEDH resuelve que la negativa a escuchar al menos a la mayor de las menores, así como la ausencia de toda motivación para rechazar la pretensión de ambas hijas de ser oídas directamente por el juez que debía decidir sobre el régimen de visitas del padre, ha privado indebidamente a la actora de su derecho a que sus hijas menores sean oídas personalmente por el Juez competente, a pesar de las disposiciones legales aplicables, en el caso: Código Civil español (art. 92); ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (art. 770.4) y art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor[76]y sin que tal situación haya sido repuesta por las instancias superiores que han conocido del conflicto. Con esta actuación, el TEDH puntualiza que los tribunales nacionales no han garantizado a la actora su derecho a un juicio equitativo, conforme al art. 6.1 del Tratado.

VI. Adecuación de la legislación argentina

Con la incorporación de Argentina al sistema interamericano de derechos humanos, se aceptó el compromiso de realizar el control de convencionalidad de la legislación interna que debía adoptar y seguir los lineamientos interpretativos de la Corte IDH. En línea con lo expresado, este organismo ha manifestado reiteradas veces que: "en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su

[74] Ministerio de Justicia, Sección tercera, (Demanda nº 23298/12).
[75] *Ibid,* apartado 36.
[76] *Ibid,* SecciónII. El derecho interno e internacional y la práctica interna aplicables.

ordenamiento jurídico interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas"[77].

En el año 1994, la obligación de garantizar la audiencia a los menores alcanza en nuestro país rango constitucional, cuando se incluye la CDN en la nómina de los tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional). Además, se han introducido medidas legislativas que exigen y promueven la intervención de los niños en los asuntos que los afecten.

a) Ley 26.061 de Protección integral de niños, niñas y adolescentes

La primera parte de la ley[78] explicita los principios generales que la sustentan, en armonía con los estándares provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente de la CDN: universalidad, no discriminación, pro persona, irrenunciabilidad, indivisibilidad e interdependencia. Asimismo, recoge el principio general del art. 12 de la CDN, e incorporó al art. 3– como recaudo integrante del concepto de interés superior– el derecho de los niños a "ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos", respetando "su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, y demás condiciones personales". Este derecho se extiende al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

El art. 27 en el inciso c), instituye una figura novedosa, el abogado del niño preferentemente especializado en materia de niñez y adolescencia, entre las garantías mínimas que el menor tiene en cualquier etapa del procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. El perfil y la formación de este abogado, que interviene de manera independiente de los progenitores o representantes legales, debe revestir un gran conocimiento en derecho de familia, en derecho de la niñez y en derechos humanos de los niños. Si no se contara con recursos suficientes para afrontar dicha representación "el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine".

A pesar de que la ley 26.061 ha sido sancionada en el año 2005, con posterioridad a la ley nacional de migraciones 25.871 (BO, 21/01/ 04)[79], en su texto no se encuentran referencias explícitas a los derechos, situación o necesidades particulares que puedan tener los niños migrantes o hijos de migrantes.

[77] Corte IDH: caso "*Cinco Pensionistas*", Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 164; caso "Cantos", Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 59; y caso "*Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*", Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 213, entre otros

[78] BO, 26/10/05.

[79] La ley fue reglamentada en mayo de 2010, Decreto 616/2010.

b) Ley nacional de migraciones 25.871

Los lineamientos y propósitos de esta ley, señalan que la política migratoria necesariamente debe enmarcarse dentro de los compromisos internacionales asumidos por la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes. A tal efecto, reconoce el derecho a migrar como esencial e inalienable de la persona e incorpora el principio de no discriminación. Entre sus objetivos, resalta de manera específica el derecho a la reunificación familiar y a favorecer las iniciativas tendientes a la integración de los migrantes, entre ellas, las expresiones relativas a la vida cultural, religiosa, etc.; circunstancias que pueden tener un impacto central en la protección de los derechos de los niños migrantes y de los hijos e hijas de las personas migrantes (art. 3). Entre los cambios más significativos que aportó la ley, que suponen una situación jurídica sustancialmente más favorable para la niñez migrante, se destacan el reconocimiento de los derechos a la educación y a la salud (arts. 7 y 8) y la igualdad de derechos sociales y del acceso a la justicia (art. 6). Estas disposiciones conceden estos derechos a todas las personas, prohibiendo expresamente su negación o restricción debido a cualquier irregularidad migratoria.

No obstante, del texto de la ley surge que algunos derechos o estándares internacionales que se aplican a la niñez, y cuya fuente principal es la CDN, no fueron tenidos en cuenta: por ejemplo, el derecho de todo niño a ser oído, que es un principio central recogido en el art. 12, no parece haber sido especialmente considerado al momento de diseñar los procedimientos migratorios (de admisión, residencia y expulsión), de modo de asegurar su adecuada participación en los procesos que lo afecten, como podría ser la eventual expulsión o deportación de sus padres o de toda la familia. Ante este silencio, resulta aplicable la Ley de protección integral (26.061) en los incisos a), b) y d) de su art. 27, por cuanto se receptaron las directivas de la CDN y de las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño[80], al prever la obligación de establecer mecanismos en los que los niños puedan ser escuchados por las autoridades competentes, como así también el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de adoptar decisiones que les incumban, y a posibilitar su participación activa durante todo el procedimiento.

La ley nada dispone respecto al retorno al país de origen de menores migrantes no acompañados y separados de su familia. Tampoco hace alguna alusión a la posible intervención de autoridades u organismos en materia de infancia –de manera exclusiva o en coordinación con la Dirección Nacional de Migraciones– en casos relativos a los niños migrantes, ni organiza en forma explícita aspectos relativos al derecho a la identidad de ellos. Llama la atención que entre los principios de derechos humanos que han sido incorporados a esta ley (como el principio pro homine

[80] Comité de los Derechos del Niño: Observación General nº 6 (2005), párrafo 25 y Observación General nº 12 (2009), en especial, los párrafos 57 a 67, 123 y 124.

del art. 28 y el principio de no discriminación del art. 13) no haya sido incluido el principio de interés superior del niño, porque "este principio resulta esencial para la protección de la infancia y la adolescencia y debe guiar el diseño y la ejecución de cualquier política pública que pueda afectar sus derechos". Sobre la base de este razonamiento, se determinó la nulidad de la resolución que declaró irregular la situación migratoria de la mujer de nacionalidad boliviana que tiene dos hijas menores de edad, ambas de nacionalidad argentina (12/08/2015)[81]. Si bien la Ley de Migraciones supuso un cambio trascendental en materia de derechos humanos de las personas migrantes, carece de una perspectiva específica hacia la niñez en el contexto de la migración.

En el mes de octubre de 2011, la Dirección Nacional de Migraciones adopta la Disposición 2656/11 (en vigencia desde noviembre del mismo año), la cual prevé que a los niños y niñas extranjeros menores de 14 años que no cuenten con autorización para el ingreso al país se les otorgará una autorización provisoria de permanencia y deberán ser puestos a disposición de la autoridad competente en materia de niñez a los fines de su guarda provisoria[82].

En el marco de las Observación General N° 6 (2005) "Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen" del Comité de los Derechos del Niño, se inscriben las medidas impulsadas por la Defensoría General de la Nación (DGN), que en los últimos años creó distintas comisiones de asistencia a migrantes, refugiados y NNA. Por Resolución DGN N° 841/06, el 22 de junio de 2006 fue creada la Comisión de Seguimiento del tratamiento institucional de NNA, la cual supervisa todo tipo de instituciones (residencias de convivencia e integración comunitaria, hogares, residencias juveniles, comunidades terapéuticas, etc.) en las que se encuentren personas menores de edad separadas de su medio familiar, primordialmente aquellas donde haya niños y/o jóvenes alojados a disposición de la justicia nacional y/o federal.

c) Código Civil y Comercial de la Nación

La Corte IDH ha señalado que los niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal,

[81] Juzgado en lo Contenciosos Administrativo Federal N° 5 "CC,R". Causa N° 43.011/2013. En el año 2000 una mujer de nacionalidad boliviana ingresó a la Argentina. En agosto de 2008 fue condenada por un tribunal a la pena de cuatro años y seis meses de prisión. Por esa razón, cuatro meses más tarde, el Ministerio del Interior –en el marco de un expediente de la Dirección Nacional de Migraciones– declaró irregular la permanencia de la mujer en el país y ordenó su expulsión y prohibición de reingreso por el término de ocho años. Ministerio Público de la Defensa. Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. Boletín Jurisprudencia, marzo 2017.

[82] Informe elaborado por UNICEF y Centro de derechos humanos de la Universidad Nacional de Lanús: "Niñez, migraciones y derechos humanos en Argentina. Estudio a 10 años de la ley de migraciones", noviembre 2013, pp. 20/45.

en particular comprensión sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor[83]. En tal sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación[84](en adelante, CCCN) introduce en el art. 26 el concepto de autonomía progresiva de la persona menor de edad y le concede el derecho a ser oída en todo proceso judicial que lo afecte directamente, así como a participar en las decisiones sobre su persona. De acuerdo a lo establecido en la última oración de la disposición procesal contenida en el art. 707: "Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso". El principio de autonomía progresiva también esta receptado en los artículos 3, 24 y 27 de la ley 26.061.

Auténtica piedra angular de la serie de normas del CCCN, es el principio del interés superior del niño (art. 3, CDN), ya que a partir de éste es que se construyen las instituciones de protección de la infancia en la realización de sus derechos. El derecho del menor de edad a ser oído, se especifica en el CCCN con relación a distintos institutos relativos a la Persona humana (Libro Primero. Parte general) y a las Relaciones de familia (Libro Segundo):

i) Apellido: el art. 66 habilita a quien cuenta con edad y grado de madurez suficiente, a solicitar la inscripción en el Registro del apellido que estuviere usando en el caso especial que no tuviera uno.

ii) Tutela: el art. 113 impone al juez la obligación de oír previamente al niño o adolescente y tener en cuenta sus manifestaciones según su edad y grado de madurez, para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión sobre las cuestiones que le atañen, y decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

iii) Matrimonio: de conformidad con lo señalado en el art. 403, inc. f), resulta una causal de nulidad relativa haber contraído matrimonio sin haber alcanzado la edad de 18 años. Están legitimados para demandar la nulidad relativa del acto matrimonial, el cónyuge menor de edad y los que, en su representación, podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. En este último caso, es imperativo para el juez oír al adolescente y, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, hacer lugar o no al pedido de nulidad (art. 425, inc. a).

iv) Adopción: en la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, el art. 608, inciso a), incluye entre los sujetos del procedimiento con carácter de parte, el NNA si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada. Mientras que el art. 609 entre las reglas de procedimiento, dispone como obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el NNA cuya situación de adoptabilidad se tramita.

[83] Corte IDH: caso "*Furlan y Familiares vs. Argentina*", párr. 203, y caso "Mendoza y otros vs. Argentina", párr. 143. *Vid.* también, Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº 7 (2005): "Realización de los derechos del niño en la primera infancia", apartado 17.

[84] Ley 26.994/ 2014.

En cuanto al juicio de adopción, el art. 617 detalla las reglas mínimas que se deben aplicar a todo el procedimiento. El precepto indica que el pretenso adoptado que cuenta con edad y grado de madurez suficiente es parte en el proceso de adopción, debiendo contar con asistencia letrada (inc.a); el juez lo debe oír personalmente y tener en cuenta la opinión según su edad y grado de madurez (inc. b); y que el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso para que el acto se perfeccione (inc. d), concordantemente con lo dispuesto en el art. 595 inc. f).

Coherente con el principio del respeto a la identidad, el art. 596 determina que el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. El art. 598, enfatiza que la existencia de descendientes de los pretensos adoptantes no impide la adopción, y se les confiere participación, pues deben ser oídos por el juez, valorándose su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez.

Las reglas jurídicas que administran el apellido del hijo por adopción plena, también exigen al juez valorar especialmente la opinión del adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente (art. 626, inc. d). En la forma simple, si el adoptado reúne iguales requisitos referidos a la edad y grado de discernimiento suficiente puede solicitar se mantenga el apellido de origen (art. 627, inc. d). Finalmente, el art. 635 en el inciso c), anuncia la nulidad relativa de la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas al derecho del NNA a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.

v) Responsabilidad parental: el título VII relativo a las relaciones jurídicas entre progenitores e hijos, inicia su articulado con la definición de la responsabilidad parental. Seguidamente, entre los principios generales por las que se rige y que constituyen una norma clave en la materia, se encuentra el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 639, inc. c).

El art. 643, prevé la posibilidad excepcional de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, bajo la condición que el acuerdo con la persona que acepta la delegación sea homologado judicialmente, resultando ineludible oír la opinión del hijo. En el art. 645, último párrafo, se torna explícito el principio de autonomía progresiva, al imponer que en los supuestos en que cualquiera de los actos que requieren del consentimiento expreso de ambos progenitoresinvolucre a hijos adolescentes[85], es preciso recabar su consentimiento.

[85] El CCCN en el art. 25 denomina adolescente a la persona menor de edad (que no haya cumplido 18 años) que cumplió trece años.

El Capítulo 3, aborda en dos artículos los principios básicos del ejercicio de la responsabilidad parental. Los deberes de los progenitores están puntualizados en el art. 646, cuyo inciso c) obliga a "respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos".

El Capítulo 4, se ocupa de los deberes y derechos de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo, introduciendo el concepto de cuidado personal. En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el inciso c) del art. 653, manda al juez a ponderar la opinión del hijo. También está prevista la participación del hijo en el plan de parentalidad que pueden presentar los progenitores relativo a su cuidado, así como en su modificación (art. 655, último párrafo)[86].

vi) Procesos de familia: estos procesos han sido regulados en el Título VIII, "Procesos de familia", del Libro II, "Relaciones de familia" del CCCN. Según las circunstancias del caso, existen tres instrumentos procesales para que el NNA que es capaz de formarse su propia opinión la exprese libremente en todos los procesos que le afecten directamente: la entrevista personal con el juez y el asesor, las entrevistas con el equipo técnico interdisciplinario, en situaciones determinadas, y el abogado del niño[87].

d) Protocolo de actuación para el funcionamiento de los convenios de sustracción internacional de niños

El 12 de diciembre de 2016, se adoptó este Protocolo concerniente a los Convenios de La Haya de 25 de octubre de 1980[88] y de 19 de octubre de 1996[89] y a la Convención Interamericana de 15 de julio de 1989[90], para dar una respuesta adecuada, oportuna y eficiente a los casos de sustracción internacional de niños. La estructura del Protocolo yace en ciertos principios rectores, entre los que se mencionan, de forma expresa, el interés superior del niño y el reconocimiento del derecho que él tiene de participar activamente y a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, en función de su edad y grado de madurez y, de ser posible, con el auxilio de equipos técnicos especializados en niñez y adolescencia. Para que el niño tome conciencia de cómo influirá su participación en la

[86] G. Caramelo/S. Picasso/M. Herrera, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado,* 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015.

[87] G. Medina, "El proceso de familia en el código unificado", Revista Reformas legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial. Año 1. N° 3, agosto 2015, p. 41.

[88] Sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[89] Relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

[90] Sobre restitución internacional de menores.

decisión que se obtenga, se debe asegurar que reciba toda la información respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar.

e) Ley sobre procedimiento para la aplicación de los convenios de restitución de NNA y régimen de visitas o contacto internacional

El 21 de diciembre de 2016, se sancionó en la Provincia de Córdoba esta ley, cuyos rasgos distintivos descansan en la enunciación de principios sustantivos y procedimentales para su interpretación y aplicación. Entre los segundos, sobresale el derecho del NNA a participar activamente en todo el procedimiento judicial por sí mismo o con el asesor de familia o asesor letrado –según corresponda– y del abogado defensor si lo tuviere, para que lo asista y represente en la causa. Sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público de la Defensa, por intermedio del asesor de familia o asesor letrado –según corresponda– y del Ministerio Público Fiscal que son partes necesarias en el procedimiento dentro del ámbito de su competencia funcional (arts. 12, 13 y 14).

En síntesis, puede advertirse que el marco normativo descripto ha procurado subrayar tanto las medidas legislativas adoptadas en Argentina en los últimos años que garantizan que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño en el ejercicio de sus derechos, como aquéllas que acusan un déficit en el enfoque de la niñez en el diseño de la política migratoria.

Deseo finalizar estos comentarios con las elocuentes palabras del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Filippo Grandi: "Estamos en un punto de inflexión y para que la gestión del desplazamiento en el mundo tenga éxito es necesario un nuevo enfoque mucho más integral, que no deje solos a los países y a las comunidades frente a estas situaciones"[91].

[91] A. Edwards, Informe anual, tendencias globales de ACNUR, Ginebra, Suiza, 19 de junio 2018.

ARTÍCULOS

LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL VISADO DE TRÁNSITO AEROPORTUARIO EN EL CÓDIGO DE VISADOS

Gustavo ALONSO MARTÍNEZ*

Sumario: I. Introducción. II. La zona internacional de tránsito de los aeropuertos. 1. Definición de zona internacional de tránsito de los aeropuertos. 2. La zona de tránsito aeroportuario como ficción de territorio liminar interior. 3. La ficción liminar interior en decisiones judiciales. III. El visado de tránsito aeroportuario como mecanismo específico de control migratorio. 1. La excepción al anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional. 2. El visado de tránsito aeroportuario como mecanismo de control migratorio. 3. Visado de tránsito aeroportuario y externalización del control de personas. IV. Nacionales de terceros países sometidos a la obligación de visado de tránsito aeroportuario. 1. La lista general del anexo IV del Código de visados. 2. La lista especial de cada Estado miembro. 3. Los países sometidos a la obligación de visado de tránsito aeroportuario por parte de España. V. Exenciones al requisito de visado de tránsito aeroportuario. VI. El caso particular del tránsito aeroportuario en el aeropuerto Adolfo Suárez–Madrid Barajas. VII. Competencia para el examen y decisión sobre las solicitudes de visados de tránsito aeroportuario. 1. Competencia orgánica y material. 2. Documentación particular para las solicitudes de visado de tránsito aeroportuario. 3. Expedición del visado de tránsito aeroportuario: modalidades. VIII. Estadísticas de visados de tránsito aeroportuario. IX. El visado de tránsito aeroportuario en Derechos español. X. Conclusión.

Resumen: El visado de tránsito aeroportuario tal y como está regulado en la normativa UE se configura como una autorización específicamente establecida para combatir prácticas migratorias irregulares y en particular para evitar los riesgos derivados de las solicitudes de asilo de carácter abusivo. La particularidad más destacable de este tipo de visados reside en que su titular únicamente está facultado a efectuar un tránsito por los aeropuertos de los Estados miembros correspondientes, no estando habilitado a cruzar las fronteras exteriores de los mismos. Esta característica propia del visado de tránsito aeroportuario determina que la base jurídica sea diferente a la de los demás tipos de visados regulados en el Reglamento (CE) nº 810/2009 o Código de visados. El visado de tránsito aeroportuario ha estado igualmente asociado a los problemas derivados de la existencia de una ficción jurídica que algún sector de la doctrina ha denominado ficción de territorio liminar interior, generándose una problemática que incide en el campo de los derechos humanos, entre otros, la cual ha tenido reflejo en algunas decisiones judiciales. El principio de libertad de tránsito consagrado en el anexo 9 del Convenio de la Organización de la Aviación Civil Internacional encuentra un límite precisamente en el visado de tránsito aeroportuario, el cual se emplea de manera limitada imponiéndose a los nacionales de un número comparativamente reducido de nacionales de terceros países sobre la base de una lista general común y de una lista conformada por cada Estado miembro. La

Fecha de presentación del original: 31 de mayo de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 15 de septiembre de 2019.

* Agente diplomático de España en Afganistán. Máster en Derecho Internacional por la UCM. Doctorando en Derecho internacional y europeo en la Universidad Complutense de Madrid.

exigencia general del visado de tránsito aeroportuario conoce no obstante algunos elementos que flexibilizan esta obligación reconociéndose supuestos de exención a una categoría amplia de sujetos.

Palabras clave: Visado. Tránsito aeroportuario. Frontera. Código de visados. Libre tránsito.

Abstract: The airport transit visa as provided in the EU regulations is configured as an authorization specifically established to counter irregular migration practices, especially to prevent the risks derived from asylum petitions of abusive character. The most notable feature of this type of visa is that its holder is only authorized to make a transit through the airports of the corresponding Member States, not being allowed to cross their external borders. This characteristic of the airport transit visa makes its legal basis different from other types of visas regulated by the Regulation (CE) nº 810/2009 or Visa Code. The airport transit visa has been equally associated with problems derived from the existence of legal fiction that some sector of the doctrine calls fiction of inner liminal territory, resulting in problems affecting among others, the field of human rights, which has been reflected in some judicial decisions. The principle of freedom of transit established in the annex nº 9 of the International Civil Aviation Organization finds its limit precisely in the airport transit visa, which is used in a very limited manner over citizens of a reduced number of third countries on the basis of a general common list and a list prepared by each member state. The general requirement of airport transit visa recognizes however, certain elements that make this obligation more flexible, recognizing cases of exemption for a broad category of subjects.

Keywords: Visa. Airport transit. Border. Visa code. Free transit.

I. Introducción

El visado de tránsito aeroportuario[1] es objeto de definición en el art. 2.5 del Código de visados[2] como el visado válido para transitar por las zonas internacionales de tránsito de uno o varios aeropuertos de los Estados Miembros.

El visado de tránsito aeroportuario, el cual se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Código de visados a tenor del art. 1.3, es objeto de regulación específica en su Título II denominado *Visado de tránsito aeroportuario*, el cual comprende un único artículo, el art. 3. Asimismo, los arts. 5, 14, 21, 22, 26, 31, 48, 53 y 56 contienen disposiciones sobre el visado de tránsito aeroportuario.

Los dos ámbitos materiales principales del visado de tránsito aeroportuario que regula el Código de visados son, de un lado, la determinación de los terceros países cuyos nacionales están sometidos a este requisito, y de otro, la regulación del procedimiento y condiciones para la expedición de este tipo de visado.

[1] En la nomenclatura técnica el visado de tránsito aeroportuario lleva el código A/TAP/VTA.

[2] Reglamento (CE) nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), DO, L 143 de 15 de septiembre de 2009, p. 1, modificado por el Reglamento (UE) 2019/1155 del Parlamento y del Consejo de 20 de junio de 2019 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 810/2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), DO, L 188 de 12 de julio de 2019, p. 25. El Reglamento (UE) 2019/1155 será aplicable a partir del 2 de febrero de 2020 (art. 3.2).

Hasta su derogación por el Código de visados, el visado de tránsito aeroportuario venía regulado en la Acción Común, de 4 de marzo de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre el régimen del tránsito aeroportuario[3] así como en la parte I, 2.1.1 y en el anexo 3 de la Instrucción Consular Común[4].

La regulación que el Código de visados efectúa del visado de tránsito aeroportuario tuvo por base jurídica el art. 62.2 a) del TCE, (actual art. 77 del TFUE) relativo a las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en las fronteras exteriores. Debido a que el visado de tránsito aeroportuario no caía dentro del ámbito material del art. 62.2 b) ii) del TCE referido a los procedimientos y condiciones para la expedición de visados por los Estados miembros aplicables a las estancias cuya duración no supere los tres meses, resultó de esta manera necesario que la regulación reglamentaria del visado de tránsito aeroportuario tuviera una base jurídica adecuada.

En efecto, el visado de tránsito aeroportuario no es un visado en el sentido del art. 62. 2 b) ii) del TCE sino una autorización previa que conceden los Estados miembros a los nacionales de un conjunto determinado de terceros países antes de que estos efectúen el tránsito aeroportuario con el objetivo de evitar entradas ilegales en el territorio de los Estados miembros; el visado de tránsito aeroportuario viene referido más bien a las normas y procedimientos relativos al control fronterizo y a la prevención de la inmigración ilegal.

El visado de tránsito aeroportuario tampoco es un visado uniforme en el sentido del art. 2.3 del Código de visados ya que el mismo no es válido para todo el territorio de los Estados miembros ni faculta a su titular para cruzar sus fronteras exteriores[5]. Este visado sólo permite efectuar el tránsito correspondiente por la zona de tránsito aeroportuario de uno o, en caso de expedirse de esa forma, por las zonas de tránsito de dos o más aeropuertos de los Estados miembros. De ahí que el art. 26.1 del Código de visados acote el ámbito de validez de este tipo de visado al indicar que será válido para pasar por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos situados en el territorio de los Estados miembros[6].

[3] DO, L 63 de 13 de marzo de 1996, p. 8.

[4] DO, C 326 de 22 de diciembre de 2005, p. 1, Instrucción Consular Común dirigida a las misiones diplomáticas *y oficinas consulares de carrera*, pp. 5 y 32.

[5] A. Kirkpatrick de la Vega, G. González García, *Los visados en el derecho español y comunitario*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2ª ed., Madrid, 2011, p. 45.

[6] En este sentido, el Tribunal Supremo ha desestimado recursos de casación interpuestos por la denegación de entrada en territorio español en la sentencia de 31 de mayo de 2006 en la que constató que el visado de tránsito aeroportuario no permitía cruzar la frontera española al cuestionarse que el recurrente intentara entrar en España si estaba en posesión de un visado de tránsito aeroportuario (Sentencia del Tribunal Supremo 3439/2006 de 31 de mayo de 2006, ECLI: ES:TS:2006:7141). El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha podido confirmar igualmente que la posesión de un visado de tránsito aeroportuario

II. La zona internacional de tránsito de los aeropuertos

1. Definición de zona internacional de tránsito de los aeropuertos

La zona internacional de tránsito de los aeropuertos internacionales constituye, por su naturaleza, un espacio jurídicamente complejo. La zona internacional de tránsito de los aeropuertos internacionales[7] es un área del espacio terrestre del Estado con una naturaleza y regulación especial, derivada de su ubicación y de sus funciones[8]. Se trata de determinadas áreas de las instalaciones aeroportuarias en las que las personas de cualquier nacionalidad y vuelo de procedencia o de destino se encuentran transitando respectivamente con carácter previo o posterior al control estatal de frontera –de ese u otro aeropuerto–, y que constituyen, con una u otra finalidad, espacios delimitados y cerrados para esta utilización provisional de movimiento internacional de personas[9]. Las zonas internacionales de tránsito, tal y como están configuradas en la actualidad, ponen de manifiesto que los Estados les atribuyen una condición especial respecto de la aplicación de su normativa interna en materia de extranjería.

2. La zona de tránsito aeroportuario como ficción de territorio liminar interior

La zona de tránsito aeroportuario es aquella zona en la que se lleva a cabo una actividad de control fronterizo pese a estar ubicada esta zona en un espacio que, técnicamente, no se encuentra en la frontera–línea del Estado. Con la creación de estas zonas, se traslada dentro del territorio del Estado, en particular dentro de los aeropuertos internacionales, la actividad de control fronterizo, como complemento a los que se efectúan en las mismas líneas fronterizas[10]. Así, la zona se constituye por tanto como un mecanismo de control de personas en frontera.

La zona de tránsito aeroportuario, o más precisamente el control realizado en la misma, constituiría de esta manera una ficción jurídica de territorio liminar interior,

---

no autoriza al cruce de la frontera española y la falta del mismo es motivo para acordar el retorno al país de origen así como, naturalmente, causa válida de denegación de entrada en territorio español (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 781/2006 de 11 de octubre 2006, ES:TSJM:2006:7522).

[7] Aeropuerto internacional se define como todo aeropuerto designado por el Estado contratante en cuyo territorio está situado, como puerto de entrada o salida para el tráfico aéreo internacional, donde se llevan a cabo los trámites de aduanas, inmigración, salud pública, reglamentación veterinaria y fitosanitaria, y procedimientos similares; *Anexo 9 al Convenio Sobre Aviación Civil Internacional Facilitación*, 12ª ed., 2005, p. 1–1.

[8] A. del Valle Gálvez, "Las zonas internacionales o zonas de tránsito de los aeropuertos, ficción liminar fronteriza", en *Pacis Artes*, *Obrahomenaje al Profesor Julio D. González Campos*, 2005, pp. 785–802.

[9] *Ibíd.*

[10] *Ibíd.*

es decir, las zonas internacionales de tránsito actúan como puntos de control fronterizo pese a que, su emplazamiento físico está ya situado en el interior del territorio sometido a la soberanía del Estado por lo que, en este sentido, la persona a la que se somete a control en la zona de tránsito internacional, ya ha cruzado la frontera del Estado y se encuentra en su interior.

Esta ficción jurídica da lugar a que se creen espacios fronterizos artificiales donde no los hay en sentido estricto y el Estado, debido a la naturaleza de estas zonas de tránsito, adquiere la facultad de establecerlas o suprimirlas de manera discrecional, precisamente por no estar relacionadas con la frontera–línea; este imaginario fronterizo crea artificialmente espacios fronterizos donde no existe frontera alguna[11].

La zona de tránsito aeroportuario permite que la actividad de control de fronteras del Estado sea llevada a cabo en el interior del territorio del Estado y no en la línea fronteriza limítrofe y ello sin afectar, condicionar ni menoscabar el trazado de la frontera de este Estado. En este sentido, el punto de control de la frontera de un Estado no ha de encontrarse necesariamente, en virtud de esta ficción jurídica, en la propia frontera–línea por lo que la función de control fronterizo se realiza por tanto en el interior del territorio terrestre, sin considerar ni afectar al trazado de las fronteras estatales.

La creación de este mecanismo de ficción jurídica reposa sobre dos principios. Primero, la necesaria adaptación jurídica de los modernos medios de control fronterizo estatal a las particularidades del transporte aéreo de personas, la acomodación del sistema clásico de control fronterizo a la realidad actual del transporte aéreo[12]. Como los aeropuertos pueden estar situados a cientos de kilómetros de la frontera territorial de un Estado, se deduce que, con respecto a las formalidades relativas a los viajes aéreos, el concepto de cruce jurídico de las fronteras no equivale al cruce geográfico de los límites territoriales; es una ficción de carácter jurídico, es decir, el concepto de cruce de una frontera se interpreta con arreglo a criterios jurídicos y no conforme a criterios geográficos o físicos[13].

El segundo principio sobre el que se fundamenta la ficción liminar es la distinción o dicotomía entre entrada de hecho y entrada formal en el territorio de los Estados[14]. La distinción entre entrada de hecho y entrada formal es compleja al generar dudas

[11] Para Alejandro del Valle Gálvez, jurídicamente, la ficción consiste en la recalificación de bolsas del territorio estatal como liminares, como áreas–umbral previas al control de frontera, a la admisión administrativa y al espacio común de libre circulación estatal, lo que conlleva un régimen particularizado de aplicación del Derecho interno e internacional en estas zonas.

[12] A. del Valle Gálvez, "Las zonas…*op.cit.*

[13] Conclusiones del Abogado General Nial Fennelly presentadas el 5 de febrero de 1998, ECLI:EU:C:1998:43. Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998. Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea. Acto del Consejo – Acción común sobre el régimen de tránsito aeroportuario – Base jurídica. Asunto C–170/96, ECLI:EU:C:1998:219.

[14] A. del Valle Gálvez, "Las zonas…*op.cit*.

sobre el estatuto personal aplicable a las personas que se encuentran en las zonas de tránsito internacional de los aeropuertos. En particular, la determinación de si una persona ha entrado o no, desde el punto de vista jurídico, en el territorio de un Estado. En caso afirmativo ello conlleva la aplicación de una serie de leyes al individuo que sí ha cruzado la frontera. Por el contrario, si se considera que no se ha producido la efectiva entrada en el territorio nacional, no son de aplicación determinadas leyes. En este último caso, aparecería un espacio donde las competencias estatales desaparecen, se retraen o se convierten en extraordinarias al percibir y considerar estos espacios como extraterritoriales al Estado[15].

En determinadas situaciones, la ficción liminar fronteriza, como expresión del principio de extraterritorialidad, da lugar a que la zona de tránsito internacional no sea considerada como territorio estatal en sentido estricto ya que las personas que en ella se encuentran no habrían cruzado la frontera del Estado pese a la evidencia de que estas zonas se encuentran dentro de su territorio. La ficción liminar, y su natural corolario, la extraterritorialidad, generarían de esta manera situaciones de inseguridad jurídica derivadas del hecho de que, sobre la base de esa concepción particular de la zona internacional de tránsito, los extranjeros que, por diversos motivos, no hubieran efectuado la entrada formal en el territorio del Estado, no podrían, consecuentemente, beneficiarse de normas que les reconozcan ciertos derechos. El ejemplo más paradigmático sería el de un extranjero que estando en la zona internacional de tránsito de un aeropuerto no pueda presentar solicitud de asilo ante las autoridades del Estado territorial al considerarse que no ha cruzado la frontera, quede retenido y no pueda acceder a la asistencia de un abogado y se encuentre, consecuentemente, en situación de privación de libertad.

Debido al carácter *sui generis* de estas zonas, se produciría en casos semejantes una no aplicación o, cuando menos, una aplicación parcial y condicionada de la legislación nacional e internacional que, en materia de inmigración y asilo, obligan a los Estados respecto de los extranjeros en su territorio. En este sentido, se ha llegado a mantener que "en la circunstancia que viven los extranjeros resulta casi imposible acudir a la vía judicial ordinaria (orden contencioso–administrativo) por la situación de aislamiento, la falta de notificación de la decisión gubernativa, la imposibilidad de contactar con abogados y, sobre todo, el tiempo que en frontera juega en contra de la eficacia de los derechos[16]".

No obstante, la ficción de la extraterritorialidad de la zona de tránsito internacional de los aeropuertos no debería admitirse plenamente sin reservas, en la medida en que, dado que éstas se encuentran efectivamente en el interior del territorio de los Estados, quedan sometidas a la soberanía del Estado no pudiéndose sustraer a la

[15] *Ibíd.*

[16] R. Saéz Valcarcel, "Barajas: el forastero ante el sheriff", *Jueces para la Democracia*, 1993–1, 18, pp.18–20.

misma por más que, en la zona de tránsito internacional se realicen funciones de control basándose en una ficción jurídica. Precisamente, en la propia definición que da la OACI, se menciona que la zona de tránsito se encuentra bajo la jurisdicción inmediata del Estado en cuyo territorio se encuentra el aeropuerto al establecer que son "zonas especiales que, con aprobación de las autoridades competentes y bajo su jurisdicción inmediata se establece en los aeropuertos internacionales[17]".

3. La ficción liminar interior en decisiones judiciales

A) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La ficción liminar fronteriza que constituyen las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos fue tratada de manera indirecta por el TJUE[18]. En el asunto en el que fue suscitada, la Comisión presentó recurso de anulación contra la Acción Común, de 4 de marzo de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre el régimen del tránsito aeroportuario, adoptada a iniciativa de la presidencia francesa[19]. El propósito de la Acción Común sobre el régimen de tránsito aeroportuario era armonizar las políticas de los Estados miembros respecto del tránsito aéreo con vistas a controlar la inmigración ilegal que pudiera producirse por esta vía. El contencioso llevado ante el TJUE sobre este particular constituyó igualmente un fiel reflejo de las disputas que existían en torno al funcionamiento y división competencial entre el Primer y al Tercer Pilar de la CE[20].

La Comisión consideró en su recurso de anulación que el Consejo había vulnerado el art. 100 C del TCE al adoptar la Acción Común sobre la base de la letra b) del apartado 2 del art. K.3 del TUE en vez de sobre el mencionado art. 100 C del TCE, es decir, la Comisión entendía que la Acción Común caía plenamente dentro del ámbito de aplicación del art. 100 C del TCE por lo que la misma debería haberse fundamentado en esta disposición y no en la letra b) del apartado 2 del art. K.3 del TUE. Esta alegación puso de manifiesto que la Comisión consideraba que era competente para elaborar una propuesta normativa que regulara el visado de tránsito aeroportuario. Los apartados 1 y 3 del art. 100 C del TCE establecían respectivamente lo siguiente:

[17] *Anexo 9 al Convenio Sobre Aviación Civil InternacionalFacilitación*, 12ª ed., 2005, p 1–6.

[18] Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 1998. Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea. Acto del Consejo – Acción común sobre el régimen de tránsito aeroportuario – Base jurídica. Asunto C–170/96, ECLI:EU:C:1998:219.

[19] A. Oliveira, "Case C–170/96 Commission of the European Communities v. Council of the European Union, judgement of 12 May 1998", ECR I–2763' (1999) 36 *Common Market Law Review*, 1, pp. 149–155.

[20] A. Meloni, *Visa policy within the European Union Structure*, Srpinger, Berlín, 2006, p. 81.

> El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, determinará los terceros países cuyos nacionales deban estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros.
>
> A partir del 1 de enero de 1996, el Consejo deberá pronunciarse por mayoría cualificada sobre las decisiones a que se refiere el apartado 1. El Consejo deberá adoptar, antes de dicha fecha, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, las medidas relativas a un modelo uniforme de visado.

Por su parte, la letra b) del apartado 2 del art. K.3 del TUE establecía:

> El Consejo podrá, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión en las materias contempladas en los puntos 1 a 6 del artículo K.1, adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate: el Consejo podrá decidir que las medidas de aplicación de una acción común sean aprobadas por mayoría cualificada.

Dentro de las materias incluidas en los puntos 1 a 6 del art. K.1 del TUE se encontraban las letras a) y c) del apdo. 3: condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros países, así como la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros.

Reino Unido, que intervino en apoyo del Consejo, consideró que el TJUE no era competente para conocer del recurso contra la Acción Común al no estar este acto sometido a su jurisdicción sobre la base del art. 173 del TCE[21]. En efecto, al ser la Acción Común un acto adoptado en virtud del art. K.3 del TUE, el TJUE no tendría competencia para conocer de un eventual recurso sobre este particular según las reglas de competencia jurisdiccionales dispuestas en el art. L del TUE. Sin embargo, el TJUE se declaró competente para conocer del recurso de la Comisión basándose en la competencia que le atribuía el art. M del TUE para controlar que los actos adoptados por el Consejo en virtud del art. K.3 no invadieran competencia atribuidas por el TCE a la CE[22]. De esta manera el TJUE procedió a examinar el recurso de la Comisión a la luz del art. 100 C a efectos de determinar si la Acción Común afectaba a la competencia de la CE, y en su caso, anularlo si efectivamente el acto del Consejo debió fundamentarse en el art. 100 C del TCE en vez de en el art. K.3 apartado 2 del TUE.

El fondo del asunto que tuvo que abordar el TJUE se refería a esclarecer cuál era el significado de la expresión "cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros", contenida en el apdo. 1 del art. 100 C del TCE para así determinar, como se

[21] Considerando 12.
[22] Considerando 16.

ha indicado, si la CE tenía competencia para adoptar medidas en materia de visado de tránsito aeroportuario o si, por el contrario, carecía de ella.

Para la Comisión, "cruzar las fronteras exteriores" era la entrada física en el territorio del Estado miembro en la medida en que aquellas personas que se encuentran efectuando un tránsito en un aeropuerto perteneciente a un Estado miembro ya han cruzado la frontera y, por lo tanto, se encuentran en el territorio del correspondiente Estado miembro. En ese sentido, puesto que según la tesis de la Comisión, el tránsito aeroportuario tenía por requisito previo el cruce de las fronteras exteriores, el régimen de tránsito aeroportuario caía dentro del ámbito material del art. 100 C del TCE y, en consecuencia, era una materia competencia de la CE[23].

De manera opuesta, el Consejo junto con Dinamarca, Francia y Reino Unido restringían el significado de la expresión cruce de las fronteras exteriores al hecho de cruzar un punto de control fronterizo. Como el régimen del visado de tránsito aeroportuario dispuesto en la Acción Común no permitía que su titular cruzara las fronteras exteriores y circulara por el territorio de los Estados miembros, no se llegaba a producir en ningún momento la entrada en el territorio de los Estados miembros para quien estuviera en posesión de este tipo de visado, por tanto, el art. 100 C del TCE no podría servir de base jurídica para establecer el régimen del visado de tránsito aeroportuario[24].

En este asunto, la opinión del Abogado General N. Fennelly, percibiendo la relación existente entre la política de visados y la instauración de un mercado interior sin fronteras interiores, respaldaba la interpretación del Consejo. Según N. Fennelly: "En el cruce de una frontera deben diferenciarse dos aspectos. El primero de ellos es el hecho de entrar en el territorio de un país en sentido físico, sin que haya de cruzarse necesariamente un punto de control fronterizo; el segundo, es el hecho de entrar en el territorio en el sentido jurídico de cruzar un punto de control fronterizo. A primera vista, el requisito de visado se refiere primordialmente a los derechos legales de entrada de su titular, más que a su ubicación geográfica. En general, se entiende que la política en materia de visados es un medio de controlar el cruce de fronteras jurídicas, más que de fronteras físicas[25]".

El Abogado General concluyó por tanto que el visado de tránsito aeroportuario no daba a su titular el derecho a cruzar las fronteras exteriores de los Estados Miembros por lo que, al interpretar que no se podía producir el cruce de la frontera, la regulación jurídica del régimen del visado de tránsito aeroportuario cuadraba difícilmente en el marco del art. 100 C del TCE siguiendo su tenor literal[26].

[23] Considerando 19.
[24] Considerando 20.
[25] Conclusiones…, *op. cit*, I–2773.
[26] *Ibíd.*, I–2781.

La sentencia del TJUE se decantó por la interpretación que realizó el Abogado General del sentido de la expresión "cruce de las fronteras exteriores" y rechazó la alegación de la Comisión según la cual cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros se refería a la entrada física de los nacionales de países terceros en el territorio de los Estados miembros dado que el mero tránsito por la zona de tránsito de los aeropuertos debía considerarse como una entrada en el territorio de los Estados miembros en la medida en que para llegar hasta la zona, se debía cruzar la frontera del Estado miembro de que se tratara.

El TJUE[27] estimó la tesis del Consejo al reconocer que cruzar la frontera exterior de los Estados miembros equivalía a cruzar el puesto de control fronterizo y no la mera entrada física en el territorio del Estado; extremo que no se realiza por parte del titular de un visado de tránsito aeroportuario el cual únicamente está autorizado al tránsito por la zona internacional de tránsito del aeropuerto y no a cruzar la frontera del Estado por medio del cruce en el puesto de control fronterizo.

En efecto, el TJUE optó por esta acepción de la expresión "cruce de las fronteras exteriores" poniendo en relación el art. 100 C del TCE que la contenía, con el art. 3. d) del TCE que disponía que para alcanzar los fines enunciados en el art. 2 del TCE, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado, medidas relativas a la entrada y circulación de personas, conforme a las disposiciones del Título IV. Sobre la base del art. 3. d), se interpretó que el art. 100 C del TCE se refería a las medidas de control de las fronteras exteriores en la medida en que fueran aplicables a la entrada y circulación en el mercado interior por parte de nacionales de terceros países que, a tal efecto, debían ir provistos del correspondiente visado. La entrada y circulación de un nacional de un tercer país en el mercado interior implicaba necesariamente que éste estuviera debidamente autorizado a ello, es decir, que hubiera sido autorizado a cruzar un puesto de control fronterizo de manera previa. Siguiendo este razonamiento, el art. 100 C era de aplicación a aquellas situaciones en las que el nacional del tercer país estuviera en posesión de un visado que le permitiera cruzar las fronteras exteriores, es decir, un visado que le habilitara a entrar y circular por el mercado interior, extremo que no ocurría con el visado de tránsito aeroportuario.

Por tanto, dado que el visado de tránsito aeroportuario no permitía el cruce de la frontera exterior del Estado miembro en el sentido del art. 100 C toda vez que su titular se encontrara *de facto* en el interior del Estado, la materia que regulaba la Acción Común sobre el régimen del tránsito aeroportuario no podía fundarse en el TCE. De esta manera, el TJUE declaró: "El visado de tránsito aeroportuario afecta a la situación del pasajero de un avión procedente de un país tercero que hace escala en el aeropuerto del Estado miembro en el que el avión haya aterrizado para

[27] Considerandos 20 ss.

embarcar en el mismo avión o en otro distinto con destino a otro país tercero. Por lo tanto, la imposición de dicho visado en virtud del art. 1 del acto del Consejo, implica que su titular permanece en la zona internacional de ese aeropuerto sin autorización para circular por el territorio del Estado miembro de que se trate (…) Corrobora esta interpretación el hecho que la exigencia de un visado de tránsito aeroportuario no sea aplicable a los nacionales de países terceros que, a su paso por las zonas internacionales de los aeropuertos situados en el territorio de los Estados miembros, ya sean titulares de un visado de entrada o de un visado de tránsito.[28]"

En consecuencia, sobre la base de estos razonamientos, el TJUE concluyó que la Acción Común no estaba comprendida dentro del ámbito material del art. 100 C del TCE y por lo que desestimó el recurso de anulación presentado por la Comisión. No obstante, la ficción jurídica que empleó el TJUE en su razonamiento generó cierto grado de incertidumbre en el sentido de que se llegaba a cuestionar de alguna manera que los territorios de los Estados miembros estuvieran definidos por fronteras en vez de por puntos de control fronterizo[29].

Algunos comentaristas[30] han apuntado que el uso de la ficción jurídica que diferencia la entrada de hecho de la entrada legal habría de fundamentarse en algún precepto legal para legitimar su invocación, refutando así la interpretación restrictiva del art. 100 C del TCE sobre la base del 3. d) del TCE. Se ha indicado asimismo que, desde otro punto de vista, se podría mantener que las reglas comunes sobre el visado de tránsito aeroportuario forman parte de la armonización de las condiciones de entrada y circulación en el mercado interior en la medida en que contribuirían claramente a la lucha contra la inmigración ilegal para de esta manera facilitar la abolición de los controles en las fronteras interiores sobre las personas al igual que lo hacen las otras reglas comunes sobre visado[31].

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado la condición de la zona de tránsito internacional de los aeropuertos como espacio sometido a la jurisdicción y soberanía de los Estados en su sentencia de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia*[32]. Este asunto vino referido al caso de cuatro ciudadanos de nacionalidad somalí que llegaron a París el 9 de marzo de 1992 provenientes de Damasco. Fueron

[28] Considerando 31.
[29] A. Oliveira, "Case C–170/96…*op.cit*.
[30] *Ibíd.*
[31] *Ibíd.*
[32] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 1996, *Amuur c. Francia* apartado, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996–III.

retenidos en la zona de tránsito internacional del aeropuerto de París–Orly por portar pasaportes falsos y les fue denegada la entrada en territorio francés.

Durante los veinte días en los que estuvieron retenidos en la zona de tránsito internacional del aeropuerto, la Oficina Francesa para la Protección de Refugiados y Apátridas no admitió a trámite las solicitudes de asilo presentadas por los cuatro ciudadanos somalíes alegando falta de competencia para examinarlas sobre la base de que los peticionarios de asilo no habían obtenido su permiso de residencia temporal. Finalmente, el Ministerio del Interior francés, decretó la devolución a Siria de los cuatro solicitantes de asilo dado que no habían podido, desde el punto de vista técnico, presentar formalmente la petición de asilo ante las autoridades francesas al no haber autorizado éstas el cruce de su frontera. Los ciudadanos somalíes interpusieron una demanda ante la entonces Comisión del Consejo de Europa por la privación de libertad que habían sufrido contraria al art. 5.1.f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

En este caso, las autoridades francesas aplicaron la dicotomía entre entrada de hecho y entrada jurídica, convirtiendo, el territorio francés que ocupaba la zona de tránsito internacional del aeropuerto de París–Orly en ficción jurídica de territorio liminar interior. Las posibles dudas que podía llegar a generar el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los límites de la dicotomía entre entrada de hecho y entrada jurídica fueron disipadas con el siguiente considerando: "tal confinamiento, acompañado de salvaguardias suficientes para las personas involucradas, resulta aceptable sólo para permitir a los Estados la prevención de inmigraciones ilegales y al mismo tiempo cumplir con sus obligaciones internacionales, particularmente de conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los intereses legítimos de los Estados de frustrar los cada vez más frecuentes intentos de evadir las restricciones de inmigración no deben frustrar a los solicitantes de asilo de la protección otorgada por estas Convenciones[33]".

De este modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos trató de conjugar ambas percepciones, es decir, el reconocimiento de cierto grado de aplicación de la dicotomía y de la ficción de extraterritorialidad toda vez que esa situación particular que caracteriza a la zona de tránsito aeroportuario no debía representar un menoscabo a la efectiva aplicación de normas internacionales, particularmente las que se referían al refugio y asilo.

Siguiendo esta lógica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos precisó en su sentencia que, en el caso de varios demandantes de asilo, aunque no se encontraran en Francia a la luz de sus normas de derecho interno, su presencia en la zona internacional de tránsito del aeropuerto de París–Orly, les convertía en sujetos

[33] Considerando 43.

destinatarios de las normas de derecho francés. El Tribunal, valiéndose, como se ha indicado, de la distinción entre la dicotomía de entrada de hecho y entrada formal, hizo prevalecer la primera sobre la segunda, por lo que, la entrada de hecho equivale a reconocer que, los sujetos en cuestión, estaban efectivamente en Francia y se les tenía que aplicar la legislación francesa.

Al rechazar, de manera indirecta y de forma parcial, la teoría de la extraterritorialidad de la zona de tránsito internacional, se confirmó que estas zonas constituían plenamente parte del territorio del Estado y estaban, en consecuencia sujetas, a la soberanía estatal[34]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló a favor de los demandantes y estableció que se había producido una vulneración del art. 5.1.f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

C) Tribunal Constitucional

En España, el Tribunal Constitucional se ha situado en la misma línea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ha reconocido que las zonas de tránsito internacional de los aeropuertos situados en España están en territorio español y bajo soberanía de España. En efecto, el Auto del Tribunal Constitucional 55/1996, de 6 de marzo de 1996[35], fue emitido a raíz de un recurso de amparo interpuesto por dos ciudadanos de nacionalidad nigeriana que habían llegado al aeropuerto de Madrid–Barajas procedentes de Sofía el 17 de enero de 1996.

Debido a que ambos extranjeros no estaban en posesión de un visado válido, las autoridades policiales no les autorizaron el cruce de la frontera quedando éstos, en consecuencia, en la zona de tránsito aeroportuario del indicado aeropuerto. Seguidamente, los dos ciudadanos nigerianos presentaron sendas solicitudes de asilo que no fueron admitidas a trámite. Transcurridos varios días, los nigerianos retenidos en la zona de tránsito aeroportuario presentaron, por medio de letrado, solicitud de *habeas corpus* por detención ilegal, petición que fue igualmente inadmitida por el Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid en servicio de guardia, alegando el Magistrado–Juez titular que, los peticionarios del *habeas corpus* no se encontraban en alguno de los supuestos establecidos en el art. 1 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de "Habeas Corpus"[36] dado que "como se deduce de las propias manifestaciones del solicitante se encuentran en las dependencias del Aeropuerto de Barajas impidiéndoles la entrada en el territorio nacional y la libre deambulación por el mismo pero no su marcha a cualquier otro Estado por lo que no existe propiamente una privación de libertad al poder ejercitar el derecho

[34] Considerando 41.
[35] Auto del Tribunal Constitucional 55/1996, de 6 de marzo 1996, ECLI:ES:TC:1996:55A.
[36] *BOE* nº 126, de 26 de mayo de 1984.

de viajar a cualquier otro país, por lo que en todo caso procedería su denegación conforme al art. 8.1."

Cabe subrayar que, en su apreciación, el Juzgado de Instrucción número 5 de Madrid rechaza la admisión a trámite del *habeas corpus* al considerar que los dos ciudadanos nigerianos no habían efectuado su entrada en territorio español por lo que, en este sentido, se estaba reconociendo que la zona de tránsito de los aeropuertos no constituía territorio español en sentido estricto.

El 3 de febrero de 1996, los ciudadanos nigerianos interpusieron ante el Tribunal Constitucional recurso de amparo contra la inadmisión a trámite de solicitud de *habeas corpus*. El Tribunal Constitucional reconoció que lo que impidió la adecuada presentación de la solicitud de asilo fue que los dos ciudadanos nigerianos carecían del visado necesario para cruzar la frontera. El Auto del Tribunal Constitucional por el que se inadmitió a trámite el recurso de amparo señaló que, el derecho a la libertad personal no acarrea un derecho de entrada en territorio español. El derecho a la libertad y a la seguridad reconocido por el art. 17 CE, protege a todas las personas sin distinción de nacionalidad, sin embargo, los extranjeros carecen del derecho a circular libremente por territorio nacional y a salir y entrar libremente de España dispuesto en el art. 19 CE, extremo confirmado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1993, de 22 de marzo de 1993[37]. Los extranjeros sólo pueden ejercer este derecho si cumplen los requisitos legales, en especial la necesidad de obtener visado.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional precisó no obstante que de la anterior afirmación no cabía deducir que la zona internacional del aeropuerto no fuera territorio español[38]. Tanto el espacio aéreo como los aeropuertos están sometidos a la soberanía española, según se dispone en los arts. 1, 3, 42 y 47 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea[39], y los arts. 1, 2, 10 y 13 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de 7 de diciembre de 19[40], y ratificado por España en 1969. Precisamente, los funcionarios responsables del control de fronteras ejercen potestades públicas inherentes a la soberanía plena y exclusiva del Estado sobre el espacio aéreo y los aeropuertos aduaneros, en los términos detallados por el Decreto de 3 de mayo de 1946 sobre ordenamiento funcional de los Servicios de Aduanas en los aeropuertos[41], en desarrollo de las disposiciones mencionadas, y por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España[42].

En este sentido, el Tribunal Constitucional subrayó que ni en la solicitud de *habeas corpus* ni en el recurso de amparo se ofrecen argumentos en contra de la decisión

[37] Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1993, de 22 de marzo, ECLI:ES:TC:1993:94.
[38] Pár. II–3.
[39] *BOE* nº 176, de 23 de julio de 1960.
[40] *BOE* nº 55, de 24 de febrero de 1947 y nº 311, de 29 de diciembre de 1969.
[41] *BOE* nº 157, de 6 de junio de 1947.
[42] *BOE* nº 158, de 3 de julio de 1985.

administrativa de las autoridades de control de frontera por la que deniegan la entrada en territorio español a los dos recurrentes[43]. En consecuencia la decisión era perfectamente lícita y compatible con el art. 5.1 f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, arts. 11.3 y 33 de la Ley de Extranjería y el art. 5, apartado 1 y 7, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado[44].

III. El visado de tránsito aeroportuario como mecanismo específico de control migratorio

1. La excepción al anexo 9 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional

El visado de tránsito aeroportuario, o más precisamente la imposición de esta autorización a determinados individuos, constituye una excepción al principio de libre tránsito por la zona internacional de los aeropuertos que consagra el anexo 9 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional titulado *Facilitación* tal y como se enuncia en el art. 1.3 del Código de visados.

El anexo 9 define la zona de tránsito como zona especial que se establece en los aeropuertos internacionales, con la aprobación de las autoridades competentes y bajo su supervisión o control directos, en la que los pasajeros pueden permanecer durante el tránsito o trasbordo sin solicitar entrada al Estado[45]. Establece un principio general por el que los Estados contratantes habrán de tomar las medidas necesarias para que los pasajeros puedan permanecer temporalmente en el aeropuerto al que llegan sin que se sometan a formalidades de control fronterizo para entrar en el Estado de tránsito[46] y, seguidamente preceptúa, matizando la regla anterior, que los Estados contratantes mantendrán al mínimo el número de Estados cuyos nacionales deben tener visados de tránsito directo cuando lleguen en un vuelo internacional y continúen su viaje a un tercer Estado en el mismo vuelo o en otro vuelo desde el mismo aeropuerto el mismo día[47].

2. El visado de tránsito aeroportuario como mecanismo de control migratorio

El tránsito aeroportuario constituye un poderoso medio de penetración en el territorio de los Estados[48], con el propósito de un establecimiento ilegal por medio de

[43] Pár. II–4.
[44] *BOE* nº 74, de 27 de marzo de 1984.
[45] *Anexo 9*..., *op.cit*., p. 1–6.
[46] *Anexo 9*..., *op.cit*., p. 3.58.
[47] *Anexo 9*..., *op.cit*., p.3.59.
[48] Exposición de motivos de la Acción Común, de 4 de marzo de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre el régimen del tránsito aeroportuario

solicitudes de entrada o entradas de hecho, de ahí la creación de este tipo de autorización como medio para prevenir y controlar esa vía.

El visado de tránsito aeroportuario representa un elemento en aras de la seguridad y el control de la inmigración irregular[49] que se aplica, con carácter restringido, a un grupo determinado de nacionales de terceros países, los cuales están sometidos a la obligación de obtención previa de un visado de este tipo para poder efectuar el tránsito por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos de los Estados miembros. Por otra parte, el visado de tránsito aeroportuario favorece la armonización de las condiciones de competencia entre las compañías aéreas y los aeropuertos de los Estados miembros[50]. La razón de ser de este tipo de visado se expresa en el propio preámbulo del Código de visados al señalar que es necesario establecer normas sobre el tránsito por las zonas internacionales de los aeropuertos, a fin de luchar contra la inmigración ilegal[51]. En efecto, de manera coherente con lo establecido en las mencionadas disposiciones del anexo 9, el visado de tránsito aeroportuario se exige solamente a nacionales de un número limitado y reducido de terceros países.

El incremento de peticiones de asilo por parte de los nacionales de determinados terceros países es lo que busca evitar el visado de tránsito aeroportuario. La práctica que se pretende combatir consiste en la compra de un billete de avión que efectúe escala o tránsito en uno de los aeropuertos de los Estados miembros y que tenga por destino final un tercer país para el cual, el nacional del tercer país en cuestión, no está sujeto a visado. Una vez se efectúa la escala en el aeropuerto del Estado miembro que corresponda, en la medida en que las fronteras de los Estados resultan invisible a los peticionarios de asilo en tránsito[52], la persona procedería a presentar solicitud de asilo ante las autoridades de dicho Estado con las subsiguientes consecuencias que ello puede acarrear.

Esta práctica supone un intento de eludir el cauce habitual y ordinario de control de personas por parte de los Estados miembros haciendo un uso abusivo de los mecanismos de asilo y refugio. Un ejemplo de esta práctica podría sería el siguiente: un ciudadano de nacionalidad senegalesa, país no incluido en la lista de países cuyos nacionales deben estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario del anexo IV, adquiere un billete de avión con origen Dakar y destino a Quito, tercer país en el que no necesita estar en posesión de un visado para efectuar la entrada en su territorio, con escala en Madrid. Una vez se produce la escala en

[49] A. Meloni, *Visa*…, *op.cit*., p. 80.
[50] *Ibíd.*
[51] Considerando 5.
[52] R. Mungianu, *Frontex and non–refoulement, the international responsibility of the EU*, Cambridge University Press, 2016, p. 136.

el aeropuerto de Adolfo Suárez Madrid–Barajas el nacional senegalés presenta la solicitud de asilo.

La instauración del visado de tránsito aeroportuario, como medio de control migratorio, se basa, en gran medida, en la valoración individualizada de circunstancias de orden político, económico y social al objeto de determinar la conveniencia o necesidad de inclusión de un tercer país en la lista de terceros países cuyos nacionales han de estar en posesión de un visado de tránsito territorial. Aquí cobra particular importancia el concepto de país de origen seguro. Esta noción tiene como función servir de marco de referencia para efectuar valoraciones de terceros países conducentes a evitar un mal uso del derecho de asilo por medio de la creación de nuevos conceptos como lo es el de país de origen seguro. Con la aplicación de este concepto se trata de evitar y, en su caso, reducir al máximo, las solicitudes de asilo provenientes de terceros países así como desincentivar peticiones de asilo de carácter abusivas.

La definición de país de origen seguro se introdujo por primer vez en el anexo 2 de la Directiva 2005/85/CE Del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado[53] así como en el anexo I de la Directiva 2013/32/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional[54] de la siguiente manera: se considerará que un país es un país de origen seguro cuando, atendiendo a la situación jurídica, a la aplicación del Derecho dentro de un sistema democrático y a las circunstancias políticas generales, pueda demostrarse que de manera general y sistemática no existen persecución en la acepción del art. 9 de la Directiva 2011/95/UE, tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes ni amenaza de violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno. Al realizarse esta valoración se tendrá en cuenta, entre otras cosas, el grado de protección que se ofrece contra la persecución o los malos tratos mediante: a) las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país y la manera en que se aplican; b) la observancia de los derechos y libertades fundamentales establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, en particular aquellos que, con arreglo al art. 15, apartado 2, del referido Convenio Europeo, no son susceptibles de excepciones; c) el respeto del principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra; d) la existencia de un sistema de vías de recurso eficaces contra las violaciones de dichos derechos y libertades. Solamente 12 de los 28 Estados Miembros de la UE disponen hoy en día de listas de países seguros:

[53] DO, L 326 de 13 de diciembre de 2005, p. 13.
[54] DO, L 180 29 de junio de 2013, p. 60.

Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Alemania, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Letonia, Malta, Eslovaquia y el Reino Unido[55].

En la legislación española, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria[56], regula en su art. 20 las solicitudes de asilo presentadas en puestos fronterizos. A este respecto se señala que cuando una persona extranjera que no reúna los requisitos necesarios para entrar en territorio español presente una solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo, el Ministro del Interior podrá no admitir a trámite la solicitud mediante resolución motivada cuando en dicha solicitud concurra alguno de los supuestos previstos en el apdo. primero del art. 20 de la mencionada Ley. Entre los supuestos del art. 20 se recoge precisamente cuando la persona solicitante proceda de un tercer país seguro, de conformidad con lo establecido en el art. 27 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo y, en su caso con la lista que sea elaborada por la Unión Europea, donde, atendiendo a sus circunstancias particulares, reciba un trato en el que su vida, su integridad y su libertad no estén amenazadas por razón de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social u opinión política, se respete el principio de no devolución, así como la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, exista la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado y, en caso de ser refugiado, a recibir protección con arreglo a la Convención de Ginebra; siempre que el solicitante sea readmitido en ese país y existan vínculos por los cuales sería razonable que el solicitante fuera a ese país. Para la aplicación del concepto de tercer país seguro, también podrá requerirse la existencia de una relación entre el solicitante de asilo y el tercer país de que se trate por la que sería razonable que el solicitante fuera a ese país.

La convergencia del concepto de país de origen seguro junto con el mecanismo de control que representa el visado de tránsito aeroportuario constituyen, de esta manera, medios de disuasión y alejamiento de potenciales solicitudes abusivas de asilo.

3. Visado de tránsito aeroportuario y externalización del control de personas

La exigencia de un visado de tránsito aeroportuario constituye una forma de externalizar el control migratorio por parte de los Estados miembros en la medida en que un control previo[57] se lleva a cabo en el país de origen[58]. La Organización de la Aviación Civil Internacional lo establece así al señalar que una de las precauciones

[55] https://ec.europa.eu/home–affairs/sites/homeaffairs/files/what–we–do/policies/european–agenda–migration/background–information/docs/2_eu_safe_countries_of_origin_es.pdf

[56] *BOE*, nº 263, de 31 de octubre de 2009.

[57] B. Ryan, V. Mitsilegas, *Extraterritorial immigration control*, Brill Nijhoff, 2010, p. 14.

[58] M. Trémolières (dir) "Cahiers de l'Afrique de l'Ouest. Les enjeux régionaux des migrations ouest–africaines. Perspectives africaines et europeénnes". https://www.oecd.org/fr/publications/les–enjeux–regionaux–des–migrations–ouest–africaines–9789264056039–fr.htm.

necesarias son las verificaciones llevadas a cabo en el punto de embarque por personal adecuadamente capacitado del explotador de aeronaves o de la compañía que opera en nombre del explotador de aeronaves, para asegurarse de que cada persona tenga consigo un documento de viaje válido y, cuando corresponda, el visado o permiso de residencia requerido para ingresar al Estado de tránsito o receptor[59]. De esta manera, la persona tendrá que exhibir su documento de viaje que contenga el visado de tránsito aeroportuario para que se les permita embarcar en la aeronave con destino al aeropuerto en el que tenga previsto efectuar el tránsito aeroportuario.

IV. Nacionales de terceros países sometidos a la obligación de visado de tránsito aeroportuario

1. La lista general del anexo IV del Código de visados

Tanto el art. 1.3 como el 3.1 del Código de visados se refieren a los sujetos a los que se somete a la obligación de obtención previa de un visado de tránsito aeroportuario para poder transitar por las zonas internacionales de tránsito de los Estados miembros.

El art. 3.1 menciona que los nacionales de terceros países de la lista contenida en el anexo IV deberán estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario para pasar por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos situados en el territorio de los Estados miembros. La lista de países que recoge el anexo IV del Código de visados son doce en total, de los cuales seis son africanos y seis son asiáticos: Afganistán, Bangladesh, República Democrática del Congo, Eritrea, Etiopía, Ghana, Irán, Iraq, Nigeria, Pakistán, Somalia y Sri Lanka.

No se establecen unos criterios claros qué determinen cuando ha de incluirse a un tercer país en la lista del anexo IV. En el preámbulo del Código de visados se recoge precisamente, tal y como ya se ha indicado, que el visado de tránsito aeroportuario está destinado a controlar la inmigración irregular, pero sin ofrecer elementos ni requisitos específicos que justifiquen el sometimiento de los nacionales de un tercer país a la obligación de este visado.

Anteriormente a la lista del anexo IV del Código de visados, la Acción Común incluyó los mismos países excepto Pakistán y Bangladesh. La lista Schengen de terceros países sometidos a este tipo de visado recogida en el anexo 3 de la Instrucción Consular Común[60] contenía la misma relación que la del anexo IV.

---

[59] *Anexo 9*…, *op.cit*, p. 1–4.

[60] K. Hailbronner, *EU inmigration and asylum law: commentary on EU regulations and directives*, Bloomsbury Publishing PLC, 2ª ed., C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016, p. 131.

Se trata de una lista de países cuyos nacionales están, en todo caso, sometidos a la obligación de obtención de un visado de tránsito aeroportuario si tienen la intención de efectuar el tránsito en cualquiera de los aeropuertos situados en el territorio de los Estados miembros. Respecto de esta lista de países sometidos al visado de tránsito, como se ha indicado, tal autorización busca ser un instrumento eficaz para poner coto a la presentación abusiva de peticiones de asilo por personas cuya única finalidad sea sortear los controles migratorios en los puestos fronterizos de los aeropuertos internacionales de los Estados miembros[61]. Cabe señalar que los doce países de la lista del anexo IV se encuentran asimismo incluidos en el anexo I del Reglamento (UE) 2018/1806[62], es decir, en la lista de países sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. Por último, cabe señalar que una eventual modificación de la lista del anexo IV se efectúa, conforme al art. 50 del Código de visados, por medio del procedimiento de reglamentación con control.

2. La lista especial de cada Estado miembro

Además de los terceros países señalados en el anexo IV, el Código de visados permite, en virtud del art. 3.2, que la lista de países cuyos nacionales han de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario pueda ser ampliada a los nacionales de otros países además de los que ya figuran en el anexo IV. Esta posibilidad ya se previó en la Acción Común sobre el régimen del tránsito aeroportuario al establecer en el art. 5 que cada Estado miembro podía decidir sobre la conveniencia de exigir un visado de tránsito aeroportuario a nacionales de países distintos de los recogidos en el anexo pero sin detallar cuál era el procedimiento a seguir ni bajo qué condiciones se podía incluir a un tercer país en la lista alternativa.

Inicialmente, en la propuesta de la Comisión[63] sobre Código de visados no se introdujo la posibilidad de que los Estados miembros impusieran el requisito del visado de tránsito aeroportuario autónomamente pero finalmente, a instancia del Consejo[64], se incluyó esta posibilidad tal y como se recoge en el art. 3.2.

El art. 3.2 establece que, en situaciones urgentes de afluencia masiva de inmigrantes ilegales, un Estado miembro podrá requerir que los nacionales de terceros países distintos de los contemplados en el anexo IV, estén en posesión de un visado de tránsito aeroportuario para transitar por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos situados en su territorio. La norma del art. 3.2 se traduce en la práctica en que, efectivamente, la lista de países cuyos nacionales están sometidos al

[61] A. Kirkpatrick de la Vega, G. González García *Los visados…*, *op.cit.*, p. 75.
[62] DO, L 303 de 28 de noviembre de 2018, p. 39.
[63] COM(2006) 403 final, p. 58.
[64] Documento del Consejo, 7661/08, de 14 de marzo de 2008.

visado de tránsito aeroportuario sea considerablemente más amplia que la reflejada en el anexo IV.

Actualmente, a 11 de marzo de 2019, la lista[65] se integra en total por 35 países y palestinos: Armenia, Camerún, República Centroafricana, Chad, República del Congo, Costa de Marfil, Cuba, Yibuti, República Dominicana, Egipto, Gambia, Guinea, Guinea Bissau, Haití, India, Jordania, Kirguizistán, Líbano, Liberia, Libia, Mali, Mauritania, Nepal, Níger, Filipinas, Rusia, Senegal, Sierra Leona, Sudán del Sur, Sudán, Siria, Togo, Turquía, Turkmenistán, Yémen y palestinos. Los nacionales de alguno de estos treinta y cinco países y palestinos están por lo tanto sometidos, en virtud de la utilización del art. 3.2 por parte de uno o varios Estados miembros, a la obligación de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario para transitar por la zona de tránsito de los aeropuertos del o de los Estados Miembros que sometan a esos nacionales en concreto a la mencionada obligación.

De esta manera, bien sea por la vía general del anexo IV o por la vía del art. 3.2, en total los nacionales de cuarenta y siete países y palestinos están sometidos al visado de tránsito aeroportuario, de los cuales doce lo están para todos los Estados miembros y por tanto para transitar en cualquier aeropuerto situado en alguno de ellos, y los nacionales de los treinta y cinco restantes y palestinos lo están respecto de, al menos, uno o varios Estados miembros y por tanto para transitar en los aeropuertos situados en los correspondientes Estados miembros.

En consecuencia, se puede hablar de una primera lista de países sometidos al visado de tránsito por parte de todos los Estados miembros y de una lista alternativa de países sometidos al visado de tránsito aeroportuario únicamente por uno o varios Estados miembros, pero no por todos. El país de la lista alternativa cuyos nacionales están sometidos al visado de tránsito por parte del mayor número de Estado miembros es actualmente Siria; hasta doce Estados miembros[66] exigen a nacionales sirios estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario.

El propio art. 3.2 del Código de visados exige que los Estados Miembros notifiquen a la Comisión la decisión por la que éstos imponen la obtención previa de visado de tránsito aeroportuario a nacionales de terceros países distintos a los que relaciona el anexo IV antes de la entrada en vigor de esta decisión. Asimismo, la supresión de un tercer país de la mencionada lista ha de ser notificada a la Comisión.

Los terceros países que integran la lista alternativa pueden llegar a ser objeto de inclusión en la lista del anexo IV si así lo decide el Comité de Visados tras revisar anualmente las notificaciones provenientes de los Estados miembros. En el supuesto de que el Comité de visados no acceda a trasladar el país o los países en cuestión a

[65] https://ec.europa.eu/home–affairs/sites/homeaffairs/files/annex_7b_atv–national_lists_en.pdf.

[66] Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria y Suiza si bien este último no es Estado miembro de la UE.

la lista consolidada del anexo IV, los Estados miembros podrán mantener a esos terceros países siempre que, explicita el Código de visados, se cumplan el requisito expresado en el art. 3.2, es decir, sigue existiendo una situación de urgencia de afluencia masiva de inmigrantes ilegales[67].

Por otra parte, los propios Estados miembros interesados podrán decidir, por el contrario, suprimir al país en cuestión de la lista alternativa. El Código de visados no precisa qué criterios han de tomarse en cuenta a efectos de mantener o retirar un país de la lista alternativa más allá de la precisión de que se podrían incluir en esa lista países en caso de afluencia masiva de inmigrantes ilegales, lo cual, constituye de por sí un requisito especial para poder permitir la inclusión del país.

Al no existir criterios específicos aparte del ya mencionado[68], el único referente es el grado de riesgo de inmigración ilegal que presente un determinado país sobre la base de, por ejemplo, el número de solicitudes de asilo presentadas en el momento de efectuarse el tránsito aeroportuario[69]. Algunos autores han apuntado la posibilidad de recurrir judicialmente la inclusión[70] de un país en la lista si no hubiera suficientes motivos de fondo como para justificarla[71]; igualmente se interpreta que la tendencia general ha de ser la reducción de las divergencias entre Estados miembros en la medida en que la urgente afluencia masiva de inmigrantes ilegales representa de por sí un requisito exigente que debiera cumplirse para incluir a un tercer país en la lista alternativa nacional, por lo que la facultad del art. 3.2 del Código de visados habría de ser interpretada de manera restrictiva[72].

3. Los países sometidos a la obligación de visado de tránsito aeroportuario por parte de España

En el caso particular de España, a 11 de marzo de 2019, se mantienen los siguientes países dentro de la lista de países cuyos nacionales han de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario para transitar por las zonas internacionales de tránsito de aeropuertos situados en territorio español: Camerún, República del Congo, Costa de Marfil, Cuba, Djibuti, Gambia, Guinea, Guinea Bissau, India, Liberia, Mali, Sierra Leona, Siria, Togo y palestinos.

Para España, la obligación de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario no se aplica a los titulares de pasaportes de servicio o pasaportes especiales

[67] S. Peers, *EU Justice and Home Affairs*, Oxford University Press, 4ª ed., 2016, p. 198.
[68] *Ibíd.*
[69] S. Peers, E. Guild, J. Tomkin, *EU Immigration and Asylum Law Text and Commentary*, Brill Nijhoff, 2ª ed., 2012, p. 255.
[70] S. Peers, "Legislative Update, EC Immigration and Asylum Law: The New Visa Code" *European Journal of Migration and Law*, 12 (2010), pp. 105–131.
[71] *Ibíd.*
[72] *Ibíd.*

expedidos por los terceros países en cuestión según se señala en la lista general de terceros países cuyos nacionales han de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario para poder transitar por los aeropuertos de uno o de varios Estados Miembros que figura como anexo 7B del *Manual para la tramitación de las solicitudes de visado y la modificación de los visados expedidos*[73].

V. Exenciones al requisito de visado de tránsito aeroportuario

La exigencia general de obtención previa de visado de tránsito aeroportuario a los nacionales de los países relacionados en las listas arriba mencionadas tiene una serie de excepciones por las que los nacionales de esos países quedan eximidos de tal requisito cuando se encuentren en alguna de las siguientes situaciones recogidas en el art. 5.5 del Código de visados.

Aunque el Código de visados no específica que sea una lista de carácter exhaustivo, sí cabe deducir que lo es por la propia vocación unificadora de las políticas nacionales para alcanzar una política común de visados[74] tal y como se refiere el preámbulo del propio Código de visados al establecimiento de un corpus común legislativo[75]. Las categorías a las que se exime de la obligación de visado son las siguientes:

a) Quienes sean titulares de un visado uniforme válido, de un visado nacional de larga duración o de un permiso de residencia expedido por un Estado Miembro.

En este supuesto, tiene plena lógica que quienes posean alguno de estos documentos queden exentos del visado de tránsito aeroportuario pues quien está autorizado a cruzar las fronteras de los Estados miembros, a circular dentro de sus territorios o incluso a residir en los mismos no ha de tener impedimento alguno para transitar por las zonas internacionales de tránsito al no existir el riesgo inmigratorio.

Como se ha indicado, el propósito de la imposición del visado de tránsito aeroportuario está en impedir que el tránsito efectivo sirva de medio para cruzar las fronteras de los Estados miembros eludiendo los controles migratorios. En este sentido, la persona que ya ha sido previamente autorizada a entrar en el territorio de los Estados miembros no puede ser objeto de esa medida de control adicional que es el visado de tránsito aeroportuario pues estas personas tienen atribuida una capacidad de movimiento mucho mayor de manera previa por medio de la titularidad de un

[73] *Manual para la tramitación de las solicitudes de visado y la modificación de los visados expedidos Decisión de la Comisión* C(2010) 1620 final de 19 de marzo de 2010, Decisión de aplicación de la Comisión de C(2011) 5501 final de 4 de agosto de 2011, Decisión de aplicación de la Comisión C(2014) 2727 de 29 de abril de 2014 y Decisión de ejecución de la Comisión C(2019) 3464 final de 14 de mayo de 2019.

[74] S. Peers, "Legislative…, *op.cit.*

[75] Considerando 3.

visado uniforme válido, visado nacional de larga duración o permiso de residencia de un Estado miembro. En este sentido, quien puede lo más puede lo menos.

b) Los nacionales de terceros países titulares de un permiso de residencia válido expedido por un Estado miembro que no participe en la adopción del presente Reglamento o por un Estado miembro que todavía no aplique las disposiciones del acervo de Schengen en su totalidad, o los nacionales de terceros países titulares de uno de los permisos de residencia válidos enumerados en el anexo V, expedidos por Andorra, Canadá, Japón, San Marino o los Estados Unidos de América que garanticen la readmisión incondicional del titular, o los titulares de un permiso de residencia válido de uno o de varios de los países y territorios de ultramar del Reino de los Países Bajos (Aruba, Curazao, San Martín, Bonaire, San Eustaquio y Saba).

En la propuesta inicial de la Comisión no se previó que los permisos de residencia de los Estados miembros pudieran eximir del visado de tránsito aeroportuario, no obstante, una enmienda del Parlamento Europeo[76] introdujo la modificación que finalmente se recogió en el Reglamento aprobado. Además, la propuesta inicial de la Comisión tampoco incluyó que los visados de Canadá, Japón y Estados Unidos dispensaran de la obligación del visado de tránsito aeroportuario. Fue a iniciativa del Consejo que se reconoció esta posibilidad en el Código de visados al igual que se eliminó de la iniciativa de la Comisión el permiso de residencia de Mónaco como eximente[77] de la obligación de visado de tránsito aeroportuario.

Inicialmente el Código de visados sólo preveía que los titulares de los permisos de residencia del anexo V emitidos por los mencionados países sirviesen como eximente de la obtención previa de visado de tránsito aeroportuario. Sobre la base de consideraciones de seguridad jurídica y mayor transparencia y claridad, se adoptó una modificación del Código de visados por medio del Reglamento (UE) nº 154/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2012[78] por el que se introdujo en el art. 3.5 del Código de visados la mención a los permisos de residencia de Estados Miembros que no participen en la adopción del Código de visados y a los Estados miembros que no apliquen las disposiciones del acervo Schengen en su totalidad. Tras la reforma que introduce el Reglamento (UE) 2019/1155 se añade adicionalmente la mención a los permisos de residencia válidos de uno o varios de los países y territorios de ultramar de Países Bajos. Por lo que estos también eximen de la obligación de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario.

En el anexo V, igualmente objeto de actualización por parte del Reglamento (UE) 2019/1155 a efectos de dotar de mayor precisión los supuestos de exención, se detallan los tipos de permisos de residencia que eximen a su titular del visado de

[76] A6–0161/2008, enmienda 46.
[77] S. Peers, "Legislative…, *op.cit.*
[78] DO, L 58 de 29 de febrero de 2012, p. 3.

tránsito aeroportuario. Los permisos de residencia en cuestión recogidos expresamente en el anexo V son los de Andorra, Canadá, Japón, San Marino y los Estados Unidos de América[79].

c) *Los nacionales de terceros países titulares de un visado válido para un Estado miembro que no participe en la adopción del presente Reglamento o de un Estado miembro que todavía no aplique las disposiciones del acervo de Schengen en su totalidad, o de un país que sea parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o de Canadá, Japón o los Estados Unidos de América, o los titulares de un visado válido de uno o de varios de los países y territorios de ultramar del Reino de los Países Bajos (Aruba, Curazao, San Martín, Bonaire, San Eustaquio y Saba) cuando viajen al país expedidor o a cualquier otro tercer país, o cuando, tras haber utilizado el visado, regresen del país expedidor.*

En este supuesto, al igual que en el caso b), el Reglamento (UE) 1155/2019 introdujo la mención a los países que sean parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo así como a los titulares de titulares de un visado válido de uno o de varios de los países y territorios de ultramar de Países Bajos (Aruba, Curazao, San Martín, Bonaire, San Eustaquio y Saba).

La exención reconocida a los titulares de los visados indicados en el punto c), de Reino Unido, Irlanda, Croacia, Chipre, Rumanía, Bulgaría, Noruega, Islandia,

[79] Andorra: — Autorització temporal (permiso de inmigración temporal — de color verde). — Autorització temporal per a treballadors d'empreses estrangeres (permiso de inmigración temporal para trabajadores de empresas extranjeras — de color verde). — Autorització residència i treball (permiso de residencia y de trabajo — de color verde). — Autorització residència i treball del personal d'ensenyament (permiso de residencia y de trabajo para personal docente — de color verde). — Autorització temporal per estudis o per recerca (permiso de inmigración temporal por motivos de estudio o de investigación — de color verde). — Autorització temporal en pràctiques formatives (permiso de inmigración temporal por motivos de prácticas y formación — de color verde). — Autorització residència (permiso de residencia — verde). Canadá: — Permanent resident (PR) card (permiso de residencia permanente). — Permanent Resident Travel Document (PRTD) (documento de viaje de residente permanente). Japón: — Tarjeta de residencia.

San Marino: — Permesso di soggiorno ordinario [(permiso de residencia ordinario) validez de un año, renovable en la fecha de expiración]. — Permisos de residencia especiales por los motivos siguientes (validez de un año, renovables en la fecha de expiración): asistencia a cursos universitarios, deportes, asistencia sanitaria, motivos religiosos, personas que trabajen como enfermeras en los hospitales públicos, funciones diplomáticas, cohabitación, permiso para menores, motivos humanitarios o permiso parental. — Permisos de trabajo temporal o estacional (validez de once meses, renovables en la fecha de expiración). — Documento de identidad expedido a personas que tienen su residencia oficial ("residenza") en San Marino (validez de cinco años). Estados Unidos de América: — Visado de inmigrante válido y vigente; podrá ser validado en el puerto de entrada por un período de un año como prueba temporal de residencia, en espera de que se expida la tarjeta I–551. — Tarjeta I–551 válida y vigente (tarjeta de residencia permanente); el período de validez puede ser de hasta dos o diez años, en función del tipo de admisión; si no hay fecha de expiración de la tarjeta, la tarjeta es válida para viajar. — Tarjeta I–327 válida y vigente (Documento de reentrada). — Tarjeta I–571 válida y vigente (Documento de viaje para refugiado autorizado en calidad de "extranjero residente permanente").

Liechtenstein, los de los territorios de ultramar de Países Bajos, Canadá, Japón y Estados Unidos de América[80], es de aplicación independientemente de si el portador viaja al país que le ha expedido el visado o a cualquier otro tercer país[81].

d) Los familiares de ciudadanos de la UE.

Esta categoría se aplica a los familiares de un ciudadano de la UE sin que se exija el requisito de que el familiar acompañe o se reúnan con el ciudadano de la UE[82].

Al amparo del derecho de libre circulación de quienes ostenten la condición de familiar de ciudadano de la UE se prevé la exención de la exigencia de requisito de visado de tránsito aeroportuario a los mismos. La condición de familiar de ciudadano de la UE se adquiere al amparo de los dispuesto en la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros[83].

La Directiva 2004/38 establece dos grupos de familiares, miembros de la familia nuclear y miembros de la familia extensa. En el primer caso, según el art. 2 de la Directiva 38/2004 se entiende por miembro de la familia a las siguientes categorías de sujetos: el cónyuge; la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b), d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b). Dentro de la segunda clase de miembros de la familia extensa, el art. 3.2 de la Directiva 2004/38 estipula que sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas: a) cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del punto 2 del art. 2 que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.

[80] K. Hailbronner, *EU*…, *op.cit*., p. 132.
[81] *Manual para*…, *op.cit*., p. 18.
[82] *Ibíd.*
[83] DO, L 158 de 30 de abril de 2004, p. 77.

En España, la transposición de la Directiva 38/2004 se llevó a cabo por medio del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[84].

El Real Decreto 240/2007 prevé en el art. 2, como miembros de la familia nuclear, a las siguientes categorías como familiares de ciudadanos de la UE siempre que éstos tengan por propósito acompañarle o se reúnan con él: cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o de divorcio; pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí; descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces y ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja[85].

El art. 2 bis menciona los miembros de la familia extensa: los miembros de la familia del ciudadano UE, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el art. 2 del Real Decreto, que acompañen o se reúnan con él y acrediten de forma fehaciente en el momento de la solicitud que se encuentran en alguna de las siguientes circunstancias: que, en el país de procedencia, estén a su cargo o vivan con él o que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; y la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecidos en el propio Real Decreto[86].

[84] *BOE* nº 51, de 28 de febrero de 2007.

[85] La redacción inicial del Real Decreto 240/2007 fue modificada en virtud de una sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 por la que se declaraba la nulidad de alguno de los incisos (Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, ECLI: ES:TS:2010:4259, por la que se anulan varias expresiones de los arts. 2, 3, 4, 9 y 18 y disposición final tercera del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la U.E. y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), *BOE* nº 266, de 3 de noviembre de 2010.

[86] La introducción del art. 2 bis se llevó a cabo por medio del Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte

Los sujetos categorizados en el Real Decreto 240/2007 quedarían exentos de la obligación de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario para transitar por las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos con la particularidad de que no es necesario que el familiar acompañe o se reúna con el ciudadano de la UE.

e) Titulares de pasaportes diplomáticos.

Los titulares de pasaportes diplomáticos, independientemente de si son nacionales de algún país incluido en la lista del anexo IV o en la lista alternativa, están exentos del visado de tránsito aeroportuario. En este punto, la regulación que hace el Código de visado es más restrictiva respecto de la Acción Común sobre el régimen del tránsito aeroportuario en la que sí se incluían expresamente en el art. 4 a los titulares de pasaportes oficiales o de servicio como eximente de la obligación de visado de tránsito aeroportuario.

f) Los miembros de las tripulaciones de vuelo que sean nacionales de una Parte contratante del Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional.

Para este supuesto se debe examinar qué personas integran el concepto de tripulación de vuelo y cuáles son las Partes contratantes del Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional. Según la OACI, miembro de la tripulación de vuelo es el titular de la correspondiente licencia, a quien se asignan obligaciones esenciales para la operación de una aeronave durante el período de servicio de vuelo[87]. Al igual que respecto de los titulares de pasaportes oficiales o de servicio del art. 4 de la Acción Común, el Código de visados eliminó la mención a la tripulación de buques.

VI. El caso particular del tránsito aeroportuario en el aeropuerto de Adolfo Suárez Madrid Barajas

En el caso de España, la aplicación práctica del visado de tránsito aeroportuario tiene la siguiente particularidad: en el aeropuerto de Adolfo Suárez Madrid–Barajas no existe una zona internacional de tránsito que comunique las distintas terminales del aeropuerto, es decir, no hay una zona internacional de tránsito continua entre el área en las que están ubicadas las terminales T1, T2 y T3 y la zona en la que se encuentran las terminales T4 y T4s. En consecuencia, un nacional de un tercer país que tenga por propósito realizar un trasbordo desde las terminales T1, T2 y T3 a la zona de las terminales T4 y T4s, al no existir zona de tránsito aeroportuario entre

en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, *BOE* nº 268, de 9 de noviembre de 2015. Tal y como se indica en la propia exposición de motivos de este Real Decreto la facilitación de la residencia de la llamada familia extensa responde a la necesidad de evitar un menoscabo de la libertad de circulación del ciudadano de la Unión, por disuadirle de ejercer sus derechos de entrada y residencia en otro Estado miembro.

[87] *Anexo 9*…, *op.cit*, p. 1–4.

las terminales indicadas, no estaría efectuando un tránsito aeroportuario debido a que el desplazamiento físico de una zona de terminales a otra requiere, necesariamente, cruzar la frontera española y entrar en el territorio español.

Para este supuesto, el extranjero debería ir provisto de un visado uniforme de estancia que le permita entrar en España, aunque únicamente sea para desplazarse de una terminal a otra. En sentido contrario, si el nacional del tercer Estado se propone realizar un trasbordo entra las terminales T1, T2 y T3 o entre las terminales T4 y T4S, sí que requerirán de un visado de tránsito aeroportuario en caso de ser nacionales de un Estado de la lista del anexo IV o de la lista alternativa respecto del cual España somete a la obligación de visado.

VII. Competencia para el examen y decisión sobre las solicitudes de visados de tránsito aeroportuario

1. Competencia orgánica y material

La competencia para examinar las solicitudes de visado de tránsito aeroportuario corresponde a alguno de los órganos establecidos en el art. 4 del Código de visados, es decir, a consulados o las autoridades distintas designadas por los Estados miembros para el examen y decisión de una solicitud de visado. Conforme al art. 5.3, el Estado miembro competente para examinar la solicitud de visado de tránsito aeroportuario es aquél en cuyo territorio se encuentre el aeropuerto en que el solicitante pretenda realizar el tránsito y, en caso de tener que efectuar el tránsito en aeropuertos situados en más de un Estado Miembro, será competente aquél en cuyo territorio se encuentre el aeropuerto que sea el primero en ser transitado.

A modo de ejemplo, si un ciudadano paquistaní, residente en Islamabad, efectúa dos tránsitos aeroportuarios, el primero en Madrid, y el segundo en Frankfurt con destino final Bogotá (Colombia). En este caso, la competencia corresponde al consulado español de su lugar de residencia. Otro supuesto sería el de un ciudadano nigeriano, residente en Niamey, que efectúa un tránsito en el aeropuerto de Frankfurt (Alemania) con destino final en Río de Janeiro (Brasil); es competente el consulado alemán de la circunscripción de su lugar de residencia[88].

2. Documentación particular para las solicitudes de visado de tránsito aeroportuario

La documentación específica necesaria para la solicitud de un visado de tránsito aeroportuario, además de los otros documentos generales precisos que estipula el Código de visados, viene recogida en el art. 14.2 del Código de visados, según el

[88] *Manual para… op.cit*., p. 22.

cual, para la solicitud de este tipo de visado, es preciso presentar documentación relativa a la continuación del viaje hasta el destino final una vez efectuado el tránsito correspondiente. En el anexo II del Código de visados se establece, con carácter indicativo, que los billetes de avión para la continuación del viaje constituyen un documento válido para demostrar ese requisito, así como permisos de entrada en el tercer país de destino. Seguidamente se exige la presentación de documentación que permita establecer la intención del solicitante de no entrar en el territorio de los Estados miembros. A tal efecto, el anexo II recoge los siguientes documentos como medios para probar tal intención: reserva de billete de vuelta o de ida y vuelta, prueba de medios económicos en el país de residencia, prueba de empleo como extractos bancarios, prueba de propiedad inmobiliaria, prueba de integración en el país de residencia como lazos familiares o situación profesional del solicitante.

La inclusión de este conjunto de precisiones por parte del Código de visados para clarificar qué documentos son necesarios para garantizar que el solicitante realice efectivamente el tránsito supone un avance considerable respecto de la derogada Acción Común sobre el régimen del tránsito aeroportuario por cuanto esta norma otorgaba a cada Estado miembro la facultad[89] de determinar de las condiciones necesarias para expedir visados de tránsito aeroportuario[90] sin perjuicio de la armonización que sobre este particular se realizara. Si bien, la Acción Común sí recogía factores de valoración como la seguridad, el riesgo de inmigración irregular, la adecuada acreditación de la necesidad de efectuar el tránsito aeroportuario, así como la garantía de admisión del solicitante de visado de tránsito aeroportuario en el tercer país que fuera su destino final.

Las verificaciones que en cada caso concreto han de ser efectuadas por el consulado a la hora de examinar y decidir sobre una solicitud de visado de tránsito aeroportuario son las siguientes a tenor del art. 21.6: que el documento de viaje presentado no sea falso ni falsificado, comprobar los puntos de origen y de destino del nacional del tercer país de que se trate y la coherencia del itinerario y del tránsito aeroportuario previstos y la prueba de la continuación del viaje hasta el destino final.

En razón de la particular naturaleza del visado de tránsito aeroportuario como herramienta de control migratorio que no faculta a cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, los arts. 22.1 y 31.1 del Código de visados excluyen este tipo de visado del mecanismo de consulta previa o de información respectivamente[91] entre las autoridades centrales de los Estados miembros.

[89] A. Meloni, *Visa*…, *op.cit*., p. 81.

[90] Se especifica a continuación que el Consejo podía adoptar criterios relativos a la tramitación y expedición de los visados.

[91] El mecanismo de consulta previa se establece para que las autoridades centrales de los Estados miembros se consulten mutuamente durante el examen de las solicitudes de visado que presenten nacionales de una lista de terceros países o para categorías específicas de nacionales de determinados terceros

La imposibilidad de cruzar las fronteras exteriores con un visado de tránsito aeroportuario encuentra una excepción en situaciones humanitarias y de fuerza mayor en el que el titular puede ser autorizado por parte de los agentes de frontera en situaciones justificadas como dolencias, enfermedades o problemas médicos que requieran una atención urgente si bien, una vez disipada la causa, el titular ha de abandonar el territorio tan pronto como sea posible[92].

3. Expedición del visado de tránsito aeroportuario: modalidades

Conforme al art. 26 del Código de visados, el visado de tránsito aeroportuario puede ser expedido para efectuar un tránsito o múltiples tránsitos en aeropuertos de uno o de varios Estados miembros. El período de validez máximo de un visado de tránsito aeroportuario múltiple es de seis meses.

Los criterios relevantes para la expedición de un visado de tránsito aeroportuario múltiple son la necesidad del solicitante de efectuar tránsitos frecuentes, así como su integridad y fiabilidad demostradas por medio del uso legítimo de visados anteriores bien sean uniformes, de validez territorial limitada o de tránsito aeroportuario. La situación económica del solicitante en su país de origen y la intención de no permanecer y de continuar el viaje hacia el tercer país resultan igualmente relevantes a la hora de valorar la eventual expedición de un visado de tránsito aeroportuario múltiple.

Cuando un Estado miembro expida un visado de tránsito aeroportuario a un nacional de un tercer país en virtud de la lista alternativa establecida sobre la base del art. 3.2 del Código de visados, el visado en cuestión expedido a este nacional del tercer país sólo es válido para efectuar el tránsito en los aeropuertos situados en el territorio del Estado miembro que le ha expedido el visado de tránsito aeroportuario a tenor de los dispuesto en el art. 26.6. A modo de ejemplo, si un consulado español expide un visado de tránsito aeroportuario a un nacional de Guinea Bissau para realizar el tránsito en el aeropuerto Adolfo Suárez–Madrid Barajas de un vuelo con origen en Bissau y destino en La Habana, el visado en cuestión solo faculta a su titular a efectuar el tránsito en aeropuertos españoles y no en aeropuertos situados en otro Estado miembro.

VIII. Estadísticas de visados de tránsito aeroportuario

A nivel mundial, en el año 2018, fueron solicitados un total de 5.313 visados de tránsito aeroportuario, de los cuales se emitieron 4277, de los cuales 1553 fueron

países. En la información, las autoridades centrales de los Estados miembros se informan sobre la expedición de visados a nacionales de una lista de terceros países o para categorías específicas de nacionales de determinados terceros países. Mientras que la primera es anterior a la expedición, la segunda es posterior a la misma.

[92] A. Kirkpatrick de la Vega, G. González García, *Los visados*…, *op.cit*., p. 46.

visados de tránsito aeroportuario múltiples; fueron denegados 767[93] alcanzándose una tasa de denegación de 14,4 por ciento.

En el año 2018 se solicitaron ante consulados de España un total de 404 visados de tránsito aeroportuario, de los cuales se emitieron 343. No se disponen de datos respecto del número concreto de visados de tránsito aeroportuario múltiples que fueron emitidos. Se denegaron 38 solicitudes con una tasa de denegación del 9,4 por ciento. Los consulados de España que más visados de tránsito aeroportuario emitieron fueron los de Bata (62), La Habana (43) e Islamabad (26)[94].

IX. El visado de tránsito aeroportuario en Derecho español

En la legislación española, el visado de tránsito aeroportuario viene regulado en el art. 25 bis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009[95] y está desarrollado en el Título II, arts. 25 a 27 de Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009[96].

Resulta de interés la precisión que realiza el art. 25 del Reglamento de Extranjería al indicar que se encuentran en tránsito aeroportuario aquellos extranjeros habilitados para permanecer en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español, sin acceder al territorio nacional, durante las escalas o enlaces de vuelos. La mención a que el visado de tránsito no habilita a acceder al territorio de los Estados miembros no se encuentra en el Código de visados recogida de manera expresa. Además de una remisión a la regulación del Derecho de la UE, el Reglamento no detalla más aspectos que los meramente procedimentales que complementan las reglas del Código de visados.

En la legislación española se prevé un supuesto adicional de exención del visado de tránsito aeroportuario en el art. 25 bis de la Orgánica 4/2000, al establecerse que no será exigible la obtención de dicho visado en casos de tránsito de un extranjero a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea solicitado por un Estado miembro de la Unión Europea o por un tercer estado que tenga suscrito con España un acuerdo internacional sobre esta materia. El art. 25 bis de la Ley de Extranjería fue introducido por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre que, a su vez,

[93] *Visa statistics for consulates 2018*, https://ec.europa.eu/home–affairs/what–we–do/policies/borders–and–visas/visa–policy_en.

[94] *Ibíd.*

[95] *BOE* nº 10, de 12 de enero de 2000.

[96] *BOE* nº 103, de 30 de abril de 2011.

transpuso la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre sobre asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea[97].

X. Conclusión

El visado de tránsito aeroportuario tiene una naturaleza jurídica y una condición particular en el contexto general de los visados recogidos en la normativa de la UE. Ello tiene su reflejo en el diferente fundamento jurídico sobre el que reposa la regulación de esta modalidad de visado en el Código de visados, diferenciándose principalmente de los demás tipos de visados en que no permite a su titular o portador efectuar el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros.

Aunque el visado de tránsito aeroportuario, creado como eficaz instrumento de lucha contra determinadas prácticas migratorias abusivas, dé lugar a la aparición de una distinción jurídica basada en la separación entre cruce real y cruce legal de las fronteras, la cual puede resultar útil en determinados ámbitos de gestión de los flujos migratorios, no debe dar lugar, en cambio, a situaciones en los que los derechos humanos puedan verse menoscabados o limitados por la prevalencia de una ficción jurídica basada en tecnicismos.

El régimen establecido por el Código de visados para el visado de tránsito aeroportuario pone de manifiesto, *a priori*, la excepcionalidad de su uso y de su aplicación a un número comparativamente limitado de terceros países, si bien, el propio Código de visados admite unas situaciones que pueden ser invocadas por los Estados miembros para ampliar el número de países sometidos a este visado, lo que en la práctica se traduce en que la excepcionalidad del visado de tránsito aeroportuario quede desvirtuado en cierta manera. Las estadísticas muestran que el visado de tránsito aeroportuario representa una parte muy reducida (4277) respecto del total de los visados uniformes expedidos a nivel mundial en el año 2018 (15 millones aproximadamente), con lo cual se enfatiza aún más si cabe su carácter excepcional.

Por otra parte, se admiten una serie de categorías de sujetos que quedan exentos de la obligación de estar en posesión de un visado de tránsito aeroportuario como medio para flexibilizar el rigor de su exigencia a determinados sujetos. Estas dos características del régimen normativo en vigor dan lugar a que el visado de tránsito aeroportuario sea un ámbito del Código de visados en el que existe aún un considerable nivel de divergencia entre los Estados miembros.

[97] DO, L 321 de 6 de diciembre de 2003, p. 26.

O CONGRESSO DE VIENA DE 1815 E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Elen de Paula BUENO*

y

Victor ARRUDA PEREIRA DE OLIVEIRA**

Sumário: I. Introdução. II. Antecedente histórico: o Tratado de Paris de 1814. III. O Congresso de Viena (1814–1815). 3.1.O Regulamento de Viena sobre a classificação entre os agentes diplomáticos. 3.2.A declaração das potências sobre a abolição do tráfico negreiro de 8 de fevereiro de 1815. 3.3 A Comissão sobre a livre navegação dos rios internacionais. VI. Conclusão. Bibliografia.

Resumen: El presente artículo tiene por objeto analizar el Congreso de Viena (1814–1815) y el derecho internacional en el primer cuartel del siglo XIX, teniendo en cuenta el análisis jurídico introducido en el contexto del denominado Sistema de Congresos y del Concierto Europeo. Para ello, se realizó una investigación histórica aliada al estudio de los tratados y textos normativos del Tratado de París (1814) al Congreso de Viena (1815). La investigación concluyó que, entre los reajustes territoriales y el equilibrio de fuerzas, el Congreso dejó importantes legados para el derecho internacional, especialmente en lo que se refiere a la abolición del tráfico de esclavos, institucionalización y clasificación de los agentes diplomáticos y la aplicación del principio de la libre navegación de los ríos internacionales. Se observó también que el Congreso de Viena inició un importante sistema de conferencias europeas a lo largo del siglo XIX, las cuales colaboraron significativamente para el desarrollo de normas que rigen las relaciones entre los Estados.

Fecha de recepción del original: 3 de marzo de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 6 de junio de 2019

* Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Integração da América Latina pela USP. Advogada e Bacharel em Relações Internacionais pela UNESP. Pesquisadora do Grupo de Estudos sobre os BRICS (GEBRICS/USP). Professora no curso de pós–graduação em Direito Internacional aplicado da Escola Brasileira de Direito (EBRADI).

** Doutorando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e mestre em Relações Internacionais pelo Programa San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP, PUC). Advogado, consultor do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Participou como Palestrante do Bicentenário do Congresso de Viena, realizado em 2014, na Universidade de Viena, Áustria, no qual analisou os efeitos do Congresso de Viena na América Latina.

Palabras clave: Congreso de Viena. Derecho Internacional Público. Concierto Europeo. Sistema de Congresos.

Abstract: This article aims to analyze the Congress of Vienna (1814–1815) and the international law in the first quarter of the nineteenth century, taking into account the legal analysis inserted in the context of the so–called Congress System and the European Concert. Thus, a historical investigation was carried out together with the study of the treaties and normative texts of the Treaty of Paris (1814) at the Congress of Vienna (1815). The research concluded that, among territorial relocations and balance of forces, the Congress left important legacies to international law, especially with regard to the abolition of the slave trade, institutionalization and classification of diplomatic agents and the application of the principle of free navigation of international rivers. It was also noted that the Vienna Congress initiated a relevant system of European conferences throughout the nineteenth century – which have contributed significantly to the development of norms governing relations between states.

Keywords: Congress of Vienna. Public International Law. Concert of Europe. Congress System.

I. Introdução

A análise do desenvolvimento do direito internacional no tempo constitui tarefa abrangente e complexa. Como assinala Casella[1], o tempo, na sua relação com o direito internacional, não se põe como fim em si mesmo, "mas como elemento para a compreensão das mutações do direito internacional, enquanto sistema, ao longo das eras". As modernas interpretações do direito internacional, além dos debates a respeito do direito natural e do direito positivo, levaram em conta a perspectiva histórica e cronológica. Essa abordagem foi preponderante durante o século XIX, na medida em que as relações internacionais se multiplicavam e as conferências e tratados aumentavam. Entre as guerras mundiais, a abertura de arquivos dos governos e toda a riqueza de materiais disponíveis estimularam o estudo da história diplomática[2].

Ao longo do século XX, outras teorias influenciaram o estudo do direito internacional, passando pelo campo sociológico, filosófico e análises estritamente jurisprudenciais. Como sublinham Fassbender e Peters[3], depois da virada cultural na historiografia, muitos historiadores denunciaram a história da política de poder e da diplomacia como *démodé*. No entanto, segundo os autores, o estudo da história cultural e social, bem como a história do poder e dos interesses do Estado, não se tornaram irrelevantes; ao contrário, são imprescindíveis ao estudo do direito internacional

[1] P.B. Casella, *Direito Internacional no Tempo Moderno de Suarez a Grócio*, São Paulo, Atlas, 2014, p. 22.
[2] M. N. Shaw, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 54–55.
[3] B. Fassbender; A. Peters, "*Towards a global history ofinternational law*", *The Oxford Handbook of the history of international law,* Oxford, Oxford University Press, 2012, p.11.

no tempo. Nessa seara, é importante analisar não apenas os tratados como elementos normativos, mas também o contexto no qual foram celebrados e por quais razões foram cumpridos ou não.

Como sinaliza Casella, "o dilema do direito internacional, mais do que em outros ramos jurídicos, está em que mesmo se estes dados extrajurídicos têm de ser levados em conta, necessariamente, para situar o direito internacional, além de suas estritas premissas, 'meramente' técnico–jurídicas, e estes dados não jurídicos são ao mesmo tempo necessários, estes, contudo, não são o foco central do trabalho, que se situa no direito, e agrega a dimensão internacional, e isso se constrói, enquanto sistema, e aqui se faz na consideração de sua evolução no tempo[4]".

O estudo do Congresso de Viena pretende situar a evolução do fenômeno jurídico internacional no tempo e no contexto histórico, utilizando como aportes metodológicos as análises jurídica, histórica e das relações internacionais, que lançam luzes interpretativas para documentos normativos fundamentais à melhor compreensão do direito internacional no primeiro quartel do século XIX.

A importância e a atualidade do estudo do Congresso de Viena ganham destaque não apenas pela ocasião de seu bicentenário, mas também pelas suas influências perenes e significado histórico para o direito internacional e para as relações internacionais. Como nos recorda Zamoyski[5], a reconstrução da Europa pelo Congresso de Viena foi provavelmente o episódio mais seminal da história moderna. Não apenas o mapa europeu foi inteiramente redesenhado, mas também foram determinadas quais nações teriam uma existência política durante os cem anos seguintes e quais não teriam. Uma ideologia, determinada pelas quatro grandes potências da época, foi imposta a todo o continente. Tentou–se consolidar um acordo entre essas potências, o que resultou numa mudança em seus planos expansionistas, desviados da África e do sul da Ásia. A forma de condução das relações internacionais foi inteiramente modificada. As consequências – diretas e indiretas – do Congresso abrangem todo o conjunto de acontecimentos que se deu na Europa desde então, incluindo o nacionalismo agressivo, o bolchevismo, o fascismo, as duas grandes guerras e, finalmente, a criação da União Europeia.

Reunidos desde meados de setembro de 1814 em Viena, os plenipotenciários discutiram diversos temas relativos às relações internacionais europeias e à nova configuração do sistema internacional que então se inaugurava. Contando com a presença do czar Alexandre I da Rússia, do imperador austríaco Francisco I e do rei Frederico

[4] P.B. Casella, *Direito Internacional no Tempo Moderno de Suarez a Grócio*, São Paulo, Atlas, 2014, p. xxii.

[5] A. Zamoyski, *Ritos de Paz. A queda de Napoleão e o Congresso de Viena,* Rio de Janeiro, Record, 2012, p.13.

Guilherme III da Prússia, a pentarquia se completava com a atuação de Castlereagh, representando a Grã–Bretanha e Talleyrand, representante da França.

Após uma série de reuniões preliminares, ficou decidido que o Congresso atuaria através de um diretório, presidido por Metternich, na qualidade de ministro dos negócios estrangeiros do Estado anfitrião. Ademais, contaria com diferentes Comissões compostas pelas principais potências europeias, que se reuniriam de acordo com a natureza dos assuntos a serem abordados. Entre as Comissões mais amplas, vale sublinhar a Comissão dos oito,integrada por Áustria, Espanha, França, Grã–Bretanha, Portugal, Prússia, Rússia e Suécia. Já entre as mais restritas, se destacou a Comissão dos quatro, sendo essa formada apenas pelas grandes potências que derrotaram Napoleão: a Áustria, a Grã–Bretanha, a Prússia e a Rússia. Além das Comissões de potências, foram criados Comitês temáticos, divididos entre aqueles voltados a tratar de assuntos territoriais e os destinados a abordar 'outras questões'. Entre os Comitês territoriais, os principais foram: o Comitê para os assuntos da Alemanha, a Conferência sobre a Confederação Germânica e o Comitê para os assuntos da Suíça.Quanto aos Comitêsque trataram de outras questões, se destacaram: a Conferência sobre a abolição do tráfico negreiro, a Comissão sobre a livre circulação dos rios, a Comissão sobre a classificação dos agentes diplomáticos, a Comissão estatística e a Comissão de Redação[6].

Tendo em vista o marco histórico do Congresso de Viena e suas repercussões no direito internacional, foi realizada uma investigação histórica aliada ao estudo de tratados e textos normativos do Tratado de Paris (1814) ao Congresso de Viena (1815). A investigação concluiu que, entre os reajustes territoriais e o equilíbrio de forças, o Congresso representou importante legado ao direito internacional, especialmente no que se refere à abolição do tráfico de escravos, à institucionalização e classificação dos agentes diplomáticos e à aplicação do princípio da livre navegação dos rios internacionais. Outrossim, observou–se que o Congresso de Viena impulsionou um importante sistema de conferências europeias ao longo do século XIX, as quais colaboraram substancialmente para o desenvolvimento de normas que regem as relações entre os Estados.

II. Antecedente histórico: o Tratado de Paris de 1814

Com a derrota das tropas napoleônicas e a restauração bourbônica, foi finalmente celebrado um tratado de paz entre as potências beligerantes. O Tratado de Paz de Paris foi assinado, de um lado, pela França, militarmente derrotada, e, de outro, pela Áustria e seus principais aliados: Grã–Bretanha, Rússia e Prússia. Portugal e Suécia também firmaram o tratado e a Espanha o assinou poucos meses após sua

[6] T. Lentz, *Le Congrès de Vienne. Une refondation de l'Europe 1814–1815*, Paris, Perrin, 2013, p. 124.

celebração. O Tratado de Fontainebleau garantiu a abdicação de Napoleão. Era chegada a hora de estabelecer a paz com uma França restaurada sob Luís XVIII e com fronteiras similares às de 1792[7].

O Tratado de Paz de Paris estabeleceu a paz entre a França, já governada por Luís XVIII, e a Áustria e seus aliados[8]. De igual maneira, determinou a conservação da integridade do território francês, tal como este existia em 1º de janeiro de 1792, com alguns acréscimos territoriais em regiões belgas, alemãs e italianas.

Para o direito internacional, o Tratado de Paz de Paris de 1814 possui relevância por encerrar as guerras napoleônicas e redefinir as fronteiras francesas como as existentes em 1792, com alguns acréscimos territoriais. Ademais, estabeleceu a liberdade de navegação no Rio Reno, e previu o futuro estabelecimento de princípios que, respeitados os direitos dos Estados ribeirinhos, garantissem a liberdade de navegação dos rios internacionais da forma mais favorável ao comércio de todas as nações. Outrossim, aumentou os territórios da Holanda, garantiu o respeito à independência da Suíça, estabeleceu a independência dos Estados alemães, ligados por um vínculo federativo, bem como reconheceu a soberania dos Estados italianos que não fizessem parte da Áustria[9].

Especificamente em relação à livre navegação dos rios internacionais, o Tratado de Paris de 1814 pode ser considerado como um marco histórico importante, em um sentido mais amplo e completo[10]. Recorda Casella que "durante muito tempo, os Estados ribeirinhos de rios como o Reno pretenderam reservar–se, em relação a tais rios, o exercício da navegação. A regulamentação da navegação no Reno se enceta em 1804. Esta se definirá no Tratado de Paris de 30 de maio de 1814, cujo artigo 5º proclamava que a navegação no Reno, desde o ponto em que este se tornava navegável, até o mar, e vice–versa, seria livre, de tal modo que não poderia ser proibida a ninguém. Segundo esse dispositivo, o rio Reno ficaria, assim, aberto, obrigatoriamente aos navios de todas as nações"[11].

---

[7] A. Zamoyski, *Ritos de Paz. A queda de Napoleão e o Congresso de Viena,* Rio de Janeiro, Record, 2012, p.13.

[8] C. D´Angeberg, *Le Congrès de Vienne et les Traités de 1815. Précédé et suivi des actes diplomatiques qui s'y rattachent***,** Paris, Amyot Éditeur, 1863.

[9] Comte D´Angeberg (*op. cit*. 1863, p. 165). "Article 6. *La Hollande, placée sous la souveraineté de la Maison d'Orange, recevra un accroissement de territoire. Le titre et l'exercice de la souveraineté n'y pourront, dans aucun cas, appartenir à aucun Prince portant ou appelé à porter une couronne étrangère. Les États de l'Allemagne seront indépendants, et unis par un lien fédératif. La Suisse, indépendante, continuera de se gouverner par elle–même. L'Italie, hors des limites des pays qui reviendront à l'Autriche, sera composée d'États souverains*."

[10] H. Hajnal, *The Danube. Its historical, political and economic importance,* Haia: Martinus Nijhoff, 1920, p. 39.

[11] P.B. Casella, *Direito Internacional dos espaços***,** São Paulo: Atlas, 2009, p. 329.

Ainda no tocante à reordenação territorial, o Tratado de Paris estabeleceu a soberania britânica sobre a ilha de Malta (Artigo 7º) e determinou a devolução dos territórios coloniais franceses, ocupados pelos britânicos, na América, na África e na Ásia, com exceção das ilhas de Tobago e Santa Lúcia, no Caribe, e das ilhas Maurício (*Île de France*), Rodrigues e Seychelles no Oceano Índico, que permaneceram sob domínio britânico. De igual modo, a França devolveu à Espanha a parte oriental da ilha de São Domingos, atual República Dominicana (Artigo 8º). A ilha de Guadalupe, então controlada pelo Reino da Suécia, foi devolvida à França (Artigo 9º), enquanto Portugal, em decorrência da assinatura do tratado por seus aliados, se comprometia a restituir à França a soberania sobre a Guiana Francesa, ocupada por tropas luso–brasileiras (Artigo 10).

Ao detalhar o contexto de ocupação da Guiana Francesa por Portugal, recorda Casella que "ante a conflagração na Europa, primeiro tentou Portugal obter de Napoleão, já imperador dos franceses, a sua neutralidade, tendo em vista os prejuízos que lhe poderiam advir de qualquer atitude parcial. Essa contemporização não mais pôde ser mantida, a partir de 1807, quando Napoleão determinou a extensão a Portugal do *bloqueio continental*, exigindo deste não somente o fechamento de seus portos aos navios ingleses, como o confisco dos bens e a prisão dos súditos dessa nacionalidade. Ao não concordar com o imperador dos franceses com as evasivas portuguesas, ordenou a invasão e a divisão do reino de Portugal em três partes e declarou deposta a dinastia de Bragança, ficando o Brasil e as demais colônias lusitanas para serem posteriormente partilhadas entre a França e a Espanha, conforme dispunha o tratado de Fontainebleau, assinado em 27 de outubro de 1807. O Manifesto do príncipe–regente D. João, datado de 1º de maio de 1808, do Rio de Janeiro foi a resposta dada à determinação napoleônica da deposição da dinastia de Bragança e da pretensão de divisão das colônias de Portugal, inclusive do Brasil, para objeto de ulterior divisão entre França e Espanha. Conquistada, no ano seguinte, 'pelas armas luso–brasileiras, com pequeno auxílio inglês', a Guiana francesa confirmou aquela resolução reivindicatória, ao restituir, ao governo de Luís XVIII, o tratado de paz, firmado em Paris, em 1814"[12].

O Tratado de Paris garantiu a proteção das relações comerciais e a segurança dos nacionais franceses em território britânico de acordo com a cláusula da nação mais favorecida (Artigo 12). Ademais, restabeleceu o direito de pesca dos franceses na região de Terra Nova e no golfo de São Lourenço (Artigo 13). Em matéria de direitos individuais, o Artigo 16 definiu o respeito das Altas Partes Contratantes a todos os indivíduos, de todas as classes e condições, de não serem perseguidos ou perturbados por suas opiniões políticas, bem como o respeito às suas propriedades. Esse dispositivo visava impedir eventuais revanches realistas contra partidários dos regimes

[12] P.B. Casella, *Fundamentos do Direito Internacional pós–moderno*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 1048–1049.

anteriormente existentes, protegendo antigos bonapartistas de perseguições na nova ordem que se instaurava[13]. Finalmente, o Artigo 32 do Tratado de Paris forneceu a base legal para a celebração do Congresso de Viena, ao estipular que, no prazo de dois meses, todas as potências que foram engajadas de uma parte e de outra nas guerras napoleônicas, enviariam seus plenipotenciários a Viena, para regulamentar, num congresso geral, os entendimentos que deveriam completar as disposições do Tratado de Paris[14].

III.O Congresso de Viena (1814–1815)

O Congresso de Viena, além de encetar uma nova tentativa de regulação internacional, que pretendeu suplantar mais de duas décadas de instabilidade e conflitos na Europa, deixou importantes legados para o direito internacional[15]. Os artigos de seu Ato Final, e seus anexos, redefiniram as fronteiras europeias, trataram da abolição do tráfico de escravos, institucionalizaram a classificação dos agentes diplomáticos e abordaram a livre navegação dos rios internacionais. Igualmente, conforme interpreta Pellegrino[16], tem início um processo de codificação do direito internacional: resultado das disposições assumidas no Congresso de Viena, de 1815, as nações deram curso ao compromisso de instalar, a partir de então, um processo de codificação do direito internacional. Apesar dos entraves burocráticos, por envolver a acomodação de interesses imediatos das partes concernidas, ainda assim foi possível colher os primeiros resultados desse esforço, com o lançamento de um estatuto sobre a precedência entre os agentes diplomáticos, o regime jurídico de alguns rios internacionais e a abolição do tráfico de escravos. Com esta evolução técnico–jurídica, o direito ganhou maior eficiência, passando a intervir em distintos segmentos das relações humanas.

Cumpre salientar que a iniciativa de convocação de grandes congressosinternacionais remonta a uma longa tradição congressual europeia, que antecede o Congresso de Viena em vários séculos e que também o sucede[17]. Essa tradição se desenvolveu, desde a Idade Média, com a celebração dos concílios da igreja católica. A necessidade de soluções racionais e juridicamente ordenadas para dirimir conflitos levou à frequente convocação de congressos no encerramento das principais

[13] M. Jarrett, *The Congress of Vienna and its legacy: war and great power diplomacy after Napoleon,* New York: I.B.Tauris, 2014, p. 65.

[14] C. D´Angeberg, *op. cit*., 1863, p. 170.

[15] H. Accioly, G. E. Nascimento e Silva; P. B. Casella, *Manual de Direito Internacional Público*, 22ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 80.

[16] C.R. Pellegrino, *Estrutura Normativa das Relações Internacionais*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, p. 9.

[17] G. R. Flassan, *Histoire du congrès de Vienne par l'auteur de l'Histoire de la diplomatie française*, Paris, Treuttel et Wurtz, 1829, p. 124.

guerras europeias, como ocorreu com os congressos de Münster, Osnabrück[18], Nijmegen, Ryswijck, Utrecht, Cambrai, Soissons e Aix–la–Chapelle e como voltaria a ocorrer no século XX[19].

As duas décadas de revoluções internas e guerras externas, com as consequentes injustiças e violências praticadas, fortaleceram o desejo do restabelecimento de uma ordem jurídica internacional. Quanto mais triunfava externamente a força sobre o direito, mais se fortalecia a crença íntima na necessidade e dignidade do direito na vida dos povos. Era necessário reintroduzir nas relações internacionais o espírito do direito[20]. Dessa forma, o Congresso de Viena encerra o conturbado período beligerante antecedente e inaugura novo sistema internacional.

As negociações do congresso se iniciaram em setembro de 1814. Oficialmente, seus trabalhos foram inaugurados em 1º de novembro de 1814, sendo seu Ato final firmado em 9 de junho de 1815. Dentre os principais temas discutidos no Congresso de Viena, destacam–se seu Regulamento sobre a classificação e a precedência entre os agentes diplomáticos, a declaração sobre a abolição do tráfico de escravos e a livre navegação dos rios internacionais.

1. O Regulamento de Viena sobre a classificação entre os agentes diplomáticos

O desenvolvimento da diplomacia se relaciona com a atividade internacional dos Estados que, durante séculos, representou sobretudo a consecução dos interesses nacionais, delineada no âmbito da política externa e executada alhures mediante representações consulares e diplomáticas[21]. A diplomacia, desde a mais remota Antiguidade, constituiu importante instrumento de promoção dos interesses dos Estados e se consolidou como relevante mecanismo de solução pacífica de controvérsias[22]

[18] Sobre a relevância dos tratados de Münster e Osnabrück, "Le *droit public de l'Europe* ou *jus publicum Europaeum,* appelé aussi, notamment par les publicistes germaniques, "droit des gens de l'Europe" *(europäisches Völkerrecht),* a été la base du droit international "classique", qui est resté en vigueur pratiquement jusqu'à la première guerre mondiale. Ses assises furent posées par la Paix de Westphalie (1648), non seulement parce que les traités de Munster et d'Osnabrück convertirent la constitution de l'Empire en affaire européenne, mais encore parce qu'ils furent le point de départ de toute une série de traités ultérieurs qui s'y rattachent et s'enchaînent expressément les uns aux autres, formant un véritable *corpus iuris gentium* européen." A. Truyol y Serra, " L'expansion de la société internationale aux XIXe et XXe siècles", *RCADI*, 1965, vol. 116, p. 105.

[19] Jarrett, *op. cit*, 2014, p. 122.

[20] G. Stadtmüller, *Historia del Derecho Internacional Publico*, parte I, Hasta el Congreso de Viena (1815), Madrid, Aguilar, 1961, pp. 233–237.

[21] H. Hildebrando, *Tratado de direito internacional público*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 531.

[22] P. B. Casella, *Direito internacional no tempo antigo*, São Paulo, Atlas, 2012, p. 270.

nas relações internacionais[23]. Outrossim, desempenhou importante papel no desenvolvimento das atividades comerciais.

Embora o caráter sagrado de embaixadores e representantes dos Estados acreditados perante soberanos estrangeiros fosse reconhecido desde a Antiguidade, o estabelecimento de embaixadores residentes de forma permanente é figura mais recente, surgindo entre soberanias italianas do século XV. Os institutos da diplomacia se desenvolveram em diversas regiões e em diferentes épocas. A partir do século XV, a necessidade de institucionalização e de uma convivência pacífica entre os Estados italianos levou ao interessante desenvolvimento da diplomacia. O surgimento da figura do embaixador propiciou uma relevante consolidação institucional e o fortalecimento do instituto obteve um papel crucial no período de relativa estabilidade na península italiana[24].

Foi no Congresso de Viena a primeira tentativa codificadora no sentido de regulamentar a complexidade das classes e dos agentes diplomáticos. O Regulamento constante no Anexo XVII do Ato Final do Congresso de Viena, de 9 de junho de 1815, disciplinou a classe hierárquica dos agentes diplomáticos a fim de tornar mais transparentes e céleres as negociações diplomáticas[25].

O Congresso de Viena inaugurou um importante Regulamento sobre a classificação dos diplomatas, representando a primeira codificação sobre a diplomacia. O Regulamento teve o mérito de acabar com as eternas disputas sobre a precedência dos chefes de missão, uma das principais preocupações da diplomacia e frequente

[23] Emer de Vattel (2004), no século XVIII, apontava para importância e necessidade de comunicação mútua entre as nações, para evitar que se prejudiquem reciprocamente e para ajustar e terminar as suas controvérsias. Segundo Vattel, nações e soberanos não têm outros meios de comunicar e tratar uns com os outros senão por intermédio de procuradores ou mandatários, de delegados investidos de ordens e poderes, ou seja, de ministros públicos. Todo Estado soberano tem, pois, o direito de enviar e receber ministros públicos, "pois eles são os instrumentos necessários dos negócios que os soberanos têm uns com os outros, e da correspondência que eles têm o direito de manter". Entre as categorias de ministros públicos, Vattel expõe a figura do Embaixador, este "fica acima de todos os outros ministros que não são investidos com o mesmo caráter e têm precedência sobre eles"; a categoria dos encarregados de negócios "Eles são ministros de segunda categoria, a quem o respectivo soberano desejou conferir um nível de dignidade e de consideração, o qual, sem se comparar com o de embaixador, o segue imediatamente e não é precedido por nenhum outro" e os Cônsules, que segundo Vattel, "não são ministros públicos, e consequentemente não estão sob a proteção do direito das gentes. Mas dá–se–lhes uma proteção mais especial que a outros estrangeiros ou cidadãos e também dedica–se–lhes certas deferências em consideração ao príncipe a que eles servem. E. Vattel, Emer, *O Direito das Gentes*, Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004, p. 214.

[24] G. E. Nascimento e Silva; P.B. Casella, O. Bittencourt, *O Direito Internacional Diplomático. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas na Teoria e na Prática*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 22.

[25] E.P. Bueno; M. Freire; V.A. P.Oliveira. "As origens históricas da diplomacia e a evolução do conceito de proteção diplomática dos nacionais", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2017, pp. 623–649.

motivo de sérias desavenças entre as cortes[26]. As normas adotadas pelo Regulamento de Viena sobre a classificação de agentes diplomáticos relativas à precedência chegaram aos nossos dias e se acham reproduzidas, *mutatis mutandi*, nos artigos 14 e 16 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961[27].

O Regulamento de Viena sobre a classificação entre os agentes diplomáticos foi firmado em 19 de março de 1815 por representantes da Áustria, Espanha, França, Grã–Bretanha, Portugal, Prússia, Rússia e Suécia. As oito potências europeias contratantes visavam prevenir os embaraços frequentemente apresentados entre os diferentes agentes diplomáticos, adequando juridicamente a questão.

O direito diplomático e, mais exatamente, a questão dos privilégios e garantias dos representantes de certo Estado junto ao governo de outro, constituíram o objeto do primeiro tratado multilateral de que se tem notícia: o Règlement de Viena, de 1815, que deu forma convencional às regras até então costumeiras sobre a matéria[28].

A existência de um Regulamento se fazia necessária diante dos frequentes conflitos que ocorriam quando um embaixador de um determinado Estado era recepcionado por um soberano com preferência em relação a um embaixador de outro Estado[29]. A ordem de precedência, juridicamente acordada, visava padronizar o tratamento, evitando–se a ocorrência de conflitos[30] futuros.

---

[26] Mesmo durante os debates no Congresso de Viena, não houve consenso inicial entre os plenipotenciários das diferentes potências europeias. Zamoyski (*op. cit*, 2012, p. 406) anota, a respeito das tratativas para a elaboração do Regulamento, as objeções suscitadas pelo conde de Palmela (Portugal) e pelo marquês de Labrador (Espanha) sobre a questão: "Palmela e Labrador sugeriram que todas as unidades políticas fossem classificadas em duas categorias, de acordo com seu status de poder, argumentando que era um absurdo tratar o embaixador de um pequeno principado como se ele estivesse no mesmo patamar que o da Rússia ou o da Inglaterra. Tampouco eles pensavam que as repúblicas deveriam gozar da mesma consideração que reinos antigos".

[27] G.E. Nascimento e Silva, *Convenção sobre Relações Diplomáticas: a codificação do direito internacional* (Viena 1961), Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989, p. 533.

[28] F. Rezek, *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, São Paulo, Saraiva, 2011, 13ª. ed., p. 199.

[29] J–A.Sédouy, *Le concert européen. Aux origines de l'Europe 1814–1914*, Paris, Fayard, 2009.

[30] Um exemplo de conflito envolvendo a questão de precedência diplomática ocorreu em Portugal, durante o período pombalino, por ocasião do casamento da princesa do Brasil: "*Pombal, Prime Minister of Portugal, in 1760, on the occasion of the marriage of the Princess of Brazil, caused a circular to be addressed to the foreign representatives, announcing the ceremony, and acquainting them that ambassadors at the court of Lisbon, with the exception of the papal nuncio and the imperial ambassador, would thenceforth rank, when paying visits or having audiences granted to them, according to the date of their credentials. Choiseul, the French minister for foreign affairs, when the matter was referred to him, maintained that 'the King would not give up the recognised rank due to his crown, and his Majesty did not think that the date of credentials could in any case or under any pretext weaken the rights attaching to the dignity of France.' He added that though kings were doubtless masters in their own dominions, their power did not extend to assigning relative rank to other crowned heads without the sanction of the latter. 'In fact,' said he, 'no sovereign in a matter of this kind recognises powers of legislation in the person of other sovereigns. All Powers are bound to each other to do nothing contrary to usages which they have*

O Artigo 1º do Regulamento dividiu os agentes diplomáticos em três classes: (i) a dos embaixadores, legados ou núncios; (ii) a dos enviados, ministros ou outros acreditados perante os soberanos; e (iii) a dos encarregados de negócios, apenas acreditados perante os ministros dos negócios estrangeiros. Já o Artigo 2º definiu que somente os embaixadores, legados e núncios possuiriam caráter representativo. Foi negada a atribuição de uma categoria superior aos agentes diplomáticos em missão extraordinária (Artigo 3º) e definiu–se que os agentes diplomáticos teriam precedência dentro de cada classe conforme a data de notificação oficial de sua chegada (Artigo 4º), evitando–se assim preferências causadoras de conflitos, pela adoção de um critério cronológico e racional[31].

O Regulamento também determinou que cada Estado deveria adotar um sistema uniforme para a recepção dos agentes diplomáticos de cada classe (artigo 5º) e que os laços de parentesco, as alianças de família ou alianças políticas entre as cortes não concederiam maior hierarquia aos seus agentes diplomáticos (artigo 6º), enquanto a ordem de assinatura em instrumentos multilaterais deveria ser aleatória (artigo 7º). Sua formulação definitiva seria dada em 1818, durante o Congresso de Aix–la–Chapelle (*Aachen*)[32].

---

no power to change. […] Pre–eminence is derived from the relative antiquity of monarchies, and it is not permitted to princes to touch a right so precious. […] The King will never, on any pretext, consent to an innovation which violates the dignity of his throne.' Nor did Spain accord a more favourable reception to this new rule of etiquette, while the court of Vienna, though the imperial rights had been respected, replied to Paris that such an absurdity only deserved contempt, and suggested consulting with the court of Spain in order to destroy the ridiculous pretension of the Portuguese minister." E. Satow, *A guide to diplomatic practice***,** Londres, Longmans, 1932, p. 27.

[31] Comte D´Angeberg (op. cit., 1863, p. 939). *Reglement du 19 mars 1815 sur le rang entre les agents diplomatiques.* "*Pour prévenir les embarras qui se sont souvent présentés, et qui pourraient naître encore des prétentions de présence entre les différents agents diplomatiques, les Plénipotentiaires des Puissances signataires du traité de Paris sont convenus des articles qui suivent, et ils croient devoir inviter ceux des autres Têtes Couronnées à adopter le même règlement.*

Art. 1er. Les employés diplomatiques sont partagés en trois classes : Celle des ambassadeurs, Légats ou Nonces; Celle des Envoyés, Ministres ou autres accrédités auprès des Souverains; Celle des Chargés d'affaires, accrédités auprès des Ministres chargés des Affaires Etrangères.

Art. 2. Les Ambassadeurs, Légats ou Nonces ont seuls le caractère représentatif.

Art. 3. Les employés diplomatiques en mission extraordinaire n'ont, à ce titre, aucune supériorité de rang.

Art. 4. Les employés diplomatiques prendront rang entre eux dans chaque classe, d'après la date de la notification officielle de leur arrivée. Le présent règlement n'apportera aucune innovation relativement aux représentants du Pape."

[32] D. Gaurier, *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l´Antiquité à l´aube de la période contemporaine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005, p. 397, recorda que, após a revisão realizada em Aix–la–Chapelle (1818), foi acrescentada uma nova terceira classe, a dos ministros residentes, enquanto a quarta classe foi destinada aos encarregados de negócios: "*Un appendice, annexé par le Protocole d´Aix–la–Chapelle de 1818 à l´Acte final régulait le rang des agents diplomatiques d´une façon qui a virtuellement duré jusqu´à aujourd´hui. Existent quatre groupes: le premier inclut des ambassadeurs et les légats pontificaux ou nonces, tous considérés comme disposant d´un*

Ressaltando a importância do Regulamento de Viena sobre a classificação entre os agentes diplomáticos, considera Truyol y Serra[33] "se tratar de um primeiro passo para a codificação de uma matéria regida desde sempre somente pelo costume internacional". Observa, ainda, o referido autor, a longevidade do Regulamento de Viena no âmbito do direito diplomático, ao afirmar que o estatuto "teve vigor até a Convenção de Viena sobre relações diplomáticas de 18 de abril de 1961".

2. A declaração das potências sobre a abolição do tráfico negreiro de 8 de fevereiro de 1815

Outra questão abordada no Congresso de Viena foi a declaração das potências sobre a abolição do tráfico negreiro de 1815. O assunto era extremamente polêmico no início do século XIX e a abolição do tráfico sofria oposição ferrenha de países como Portugal e Espanha, ainda envolvidos com o comércio de escravos africanos para as Américas e sua utilização como mão de obra em suas colônias. Por seu turno, a Grã–Bretanha, que havia abolido o tráfico de escravos em 1807, pressionava as demais potências europeias a igualmente extingui–lo.

Desde o início do século XVI, o tráfico de escravos movimentou a economia europeia, fornecendo milhões de seres humanos traficados à força da África para trabalhar como mão de obra em colônias europeias nas Américas. Grã–Bretanha, Portugal, França e Holanda foram extremamente atuantes no comércio atlântico de escravos africanos.

Além de sua dimensão econômica, a temática também envolvia a pressão de parcela da opinião pública britânica. Através da atuação de grupos humanitários e abolicionistas, Lorde Castlereagh, o Duque de Wellington e outros líderes britânicos sofriam constante pressão pela obtenção de uma abolição geral do tráfico, a ser declarada por todos os países europeus[34].

Após a abolição do tráfico através de uma lei interna, aprovada em 1807, a Grã–Bretanha passou a pressionar as demais potências europeias mediante a assinatura de tratados bilaterais que previam a abolição. Dessa forma, conseguiu a concordância da Suécia em abolir o tráfico em um tratado de aliança de 1813, engajou a

caractère représentatif, le second comprend les envoyés, le troisième les ministres résidents et le quatrième les chargés d´affaires."

[33] A. Truyol y Serra, *op. cit*, 1998, p. 101.

[34] Jerome Reich, em seu artigo intitulado "The Slave Trade at the Congress of Vienna. A Study in English Public Opinion" (*The Journal of Negro History*, vol. 53, nº 2, Apr., 1968, pp. 129–143) investiga o peso que a opinião pública inglesa teve na política externa britânica do período, que pressionava pela abolição do tráfico de escravos. Embora considere relevante o argumento dos interesses econômicos britânicos na abolição do tráfico em 1807 e na campanha pela abolição universal do tráfico de escravos nos anos seguintes, J. Reich discorda de autores que reduzem a questão a aspectos meramente econômicos. Nesse sentido, demonstra a relevância da pressão exercida pela opinião pública abolicionista britânica sobre Castlereagh e outras lideranças britânicas do período.

Dinamarca em 1814 e obteve o compromisso pessoal de Guilherme d´Orange de que os Países Baixos não mais participariam no comércio de escravos. Desde o início de 1815, Castlereagh passou a pressionar seus pares no Congresso de Viena para que a questão fosse especificamente debatida, resultando em um compromisso europeu pela abolição. Nesse sentido, sugeriu a criação de um comitê internacional para tratar exclusivamente da supressão do tráfico de escravos. Caberia aos representantes das principais potências europeias a indicação de plenipotenciários para esse comitê, que inclusive continuaria a atuar após o término do Congresso de Viena, na tarefa de supervisionar a proibição. Em 20 de janeiro de 1815 foi realizada uma conferência particular para deliberar sobre a abolição do tráfico negreiro. Contando com a presença das denominadas oito potências cristãs – Áustria, Espanha, França, Grã–Bretanha, Portugal, Prússia, Rússia e Suécia – a conferência não obteve os resultados esperados pela diplomacia britânica. Talleyrand, Labrador e Palmela se opuseram a uma abolição imediata do tráfico, como queria a Grã–Bretanha. A França, entretanto, concordava com a abolição em um prazo de cinco anos, enquanto Espanha e Portugal prometiam se esforçar para abolir o tráfico de escravos em um prazo de oito anos[35].

Diante do impasse que se formou, Castlereagh lançou mão de sua capacidade diplomática e de instrumentos de pressão econômica para contornar a objeção ibérica à abolição. Dessa forma, a Grã–Bretanha firmou um tratado em separado com Portugal, em 22 de janeiro de 1815, no qual este consentia com a abolição do tráfico de escravos ao norte da linha do Equador, em troca do perdão de uma dívida de 600 mil libras[36]. O governo português se liberou de um empréstimo contraído com a Grã–Bretanha e ainda resguardou o direito de continuar a traficar escravos de suas colônias localizadas abaixo da linha do Equador para o Brasil, enquanto a Grã–Bretanha isolou a Espanha, garantindo apoio quase consensual para a abolição do tráfico negreiro, ainda que essa abolição fosse geograficamente limitada ao hemisfério norte.

No encontro dos Oito (Áustria, Espanha, França, Grã–Bretanha, Portugal, Prússia, Rússia e Suécia) de 4 de fevereiro de 1815, Castlereagh sugeriu o estabelecimento de uma comissão permanente para promover a causa, mas Labrador protestou afirmando que a questão era interna para cada país e lembrou aos presentes que o

[35] T.Lentz, *Le Congrès de Vienne. Une refondation de l´Europe 1814–1815*, Paris, Perrin, 2013, pp. 301–317.

[36] O Tratado de 22 de janeiro de 1815 teve a denominação oficial de "*Tratado de abolição do traffico de escravos em todos os lugares da Costa da África ao Norte do Equador, entre os muito altos, e muito poderosos senhores o Principe Regente de Portugal, e El–Rei do Reino Unido da Grande Bretanha e Irlanda: feito em Vienna pelos Plenipotenciarios de huma e outra Corte em 22 de janeiro de 1815, e ratificado por ambas*". Está disponível para consulta na coleção de livros raros da biblioteca digital da Câmara dos Deputados da República Federativa do Brasil, no seguinte endereço eletrônico: http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1764 . Acesso em 16 de setembro de 2016.

congresso não havia sido convocado para decidir questões como aquela ou discutir a moralidade. Castlereagh levantou a possibilidade de trocar sanções para mercadorias produzidas pelo trabalho escravo, o que, nas entrelinhas da linguagem diplomática na qual as minutas são redigidas, provocou algumas respostas malcriadas. Na reunião seguinte, 8 de fevereiro, todas as potências assinaram uma declaração concordando que o comércio de escravos era repugnante e imoral. Eles declararam a intenção de erradicá–lo e seu comprometimento em trabalhar para esse fim com zelo e perseverança. Não se tratou de uma grande vitória para Castlereagh, mas foi o melhor que ele pôde fazer considerando–se as circunstâncias[37].

A declaração das potências sobre a abolição do tráfico negreiro de 8 de fevereiro de 1815, firmada por Áustria, Espanha, França, Grã–Bretanha, Portugal, Prússia, Rússia e Suécia, inicia afirmando que "o comércio conhecido pelo nome de tráfico de negros da África sempre foi considerado pelos homens justos e esclarecidos de todos os tempos como contrário aos princípios de humanidade e da moral universal"[38]. Igualmente, faz referência à opinião pública de todos os países cultos, que então demandava a supressão o mais brevemente possível do tráfico de escravos.

Considerou ainda a declaração que, sucessivamente, todas as potências que possuíssem colônias nas diferentes partes do mundo deveriam reconhecer, por leis, por tratados e por outros empenhos formais, a obrigação e a necessidade de extinguir o tráfico de escravos. A matéria já havia sido regulada por um artigo em separado do Tratado de Paris de 1814, de acordo com o qual a Grã–Bretanha e a França deveriam unir seus esforços no Congresso de Viena para "convencer todas as potências da cristandade a decretar a proibição universal e definitiva do comércio de negros". A declaração considerou o tráfico de escravos contrário ao espírito da época, devendo, portanto, ser abolido por todas as potências europeias o mais brevemente possível. De igual modo, sustentou que o objetivo da declaração somente seria alcançado com uma abolição geral do tráfico negreiro.

Em que pese suas limitações, a declaração das potências sobre a abolição do tráfico negreiro, de 8 de fevereiro de 1815, anexo XV ao Ato final do Congresso de Viena, significou o relevante entendimento de Estados europeus sobre a necessidade de acabar com o odioso comércio de escravos. Suas limitações eram condizentes com o direito internacional existente à época, na qual muitos Estados levantavam como argumento a soberania nacional para se negar a aceitar a abolição, considerada prejudicial aos seus interesses econômicos. Foi essa a posição sustentada no Congresso por Espanha e Portugal. De qualquer forma, afirmar em uma declaração internacional, no início do século XIX, que a escravidão era repugnante aos princípios

[37] A. Zamoyski, *op. cit*, 2012, p. 400.

[38] Comte d´Angeberg (*op. cit*., 1863, p. 726), do original em francês: *"[...] le commerce connu sous le nom de Traite des nègres d'Afrique a été envisagé par les hommes éclairés de tous les temps, comme répugnant aux principes d'humanité et de morale universelle.*" (tradução nossa).

de humanidade e de moral universal representou um marco histórico importante para o direito internacional, sobretudo quando parte considerável das economias das colônias americanas estava firmemente assentada na mão de obra escrava. De acordo com Lentz[39], pela primeira vez aparece a prática de sanções econômicas internacionais em tempos de paz, através da atuação diplomática de Castlereagh, que propôs a interdição do comércio com os países que se recusassem a abolir o tráfico.

Na opinião de Gaëtan de Raxi de Flassan[40], diplomata e historiador francês que participou do Congresso de Viena como auxiliar de Talleyrand, a diplomacia britânica logrou forçar os países escravistas a reconhecer que o comércio de escravos deveria ter um ponto final. Nesse sentido, a declaração teria constituído o triunfo da razão e da dignidade da pessoa humana independentemente de aspectos fisionômicos.

3. A Comissão sobre a livre navegação dos rios internacionais

A livre navegação dos rios internacionais recebeu tratamento relevante durante o Congresso de Viena. A matéria foi abordada nos Artigos 108 a 117 do Ato final de Viena, bem como no Anexo XVI, que trata dos regulamentos para a livre navegação dos rios internacionais.

Anteriormente ao Congresso de Viena, a questão já havia sido discutida em alguns tratados firmados no fim do século XVIII e no início do século XIX, como o Tratado de paz de Campoformio de 1797, os Tratados de Tilsit de 1807 e o Tratado de Paris de 1814. Como observa Casella[41] foi, contudo, no Congresso de Viena em que boa parte da normatização em matéria de regulação de rios internacionais se fez a partir da prática e das necessidades operacionais, primeiro da navegação. O Ato final de Viena se tornou uma referência na normatização fluvial internacional durante um século, tendo igualmente influenciado acordos específicos sobre rios internacionais europeus e africanos[42].

De acordo com Hajnal[43], durante o Congresso de Viena, a Comissão relativa à livre circulação dos rios visava dar consecução prática à previsão disposta no Artigo 5º do Tratado de Paris de 1814, segundo a qual o congresso se ocuparia da definição dos princípios que regulariam os rios internacionais, de forma mais favorável ao comércio das nações. A Comissãofoi instalada em dezembro de 1814 e começou seus trabalhos técnicos em fevereiro de 1815. Estava composta de representantes da

[39] T. Lentz, *op. cit*, 2013, p.310.
[40] G. R. Flassan, *op.cit*., 1829, p. 294.
[41] P. B. Casella, *op. cit*, 2009, p. 305.
[42] A. Kindier**,** *Le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation***,** Estrasburgo, Ecole doctolale de droit, de science politique et d'histoire – tese de doutorado, 2008, p. 4.
[43] H. Hajnal, *op. cit*, 1920, p. 46.

Áustria, da França, da Grã–Bretanha, da Prússia, dos Países Baixos, da Baviera e de pequenos Estados alemães. Foram realizadas treze reuniões plenárias, obtendo–se o acordo sobre os princípios consagrados nos artigos relativos à liberdade de navegação fluvial, expressos no Ato final de Viena.

O conceito jurídico utilizado em Viena para definir os rios internacionais abrangia aqueles que, no seu curso navegável, separam ou atravessam diferentes Estados. No mesmo sentido a classificação hodierna da doutrina internacionalista pátria, que classifica os rios internacionais em *contíguos*, quando correm entre os territórios de dois ou mais Estados; ou *sucessivos*, quando atravessam os territórios de dois ou mais Estados[44].

O Artigo 108 do Ato final do Congresso de Viena estipulou que os Estados que se encontram separados ou atravessados por um mesmo rio navegável se obrigam a regular, de comum acordo, as questões relativas à navegação do rio em questão. Para tanto, deveriam nomear comissários que se reuniriam, no prazo máximo de seis meses após o término do congresso, devendo adotar, como base de seus trabalhos, os princípios estabelecidos nos artigos seguintes[45]. Por seu turno, o Artigo 109 estabeleceu a plena liberdade de navegação de todo o curso dos rios internacionais europeus, desde o ponto em que cada um fosse navegável, até a respectiva embocadura. A navegação passou a ser inteiramente livre a qualquer pessoa, vedando–se qualquer proibição relativa à navegação comercial. Igualmente, a administração e o poder de polícia relativos à navegação dos rios internacionais deveriam seguir um modo uniforme para todos, sendo o mais favorável possível ao comércio de todas as nações. Percebe–se que, dada a tecnologia existente à época, a única utilização atribuída aos rios internacionais era a própria navegação, que adquiria relevância sobretudo comercial. Ainda não se discutiam outros usos e fins diversos dos de navegação, como veio a ocorrer posteriormente, com a utilização das águas fluviais para a geração de energia elétrica, atividades industriais, entre outros usos[46].Outras questões normatizadas foram os direitos de cobrança das casas aduaneiras (Artigo 112), os trabalhos de conservação nos leitos dos rios, a serem realizados pelos Estados ribeirinhos, a fim de manter a navegabilidade dos rios (Artigo 113) e a vedação de entraves alfandegários ao direito de livre navegação (Artigo 115). Por fim, os regulamentos particulares anexos definiram a circulação nos rios Reno, Necar, Meno, Mosela, Meuse e Escalda (Artigo 117).

Um dos efeitos diretos do anexo XVI do Ato final do Congresso de Viena foi a criação da Comissão Central para a Navegação do Reno (CCNR), na qual

[44] P.B. Casella, *op.cit*., 2009, p. 307.

[45] C. d´Angeberg, *op. cit*., 1863, p. 1396.

[46] A regulação internacional para fins diversos aos de navegação é definida pela *Convenção sobre o direito relativo à utilização dos cursos de água internacionais para fins diversos dos de navegação*, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de maio de 1997.

participariam representantes dos Estados ribeirinhos, visando garantir a eficácia do princípio da liberdade de navegação. Com sede atualmente em Estrasburgo[47], a CCNR atua continuamente para garantir a liberdade de navegação do Reno em seus aspectos físicos, administrativos, tributários e regulatórios. Visa também assegurar um tratamento igualitário através do sistema unificado de regulação para a navegação do Reno. Sua atividade tem como objetivos centrais a prosperidade do Reno e do sistema europeu de navegação interior, garantindo um elevado padrão de segurança para a navegação e o meio ambiente.

A partir da regulação internacional conferida pelos artigos do Congresso de Viena relativos à livre navegação dos rios internacionais, foi consolidado o princípio da liberdade de navegação dos cursos d´água que atravessam o território de mais de um Estado. Esse princípio, utilizado incialmente para o rio Reno e para os demais rios que figuram no Anexo XVI do Ato final de Viena, serviu, nas décadas seguintes, de embasamento e inspiração para o estabelecimento da liberdade de navegação em outros rios europeus e em rios americanos e africanos[48].

IV. Conclusão

O estudo do direito internacional não significa a história enquanto história, mas a compreensão do direito internacional, tal como este se modifica, enquanto sistema, ao longo do tempo[49]. O Congresso de Viena (1814–1815) representou uma tentativa de organização do sistema internacional, em especial o europeu, fundado no equilíbrio de poder e numa série de princípios de direito internacional que, sobretudo no primeiro quartel do século XIX, entrelaçaram–se mutuamente.

O Congresso de Viena manteve a lógica de contenção da pretensão hegemônica napoleônica, inaugurando um período de transição pautado no equilíbrio de poder e nas novas tentativas de regulação internacional. Entre remanejamentos territoriais e equilíbrio de forças, o Congresso deixou importantes legados para o direito internacional, especialmente no que diz respeito à abolição do tráfico de escravos, institucionalização e classificação dos agentes diplomáticos, aplicação do princípio da livre navegação dos rios internacionais e proteção da minoria judaica nos Estados alemães.

Como vimos, o término do Congresso de Viena e as subsequentes assinaturas do Tratado da Santa Aliança e do Tratado da Segunda Paz de Paris, além da formação da Quádrupla Aliança, deram início ao funcionamento do denominado Concerto

[47] A primeira sede da CCNR foi a cidade de Mainz. Em 1861 a sede foi transferida para Mannheim, onde permaneceu até 1919, quando o Tratado de Versalhes transferiu a sede para Estrasburgo.

[48] H. Hajnal, *op.cit*., 1920, pp. 52–53.

[49] P.B.Casella, *op.cit*., 2012, p. 12.

Europeu. Durante o primeiro quartel do século XIX, o Concerto funcionou através da realização de congressos e conferências de plenipotenciários das principais potências europeias, nos quais os assuntos mais relevantes do sistema internacional vigente foram debatidos, buscando–se resoluções concertadas para as eventuais controvérsias existentes.

Refletindo sobre a importância de conferências como o Congresso de Viena para a codificação do direito internacional, W. G. Grewe[50] sustenta que o Ato final de Viena foi fundamental para a regulação de importantes aspectos da vida internacional, como o Regulamento sobre a classificação e precedência entre os agentes diplomáticos, a declaração contra o tráfico de escravos – que classificou essa atividade como uma violação do direito internacional – e o estabelecimento do princípio da livre navegação dos principais rios europeus

Para Rosenne[51]é necessário examinar de perto o impacto do século XIX sobre a evolução do direito internacional geral. Essa evolução consiste na transformação de um conjunto de regras que orientavam as relações entre os Estados europeus. Para o jurista, o Congresso de Viena de 1815, após as guerras napoleônicas, reorganizou o sistema político europeu baseado no governo autocrático dos Estados. Esse sistema aceitou a colonização das áreas não europeias do mundo como parte da ordem mundial. Ao mesmo tempo, começou a lidar com os direitos humanos em escala universal, iniciando o processo de abolição do tráfico de escravos. Segundo Correia[52], fazer um balanço do Congresso de Viena não é uma tarefa fácil. Ao mesmo tempo em que o Congresso representava uma nova concepção de direito público, insistia nas práticas do Antigo Regime e no frágil equilíbrio de poder. De acordo com o autor, uma perspectiva mais conservadora diria que o Congresso de Viena foi o instrumento que possibilitou assegurar a paz na Europa durante algumas décadas. Por sua vez, uma perspectiva mais liberal afirmaria que o Congresso teria sido o preço que o estabelecimento da paz condicionou à liberdade dos povos e à independência das nações.

M.N. Shaw[53] assevera que o Congresso de Viena consagrou uma nova ordem internacional que se basearia no equilíbrio europeu de poder. Nesse contexto, o direito internacional se tornou eurocêntrico, reservado aos Estados cristãos e civilizados, e perante o qual as demais nações somente poderiam ingressar com o consentimento e de acordo com as condições estabelecidas pelas potências ocidentais. Paradoxalmente, enquanto o direito internacional se tornava geograficamente

[50] W. G. Grewe, *The epochs of international law,* Berlim, Walter de Gruyter, 2000, p. 512.

[51] S. Rosenne, "*The perplexities of modern international law"***,** Haia: RCADI, volume 291, 2001, p. 29.

[52] M. Correia, "O Congresso de Viena: fórum da diplomacia conservadora no refazer da carta europeia". *In: Nação e Defesa*,ano XIX, nº 69, janeiro–março de 1994, pp. 37–66. Lisboa: Instituto da Defesa Nacional de Portugal, 1994, pp. 60–64.

[53] M. N. Shaw, *op. cit*., 2008, p. 27.

internacionalizado através da expansão dos impérios europeus, tornou–se menos universalista na concepção e mais, teoricamente e na prática, um reflexo dos valores europeus.

O Ato final de Viena também foi inovador ao ser um tratado coletivamente assinado por potências europeias. Nos períodos anteriores a 1815, tratados multilaterais eram a exceção, sendo a regra a assinatura de tratados bilaterais. A partir do Congresso de Viena os tratados multilaterais se multiplicaram. Outrossim, a forma de tratado como um *ato geral*, a exemplo do Ato final de Viena, passaria a ser utilizada em importantes conferências internacionais posteriores, como a de Paris de 1856, as de Berlim em 1878 e em 1885, a de Bruxelas em 1890 e a de Algeciras em 1906[54].

Como ressalta Shaw[55], o Congresso de Viena contribuiu para a proliferação de conferências europeias ao longo do século XIX – as quais contribuíram significativamente para o desenvolvimento de normas que regem as relações entre os Estados. O Comitê Internacional da Cruz Vermelha, fundado em 1863, ajudou a promover as Convenções de Genebra a partir de 1864. Posteriormente, as Conferências de Haia de 1899 e 1907, estabeleceram a Corte Permanente de Arbitragem. Várias outras conferências, convenções e congressos enfatizaram a expansão das normas de direito internacional, ao mesmo tempo em que aumentavam os estudos de direito internacional por especialistas.

O Sistema de Congressos pode ser interpretado como um experimento audacioso. Foi precursor no estabelecimento de mecanismos institucionais responsáveis por regular as relações entre Estados soberanos com o objetivo da manutenção da paz e da estabilidade internacional. Consistiu em um período no qual foi desenvolvida uma nova forma de coexistência internacional visando moderar os conflitos armados e suprimir movimentos revolucionários que ameaçassem o princípio da legitimidade. Embora não tenha perdurado, marcou um passo decisivo na evolução das instituições internacionais, servindo como precursor direto das conferências diplomáticas do fim do século XIX, da Sociedade das Nações e das Nações Unidas, assim como de cúpulas diplomáticas contemporâneas que tratam dos mais variados temas do sistema internacional[56].

---

[54] "*The peace settlement of Cateau–Cambrésis, Vervins, Utrecht and Versailles, were concluded in the form of bilateral treaties. Even the peace of Westphalia with the double treaties of Münster and Osnabrück and the special Hispano–Dutch peace treaty did not involve collective treaties in the true sense. In the First Peace of Paris (30 May 1814) and the Second Peace of Paris (20 November 1815) several – albeit identically worded – treaty instruments were still used between the various parties. Only from the Congress of Vienna onwards did the collective treaty, usually in the form of a General Act, become the rule rather than the exception. […] This form of treaty – the General Act – was used again and again by the great conferences of the nineteenth century: in Paris in 1856, Berlin in 1878 and in 1885, Brussels in 1890 and Algeciras in 1906.*" W. G. Grewe, *op. cit*, 2000, p. 513–514.

[55] M. N. Shaw, *op.cit*., 2008, p. 28.

[56] M. Jarret, *op. cit*, 2014, pp. 353–354.

Bibliografía

ACCIOLY, Hildebrando: *Tratado de direito internacional público*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público***.** 22ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALEXANDRE, Valentim. Portugal e a abolição do tráfico de escravos (1834–51). *In*: *Análise Social*, Quarta Série 26.111. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1991, pp. 293–333.

AMARAL, Braz do. O Brasil no Congresso de Viena de 1815. *In:Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 175, 1940, pp. 517–540.

BUENO, Elen de P.; Freire, Marina; Oliveira; Victor A.P. As origens históricas da diplomacia e a evolução do conceito de proteção diplomática dos nacionais. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2017, pp. 623–649.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Carta de Lei de 16 de Dezembro de 1815*. Legislação Informatizada – Carta de Lei de 16 de Dezembro de 1815 – Publicação Original. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carlei/anterioresa1824/cartadelei–39554–16–dezembro–1815–569929–publicacaooriginal–93095–pe.html . Acesso em 25 de outubro de 2016.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional dos espaços***.** São Paulo: Atlas, 2009.

– : *Direito Internacional no tempo antigo*. São Paulo: Atlas, 2012.

– : *Direito Internacional no tempo moderno de Suarez a Grócio***.** São Paulo: Atlas, 2013.

– : *Direito Internacional no tempo clássico***.** São Paulo: Atlas, 2015.

– :*Fundamentos do Direito Internacional pós–moderno***.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

– : *União Europeia. Instituições e ordenamento jurídico***.** São Paulo: LTr, 2002.

CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do; BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. *Direito Internacional Diplomático: Convenção de Viena sobre relações diplomáticas na teoria e na prática***.** 4a. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORREIA, Maldonado. O Congresso de Viena: fórum da diplomacia conservadora no refazer da carta europeia. *In: Nação e Defesa*,ano XIX, nº 69, janeiro–março de 1994, pp. 37–66. Lisboa: Instituto da Defesa Nacional de Portugal, 1994.

COSTA, João Paulo Oliveira (coord.); RODRIGUES, José Damião; OLIVEIRA, Pedro Aires. *História da expansão do império português***.** Lisboa: Esfera dos Livros, 2014.

D´ANGEBERG, Comte. *Le Congrès De Vienne et les Traités De 1815. Précédé et suivi des actes diplomatiques qui s'y rattachent***.** Paris: Amyot Éditeur, 1863.

FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne. *Introduction: towards a global history of international law*. *In*: *The Oxford Handbook of the history of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

FLASSAN, Gaëtan de Raxi de: *Histoire du congrès de Vienne par l'auteur de l'Histoire de la diplomatie française.* Paris: Treuttel et Wurtz, 1829.

GAURIER, Dominique: *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l´Antiquité à l´aube de la période contemporaine***.** Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2005.

GREWE, Wilhelm Georg.*The epochs of International Law***.** Berlim: Walter de Gruyter, 2000.

HAJNAL, Henry: *The Danube. Its historical, political and economic importance.*Haia: Martinus Nijhoff, 1920.

JARRETT, Mark. *The Congress of Vienna and its legacy: war and great power diplomacy after Napoleon***.** New York: I.B.Tauris, 2014.

KINDIER, Adeel**.** *Le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation***.** Estrasburgo: Ecole doctolale de droit, de science politique et d'histoire – tese de doutorado, 2008.

LENTZ, Thierry. *Le Congrès de Vienne. Une refondation de l´Europe 1814–1815.*Paris: Perrin, 2013.

NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Convenção sobre Relações Diplomáticas: a codificação do direito internacional (Viena 1961).* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

NICHOLS, Irby. *The Congress of Verona, 1822: a reappraisal*. *In: The Southwestern Social Science Quarterly*, Vol. 46, No. 4, March 1966, pp.385–399.

NIPPOLD, Otfried.*Le développement historique du droit international depuis le congrès de Vienne***.** Haia: Recueil des cours, volume 2, 1924–I, pp. 1–124.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. *Estrutura Normativa das Relações Internacionais.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

– : *História da Ordem Internacional.* São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

REICH, Jerome. *The Slave Trade at the Congress of Vienna. A Study in English Public Opinion*. *In:The Journal of Negro History*, vol. 53, no. 2, Apr., 1968, pp. 129–143.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar***.** 16ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSENNE, Shabtai.*The perplexities of modern International Law***.** Haia: RCADI, volume 291, 2001.

SAINT–PIERRE, Abade de. *Projeto para tornar perpétua a paz na Europa***.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

SCHROEDER, Paul W. *The transformation of european politics 1763–1848***.** Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.

SÉDOUY, Jacques–Alain de. *Le concert européen aux origines de l´Europe 1814–1914.*Paris: Fayard, 2009.

– : *Le Congrès de Vienne. L´Europe contre la France 1812–1815***.** Paris: Perrin, 2003.

SENADO FEDERAL.*Collecção das Leis do Brasil – 1808*, vol. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

SHAW, Malcolm N. *International Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

STADTMÜLLER, Georg. *História del Derecho Internacional Público. Tradução espanhola do original Geschichte des Völkerrechts, Teil I, Bis Zum Wiener Kongress (1815).* Ávila: Aguilar Ediciones, 1961, parte I – Hasta el Congreso de Viena de 1815.

THORSON, Winston.*The First Experiment in European Collective Security*. *In:The Historian*, vol. 11, no. 1, Autumn, 1948, pp. 29–53.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia del Derecho Internacional Público.*Madrid: Editora Tecnos, 1998.

– : "L'expansion de la société internationale aux XIXe et XXe siècles**"**Haia: *RCADI*, 1965, vol. 116, pp. 89–179.

VATTEL, Emer. *O direito das gentes***.** Brasília: Editora da Universidade de Brasília

ZAMOYSKI, Adam. *Ritos de Paz. A queda de Napoleão e o Congresso de Viena***.** Rio de Janeiro: Record, 2012 (tradução do original *Rites of Peace. The Fall of Napoleon & the Congress of Vienna.* London: Harper Press, 2007).

AS SETE DÉCADAS DE PROJEÇÃO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948–2018) E A NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DE SEU LEGADO

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE *

Sumário: I. Observações Introdutórias. II. Processo Preparatório, Adoção e Significação da Declaração Universal de 1948. III. Projeção da Declaração Universal de 1948 no Direito Internacional e no Direito Interno. IV. A Declaração Universal de 1948 e as Duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos. V. O Amplo Alcance das Obrigações Convencionais Internacionais em Matéria de Proteção dos Direitos Humanos. VI. Considerações Finais: O Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos.

Resumen: En el presente trabajo examinaremos el proceso preparatorio, adopción y significado de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, su proyección en el Derecho internacional en el derecho interno de los Estados, así como en las dos Conferencias Mundiales de Derechos Humanos y el seguimiento de ambas. Seguidamente, nos centraremos en el amplio alcance de las obligaciones convencionales en materia de protección de derechos humanos. Terminaremos con unas consideraciones personales acerca del futuro de la protección de los derechos humanos.

Palabras clave: Derechos humanos, Declaración Universal de 1948, Conferencias Internacionales de derechos humanos

Abstract: In this paper, we will examine the preparatory process, adoption and meaning of the Universal Declaration of Human Rights of 1948, its projection in international law in the internal law of the States, as well as in the two World Conferences on Human Rights and the follow–up of both. Next, we will focus on the broad scope of conventional human rights protection obligations. We will end with some personal considerations about the future of the protection of human rights.

Keywords: Human Rights, Universal Declaration of 1948, International Human Rights Conferences.

I. Observações Introdutórias.

Ao longo de sete décadas desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (em 10.12.1948), a salvaguarda dos direitos inerentes à pessoa humana

Fecha de recepción del original: 8 de octubre de 2018. Fecha de aceptación de la versión final: 5 de diciembre de 2018.

* Membro do IHLADI. Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Ex–Presidente da Corte Inter–Americana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília; Doutor *Honoris Causa* em diversas Universidades na América Latina, Europa, e Ásia; Membro Titular do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia e do *Institut de DroitInternational*.

tem se consolidado como propósito básico da comunidade internacional, e ocupa hoje uma posição central na agenda internacional nesta segunda década do século XXI, não obstante as prolongadas divisões ideológicas do mundo e as reiteradas manifestações da perene brutalidade humana. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos encontraram expressão na Declaração Universal de 1948[1], e daí se projetaram a sucessivos e numerosos tratados e instrumentos de proteção, nos planos global (Nações Unidas) e regional, e a Constituições e legislações nacionais, e se reafirmaram em duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993).

Para todos os que atuamos no campo da proteção internacional dos direitos humanos, o ano de 2018 vem a ser particularmente significativo: marca os setenta anos das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos, assim como da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (adotada na véspera da Declaração Universal, em 09.12.1948)[2]. Marca os setenta anos de um movimento universal irreversível de resgate do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica internacional[3].

No presente ensaio, examinarei, inicialmente, o processo preparatório, a adoção e a significação da Declaração Universal de 1948, sua projeção no direito internacional e no direito interno dos Estados, assim como nas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos e no seguimento de ambas. A seguir, concentrar–me–ei no amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos. O campo estará então aberto à apresentação de minhas considerações finais acerca do futuro da proteção internacional dos direitos humanos.

De início, não há como negar que, a par dos avanços logrados neste domínio de proteção ao longo das sete últimas décadas, surgem, não obstante, novos obstáculos e desafios, materializados sobretudo na marginalização e exclusão sociais de segmentos crescentes da população, na diversificação de fontes de violações de direitos humanos e na impunidade de seus perpetradores. Impõe–se, assim, um entendimento mais claro do amplo alcance das obrigações convencionais de proteção, que

[1] *Cf.* A.A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise en oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales* – UNESCO/Paris (1998) pp. 571–582 (também publicado em inglês, árabe, chinês e russo); A.A. Cançado Trindade, "Nouvelles réflexions sur l'interdépendance ou l'indivisibilité de tous les droits de l'homme, une décennie après la Conférence Mondiale de Vienne", *in El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores – Liber Amicorum J.A. Pastor Ridruejo* (eds. L. Caflisch *et alii*), Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp. 59–73.

[2] Para um estudo recente sobre a interpretação e aplicação da Convenção contra o Genocídio de 1948, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Responsabilidade do Estado sob a Convenção contra o Genocídio: Em Defesa da Dignidade Humana*, Fortaleza, IBDH/IIDH, 2015, pp. 9–265.

[3] Há cerca de cinquenta anos publicava eu minha primeira monografia sobre o tema (A.A. Cançado Trindade, *Fundamentos Jurídicos dos Direitos Humanos*, Belo Horizonte, Ed. Faculdade de Direito da UFMG, 1969, pp. 1–55), que desde então se incorporou inelutavelmente ao cotidiano de minha vida acadêmica e profissional.

vinculam não só os governos, mas os próprios Estados (todos os seus poderes, órgãos e agentes), e se aplicam em todas as circunstâncias (inclusive nos estados de emergência).

Tendo presente o legado da Declaração Universal de 1948, impõem–se, ademais, como veremos, tanto a adoção e o aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação dos instrumentos internacionais de proteção, assim como a adoção de mecanismos internacionais de prevenção e seguimento (monitoramento contínuo). É este o entendimento subjacente ao presente estudo; no longo caminho que resta a percorrer, somente à luz de uma visão necessariamente integral de todos os direitos humanos lograremos continuar a avançar com eficácia na obra de construção de uma cultura universal de observância dos direitos inerentes à pessoa humana. Passemos, pois, ao exame das sete primeiras décadas desta grande obra.

II. Processo Preparatório, Adoção e Significação da Declaração Universal de 1948

O processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou se no plano internacional a partir da adoção em 1948 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional[4]. Para isto contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelas atrocidades da II guerra mundial. Já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado (e.g., proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT), mas doravante de proteger o ser humano como tal.

Subjacentes aos esforços e iniciativas desencadeados a partir da elaboração e adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos estavam as premissas básicas de que os direitos proclamados eram claramente concebidos como inerentes à pessoa humana, a todos os seres humanos (portanto anteriores a toda e qualquer forma de organização política ou social), e de que a ação de proteção de tais direitos não se esgotava – não poderia esgotar–se – na ação do Estado. Precisamente quando as vias internas ou nacionais se mostrassem incapazes de assegurar a salvaguarda desses direitos é que se haveria de acionar os instrumentos internacionais de proteção.

Os trabalhos preparatórios da Declaração Universal dos Direitos Humanos abarcaram uma série de decisões tomadas no biênio 1947–1948, a partir da primeira sessão regular da antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em fevereiro de

[4] *Cf.* A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2a. ed., vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 33–87, e fontes ali citadas.

1947. Naquele momento já se dispunha de propostas a respeito, enviadas à Assembleia Geral das Nações Unidas no trimestre de outubro a dezembro de 1946. Para um instrumento internacional que passaria a assumir importância transcendental, como universalmente reconhecido em nossos dias, os *travaux préparatoires* da Declaração Universal de 1948 desenvolveram–se em um período de tempo relativamente curto, em um dos poucos lampejos de lucidez no decorrer do século passado.

Ao labor da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e de seu Grupo de Trabalho (maio de 1947 a junho de 1948), – com as consultas paralelas realizadas pela UNESCO em 1947[5], seguiram–se os debates da III Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas (setembro de 1948)[6]. O texto daí resultante foi, enfim, aprovado e adotado na forma da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948: dos então 58 Estados membros da ONU, 48 votaram a favor, nenhum contra, oito se abstiveram e dois encontravam–se ausentes na ocasião.

O projeto original de uma Declaração internacional sobre a matéria evoluíra rumo a um projeto de Declaração Universal; a busca da universalidade – com base na própria diversidade cultural – depreendia–se com clareza, e.g., das referidas consultas realizadas pela UNESCO (1947) como contribuição ao processo preparatório. O plano geral era de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, do qual a Declaração seria apenas a primeira parte, a ser complementada por uma Convenção ou Convenções – posteriormente denominadas Pactos – e medidas de implementação. Estas últimas não constavam, pois, da Declaração Universal[7], que, no entanto, significativamente incluiu tanto os direitos civis e políticos (artigos 2–21) quanto os direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 22–28).

Cabe recordar que a Declaração Universal, de dezembro de 1948, foi precedida em meses pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (de abril

[5] *Cf.* [UNESCO,] *Los Derechos del Hombre – Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, apêndice I, pp. 227–232.

[6] Para um exame do processo preparatório, cf. R. Cassin, "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", 15 *Revue de droit contemporain* (1968) pp. 1–14; R. Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 183–279; Ch. de Visscher, "Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international", 45 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1947) pp. 1–13; J. Humphrey, "The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Juridical Character", *in Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharan), The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 21–37; J. Humphrey, *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, Dobbs Ferry/N.Y., Transnational Publs., 1984, pp. 1 ss.; J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights – Origins, Drafting and Intent*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1999, pp. 281–328.

[7] Propostas relativas a um direito de petição internacional, e a direitos de minorias, terminaram por não ser incluídas na Declaração Universal; a concepção de medidas de implementação foi deixada aos anos vindouros.

de 1948). Uma e outra proclamaram, a par dos direitos consagrados, os deveres correspondentes. Embora não tão ordenada como a Declaração Universal, a Declaração Americana permite um paralelo com aquela[8]. Uma significativa contribuição da Declaração Americana à Universal consistiu na formulação original – de origem latino–americana – do direito a um recurso eficaz ante os tribunais nacionais, transplantada da primeira (artigo 18) à segunda (artigo 8)[9].

Com efeito, a inserção de tal garantia na Declaração Americana ocorreu quando, paralelamente, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e seu Grupo de Trabalho ainda preparavam o Projeto de Declaração Universal; sua inserção foi confirmada nos debates subsequentes (de 1948) da III Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas[10]. Tal disposição representa, como amplamente reconhecido na atualidade, um dos pilares básicos do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática.

Em perspectiva histórica, é altamente significativo que a Declaração Universal de 1948 tenha propugnado uma concepção necessariamente integral ou holística de todos os direitos humanos. Transcendendo as divisões ideológicas do mundo de seu próprio tempo, situou assim no mesmo plano todas as "categorias" de direitos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Este enfoque seria retomado duas décadas depois, na I Conferência Mundial de Direitos Humanos (1968), e nele se insistiria posteriormente na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993). Os direitos proclamados compreenderam os de caráter pessoal, os atinentes às relações do indivíduo com grupos e o mundo exterior, as liberdades públicas e os direitos políticos, assim como os direitos econômicos, sociais e culturais[11].

---

[8] Para um paralelo entre as duas Declarações de 1948, *cf.* A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con Ocasión de su Cuadragésimo Aniversario", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1989) n°. especial, pp. 121–129.

[9] E daí às Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos (artigos 13 e 25, respectivamente), assim como ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (artigo 2(3)); sob a Convenção Européia, em particular, tem aquela disposição gerado uma vasta jurisprudência, além de denso debate doutrinal. – Embora, à época da adoção das Declarações Americana e Universal de 1948, se tratasse de uma inovação no plano internacional, em muito fortaleceu a proposta latino–americana o fato de que o direito em questão já se encontrava reconhecido na maior parte das legislações nacionais latino–americanas (na forma do recurso de amparo), de modo a submeter os abusos do poder público ao controle do Poder Judiciário. O que se logrou em 1948, quando da adoção das Declarações Americana e Universal, foi, pois, transplantar o reconhecimento deste direito igualmente ao plano internacional. Cf. A. Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain/ Paris, Éd. Nauwelaerts, [1963], pp. 116 e 118.

[10] *Cf.* R. Cassin, "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", 15 *Revue de droit contemporain* (1968) n°. 1, p. 10; e cf. também A. Verdoodt, *op. cit. supra* n°. (9), pp. 116–119.

[11] Sobre o conteúdo da Declaração Universal, *cf.*, e.g., R. Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 183–279; R. Cassin, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948*, Paris,

III. Projeção da Declaração Universal de 1948 no Direito Internacional e no Direito Interno

A experiência internacional em matéria de proteção dos direitos humanos tem revelado, em diferentes momentos históricos, o consenso quanto à universalidade dos direitos humanos, mais além das diferenças quanto a concepções doutrinárias e ideológicas e particularidades culturais. Foi, assim, possível, alcançar uma Declaração Universal no mundo profundamente dividido do pós–guerra; foi igualmente possível, em plena guerra–fria, adotar os dois Pactos de Direitos Humanos de 1966 em votação à qual concorreram países tanto ocidentais quanto socialistas, com regimes sócio–econômicos antagônicos, sem falar no chamado terceiro mundo.

Em meio a tantos antagonismos da época, foi possível afirmar a indivisibilidade de todos os direitos humanos. Já em suas duas primeiras décadas, a Declaração Universal passou a exercer considerável influência nos ordenamentos jurídicos tanto internacional como nacional[12], superando obstáculos e avançando sua concepção, em benefício de todos os seres humanos. Significativamente, a universalidade dos direitos humanos, proclamada pela Declaração Universal de 1948, veio ecoar nas duas Conferências Mundiais das Nações Unidas sobre a matéria, realizadas em Teerã (1968) e em Viena (1993).

Os países emancipados no processo da descolonização prontamente estenderam sua contribuição à evolução da proteção dos direitos humanos, premidos pelos problemas comuns da pobreza extrema, das enfermidades, das condições desumanas de vida, do *apartheid*, racismo e discriminação racial. O enfrentamento de tais problemas propiciou uma maior aproximação entre as diferentes concepções dos direitos

Académie des Sciences Morales et Politiques, 1958; K. Vasak, "Le droit international des droits de l'homme", 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 343–413. E cf. também: E.G. da Mata–Machado, *Contribuição ao Personalismo Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1954, pp. 53–70; G.B. Mello Boson, *Internacionalização dos Direitos do Homem*, São Paulo, Sug. Literárias, 1972, pp. 2943; C.A. Dunshee de Abranches, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/ São Paulo, Livr. Freitas Bastos, 1964, pp. 96–110; W. Ganshof van der Meersch, "Quarantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme", 107 *Journal des Tribunaux* – Bruxelles (1988) n°. 5485, pp. 697–699.

[12] *Cf.* R. Cassin, "Twenty Years after the Universal Declaration", 8 *Journal of the International Commission of Jurists* (1967) pp. 1–16; L.B. Sohn, "The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement? The Status of the Universal Declaration", *in Ibid.*, pp. 17–26; T.R. Popescu, "The Significance of the Universal Declaration of Human Rights Two Decades after its Adoption", 2 *Revue Roumaine d'Études Internationales* (1968) pp. 111–124; B. Mirkine–Guetzévitch, "Quelques problèmes de la mise en oeuvre de la Déclaration Universelle des Droits de l´Homme", 83 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) pp. 255–376. E, quanto à década seguinte, *cf.,* e.g., B.G. Ramcharan, *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration*, Haia, Nijhoff, 1979, pp. 1 ss..

humanos à luz de uma visão universal, refletida no aumento do número de ratificações dos instrumentos globais e na busca de maior eficácia dos mecanismos e procedimentos de proteção, assim como na adoção de novos tratados de proteção nos planos global e regional, tidos como essencialmente complementares[13], e atendendo a novas necessidades de proteção do ser humano.

O tempo relativamente curto em que se elaborou e adotou a Declaração Universal (*supra*) veio a contrastar com os prolongados trabalhos preparatórios dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, que, juntamente com a Declaração Universal, conformariam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos. Nos prolongados *travaux préparatoires* dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) fez–se constantemente presente a consideração cuidadosa das medidas de implementação.

Pode–se, com efeito, destacar quatro fases naqueles trabalhos, que se estenderam de 1947 a 1966: na primeira, de 1947 a 1950, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas trabalhou praticamente só, sem assistência direta do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) ou da Assembléia Geral das Nações Unidas. De 1950 a 1954 os três órgãos atuaram conjuntamente, dividindo–se o período em 1951 com a importante decisão de ter dois Pactos ao invés de um[14]. O quarto e último período estendeu–se de 1954, data da conclusão pela Comissão de Direitos Humanos do projeto dos dois Pactos, até 1966, data de sua adoção (em que os trabalhos foram desenvolvidos pela própria Assembléia Geral e sua III Comissão).

A idéia inicial (debates de 1950 da Comissão de Direitos Humanos) era incluir em um único Pacto os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, dotados – para sua implementação – dos sistemas de relatórios e petições (em Protocolo separado). Diferenças quanto aos métodos de implementação de "distintas categorias" de direitos levaram à opção do projeto de dois Pactos distintos, como uma

[13] *Cf.* A.A. Cançado Trindade, "Co–existence and Co–ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 21–435.

[14] O argumento que serviu de base a esta decisão (e que anos depois seria questionado no âmbito não só da própria ONU como também dos sistemas regionais de proteção) era o de que, enquanto os direitos civis e políticos eram suscetíveis de aplicação "imediata", requerendo obrigações de abstenção por parte do Estado, os direitos econômicos, sociais e culturais eram passíveis de aplicação apenas progressiva, requerendo obrigações positivas (atuação) do Estado. – Para um estudo crítico, relativo à superação desta dicotomia, *cf.* A.A. Cançado Trindade, "A Questão da Implementação Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", 71 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1990) pp. 7–55, esp. pp. 9–10 e 16–21; A.A. Cançado Trindade, "La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles", 44 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991) pp. 13–41; A.A. Cançado Trindade, "Do Direito Econômico aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", *in Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional – Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington P. Albino de Souza* (coord. R.A.L. Camargo), Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1995, pp. 9–38.

solução de conciliação (apregoada por René Cassin) entre a tese de um Pacto único e a de Pactos sucessivos[15], reservado o sistema de petições ou reclamações apenas aos direitos civis e políticos (e incorporado em um Protocolo Facultativo)[16].

A contribuição da Comissão de Direitos Humanos não deve passar despercebida: apesar das diferenças (tanto em seu seio como no do ECOSOC e da Assembléia Geral) decorrentes dos conflitos ideológicos próprios do período da guerra fria e também marcados pelo processo incipiente de descolonização, conseguiu estabelecer as bases dos dois Pactos de Direitos Humanos[17], a serem retomadas e elaboradas – de 1954 a 1966 – pela Assembléia Geral e sua III Comissão. Em 16 de dezembro de 1966 a Assembléia Geral adotou e abriu à assinatura, ratificação e adesão o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (por 105 votos a zero), o Pacto de Direitos Civis e Políticos (por 106 votos a zero) e o Protocolo Facultativo desse último (por 66 votos a 2, com 38 abstenções)[18].

Com a adoção desses tratados gerais, somados à Declaração Universal de 1948, estava enfim completada a Carta Internacional dos Direitos Humanos. Ambos Pactos entraram em vigor uma década depois (em 1976), e, com sua aplicação nas décadas seguintes, alimentaram o processo histórico de generalização da proteção internacional dos direitos humanos, que passou a contar com dezenas de tratados "gerais" ou "especializados" de proteção[19]. Em 2016, se celebrou o cinqüentenário dos dois referidos Pactos de Direitos Humanos[20].

Efetivamente, ao longo desse meio–século, os dois Pactos de Direitos Humanos passaram a coexistir com numerosos instrumentos internacionais de proteção, de origens, natureza e efeitos jurídicos distintos ou variáveis (baseados em tratados e resoluções), de diferentes âmbitos de aplicação (nos planos global e regional), distintos também quanto aos seus destinatários ou beneficiários (tratados ou instrumentos gerais, e setoriais), e quanto a seu exercício de funções e a seus mecanismos de

[15] R. Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 297–305, e cf. 241–362; R. Cassin, "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", 15 *Revue de droit contemporain* (1968) pp. 1–14.

[16] Para um estudo detalhado dos debates sobre as medidas de implementação dos dois Pactos, cf. A.A. Cançado Trindade, "A Implementação Internacional dos Direitos Humanos ao Final da Década de Setenta", 22 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (1979) pp. 341–248.

[17] J.–B. Marie, *La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU*, Paris, Pédone, 1975, p. 168. 16 A.G., resolução 2200 A (XXI), *in* U.N. doc. A/6546, p. 67.

[18] A.G. resolução 2200 A (XXI), *in* U.N. doc. A/6546, p. 67.

[19] Para um exame do processo histórico de generalização da proteção internacional dos direitos humanos, cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 62–77.

[20] Para um estudo, cf. [Vários Autores,] *O Cinqüentenário dos Dois Pactos de Direitos Humanos da ONU* (eds. A.A. Cançado Trindade, C. Barros Leal e R. Zerbini R. Leão), vol. I, Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 7–316.

controle e supervisão (essencialmente, os métodos de petições ou denúncias, de relatórios, e de investigações). Formou–se, assim, gradualmente, um complexo *corpus juris*, em que, no entanto, a unidade conceitual dos direitos humanos veio a transcender tais diferenças, inclusive quanto às distintas formulações de direitos nos diversos instrumentos.

A multiplicidade desses instrumentos, adotados ao longo dos anos como respostas às necessidades de proteção, e dotados de base convencional ou extraconvencional, afigurou–se antes como um reflexo do modo com que se desenvolveu o processo histórico da generalização da proteção internacional dos direitos da pessoa humana, no cenário de uma sociedade internacional descentralizada em que deviam operar. Ante a fragmentação histórica do *jus gentium* no *jus inter gentes* da primeira metade do século XX[21], as consequências de uma centralização ou hierarquização dos instrumentos de proteção não puderam ser previstas, antecipadas ou propriamente avaliadas. Não obstante, a multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção forma um todo harmônico, e a unidade conceitual dos direitos humanos, todos inerentes à pessoa humana, veio a transcender as formulações distintas dos direitos consagrados em diversos instrumentos.

A Declaração Universal de 1948 abriu efetivamente caminho à adoção de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, que hoje operam em base regular e permanente, nos planos global e regional[22]. Em nada surpreende que a Declaração Universal viesse logo a ser tida como uma interpretação autêntica e elaboração da própria Carta das Nações Unidas (no tocante em particular a suas disposições sobre direitos humanos), dando assim conteúdo a algumas de suas normas.

A autoridade da Declaração Universal de 1948, nesse sentido, fortaleceu–se, ao vir a ser reconhecida como refletindo normas do direito internacional consuetudinário[23]; seus princípios passaram a ser vistos como correspondendo a princípios gerais do direito[24]. A este fenômeno da *diversidade de meios e identidade de propósito*

[21] Cf. C. Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) pp. 657–723.

[22] B. Boutros–Ghali, "Introduction", *Les Nations Unies et les droits de l'homme 1945–1995*, N.Y., U.N., 1995, pp. 3–133; A.A. Cançado Trindade, "The Current State of the International Implementation of Human Rights", *Hague Yearbook of International Law* (1990) pp. 3–29; J. Humphrey, "The U.N. Charter and the Universal Declaration of Human Rights", *in The International Protection of Human Rights* (ed. E. Luard), London, Thames and Hudson, 1967, pp. 39–58. Sobre a expansão da noção de direitos humanos a partir da Declaração Universal de 1948, cf. N. Valticos, "La notion des droits de l'homme en Droit international", *in Le Droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges M. Virally*, Paris, Pédone, 1991, pp. 483–491.

[23] J. Oraá Oraá e F. Gómez Isa, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos – Un Breve Comentario en Su 50 Aniversario*, Bilbao, Edit. Universidad de Deusto, 1997, pp. 78, 80–81 e 84–85.

[24] Para um estudo geral, *cf.* J. Humphrey,*Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*, *op. cit. supra* n. (6), pp. 1 ss; J. Humphrey, "The International Law of Human Rights in the Middle

há que agregar a gradual superação de objeções clássicas como a da pretensa competência nacional exclusiva ou domínio reservado dos Estados[25], e a concomitante asserção da capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais.

De importância capital foi o papel exercido pelo processo dinâmico de interpretação na evolução da proteção internacional dos direitos humanos. A construção jurisprudencial de distintos órgãos de supervisão veio a mostrar–se, com efeito, convergente, ao enfatizar o caráter objetivo das obrigações, os efeitos próprios (*effet utile*) dos tratados de direitos humanos, a interpretação dinâmica ou evolutiva destes últimos, e a necessidade de realização do objeto e propósito dos tratados ou convenções em questão, e sua interação interpretativa, dada sua identidade básica de propósito[26].

O fenômeno da hermenêutica própria dos tratados e convenções de direitos humanos veio a revelar a *complementaridade* dos instrumentos globais e regionais de proteção, reforçando–se mutuamente, e acarretando a extensão ou ampliação da proteção devida às supostas vítimas. Descartou–se, desse modo, qualquer pretenso antagonismo entre soluções nos planos global e regional[27], fazendo–se uso do direito internacional, no presente domínio, para ampliar, aprimorar e fortalecer a proteção dos direitos reconhecidos[28], no âmbito da *universalidade* dos direitos humanos. A complementaridade dos instrumentos de direitos humanos nos planos global e regional veio a refletir em última análise a especificidade e a autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Twentieth Century", *in The Present State of International Law and Other Essays* (Centenary Celebration of the International Law Association 1873–1973), Deventer, Kluwer, 1973, pp. 101 ss..

[25] A.A. Cançado Trindade,*O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 411–476; A.A. Cançado Trindade, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", 25 *International and Comparative Law Quarterly* – Londres (1976) pp. 713–765; e cf. também J. Humphrey, "The U.N. Charter and the Universal Declaration of Human Rights", *op. cit. supra* n. (22), pp. 42–50.

[26] *Cf*. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, capítulo XI, pp. 23–200; A.A. Cançado Trindade, "A Evolução Doutrinária e Jurisprudencial da Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional: As Primeiras Quatro Décadas", 90 *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* – Brasília (1986) pp. 233–288.

[27] Para um exame dos sistemas regionais no âmbito da universalidade dos direitos humanos, cf., e.g.: A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, capítulos XV–XVII, pp. 27–233; K. Vasak (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1978; K. Vasak (ed.), *The International Dimensions of Human Rights*, vols. 1–2, Westport, Conn./Paris, Greenwood/ UNESCO, 1982; W. Benedek e W. Heinz (eds.), *Regional Systems of Human Rights Protection in Africa, America and Europe* (Proceedings of the 1992 Strasbourg Conference), Bruxelas, Friedrich–Naumann–Stiftung, 1991, pp. 5–150 (vol. 1) and pp. 1–100 (vol. 2); R. Pinto, "Régionalisme et universalisme dans la protection des droits de l'homme", *inInternational Protection of Human Rights* (Proceedings of the VII Nobel Symposium, Oslo, setembro de 1967, eds. A. Eide e A. Schou), Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1968, pp. 177–192.

[28] A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 1–59.

As indicações nesse sentido são inequívocas. Os instrumentos de direitos humanos nos planos global e regional tem encontrado uma fonte comum de inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, à qual se referem expressamente em seus preâmbulos. Em nada surpreende encontrar a liberdade de escolha (pelo indivíduo reclamante) do procedimento internacional – consagrada em disposições pertinentes dos próprios instrumentos internacionais, o que pode reduzir ou minimizar a possibilidade de conflito em nível internacional. Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos passaram a mostrar–se, assim, essencialmente complementares uns aos outros, nos planos global e regional[29].

A operação, nesse sentido, de múltiplos instrumentos de proteção, fez com que se cristalizasse em definitivo o ideal comum de todos os povos (a "meta a alcançar", o "*standard of achievement*"), consubstanciado na Carta Internacional dos Direitos Humanos (a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966) complementada ao longo dos anos por dezenas de outros tratados "setoriais" de proteção e de convenções regionais, e consagrado ademais nas Constituições nacionais de numerosos países. Reconhecido como um ideal comum este conjunto de valores e preceitos básicos, consubstanciado em um conjunto de normas jurídicas, o próximo passo consistiu na consagração de um núcleo básico de direitos inderrogáveis, consignados nos distintos tratados de direitos humanos, de reconhecimento universal.

Passou a manifestar–se um consenso da virtual totalidade dos Estados do mundo no sentido de fazer figurar, dentre as violações mais graves dos direitos humanos, os atos de genocídio, o *apartheid* e a discriminação racial, a prática de tortura e a de desaparições forçadas de pessoas, – o que implicava um acordo de princípios quanto a certos direitos básicos e inderrogáveis, a serem gradualmente ampliados[30]. Passou–se a associar a proibição absoluta de tais violações graves dos direitos humanos com a emergência e consolidação do *jus cogens* no direito internacional contemporâneo, e a gradual ampliação de seu conteúdo material no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos[31]. Trata–se de claras

[29] O foco de atenção voltou–se, da ênfase tradicional na delimitação clássica de competências, à garantia de uma proteção cada vez mais eficaz dos direitos humanos. E não poderia ser de outra forma, em um domínio de proteção em que primam interesses comuns superiores, considerações de *ordre public* e a noção de garantia coletiva.

[30] A. Cassese, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1991, pp. 77–78, e *cf.* pp. 227–228 e 231; outra área de convergência, consignada na Ata Final de Helsinqui de 1975, se deu em relação à própria interação entre os direitos humanos e a paz, a requerer uma aceitação mais ampla e generalizada dos métodos de supervisão internacional. Tal aceitação passou a vislumbrar–se, paralelamente aos mecanismos de direitos humanos, e.g., no documento final da Conferência de Segurança e Cooperação Européias (Viena, l989) – a chamada "dimensão humana" da OSCE.

[31] *Cf.* A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 2a. ed. rev., Brasília, FUNAG, 2017, pp. 77, 80–81, 186–187 e 448; A.A. Cançado Trindade, "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", *in XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el*

indicações de um novo ethos, da fixação de parâmetros de conduta em torno de valores básicos universais, a serem observados e seguidos por todos os Estados e povos, tendo presente a nova dimensão dos direitos humanos, a permear todas as áreas da atividade humana.

Referências à Declaração Universal de 1948 passaram a figurar na jurisprudência dos tribunais internacionais, inclusive da Corte Internacional de Justiça (CIJ)[32]. Em meu Voto Arrazoado no Parecer da CIJ de 21.07.2010 sobre a *Declaração de Independencia de Kossovo*, ponderei *inter alia* que a extraordinária projeção da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao longo das últimas décadas deu–lhe uma autoridade que não poderia ter sido antecipada ao momento de sua adoção; e acrescentei que

"Isto ocorreu sobretudo porque gerações sucessivas de seres humano, de culturas distintas e por todo o mundo, nela recoheceram o "ideal comum a ser atingido" ("*common standard of achievement*", – como originalmente proclamado), que correspondia a suas aspirações mais profundas e legítimas.

A Declaração Universal é amplamente reconhecida como tendo inspirado, e aberto caminho, à adoção de mais de 70 tratados de direitos humanos, e por ter servido de modelo para a promulgação de numerosas normas de direitos humanos em constituições e legislações nacionais,e por ter ajudado a fundamentar decisões de tribunais nacionais e internacionais. A Declaração tem sido incorporada ao domínio do direito internacional consuetudinário, em muito contribuindo para tornar os direitos humanos a linguagem comum da humanidade" (parágrafos 202–203).

Juntamente com as disposições sobre direitos humanos da Carta das Nações Unidas e de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção, a Declaração Universal de 1948 veio a servir de base à ação internacional na salvaguarda dos direitos humanos. Os tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos vieram a mostrar–se dotados, no plano substantivo, de fundamentos e princípios básicos próprios, assim como de um conjunto de normas a requererem uma interpretação e aplicação de modo a lograr a realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção. E, no plano operacional, passaram a contar com uma série de mecanismos próprios de supervisão. Este *corpus juris* em expansão veio enfim a configurar–se, ao longo de sete décadas, como uma nova disciplina da ciência

Comité Jurídico Interamericano – 2007, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2008, pp. 1–15; A.A. Cançado Trindade, "*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case–Law", *in XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – 2008*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009, pp. 3–29.

[32]A.A. Cançado Trindade, "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles", *in Droits intangibles et états d'exception* (ed. D. Prémont), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 53–89.

jurídica contemporânea, dotada – como anteriormente assinalado – de autonomia, o Direito Internacional dos Direitos Humanos[33].

Ademais, a Declaração Universal também se projetou no direito interno dos Estados. Suas normas encontraram expressão nas Constituições nacionais de numerosos Estados, e serviram de modelo a disposições das legislações nacionais visando à proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal passou a ser invocada ante os tribunais nacionais de numerosos países de modo a interpretar o direito convencional ou interno atinente aos direitos humanos e a obter decisões[34]. A Declaração Universal, em suma, tem assim contribuído decisivamente para a incidência da dimensão dos direitos humanos no direito tanto internacional como interno. Os direitos humanos fazem abstração da compartimentalização tradicional entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno; no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno encontram–se em constante *interação*, em benefício de todos os seres humanos[35].

Longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, o direito internacional e o direito interno passaram efetivamente a interagir, por força das disposições de tratados de direitos humanos atribuindo expressamente funções de proteção aos órgãos do Estado, assim como da abertura do direito constitucional contemporâneo aos direitos humanos internacionalmente consagrados. Descartou–se, assim, no plano vertical, o velho debate acerca da primazia das normas do Direito Internacional ou do direito interno, por se mostrarem estes em constante interação no presente domínio de proteção. Desvencilhando–se das amarras da doutrina clássica, o primado passou a ser da norma – de origem internacional ou interna – que melhor protegesse os direitos humanos, da norma mais favorável às supostas vítimas.

É reconhecido o impacto da Declaração Universal nas Constituições, legislações e jurisprudências nacionais, assim como em tratados ou convenções e outras

---

[33] A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional*..., 2a. ed., vol. I, *op. cit. supra* n°. (4), pp. 33–563.

[34] 29 H. Hannum (*rapporteur*), "Final Report on the Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", *in International Law Association's Report of the LXVI Conference*, Buenos Aires, 1994, pp. 525–551. Para exemplos da jurisprudência dos tribunais nacionais contendo referências à Declaração Universal de 1948, cf. H. Hannum, "The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law", 25 *Georgia Journal of International and Comparative Law* (1995–1996) pp. 295–310.

[35] Cf. A.A. Cançado Trindade, *Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos* (Colección `Cuadernos de Derechos Humanos´, vol. 3– 95), Guatemala, Ed. del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1995, pp. 3–41;A.A. Cançado Trindade, "La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos", *in El Juez y la Defensa de la Democracia – Un Enfoque a Partir de los Derechos Humanos* (ed. L. González Volio), San José de Costa Rica, IIDH/CEE, 1993, pp. 233–270.

resoluções subsequentes das Nações Unidas. Tal impacto se tornou ainda mais considerável e notório em razão do lapso de tempo prolongado – dezoito anos – entre a adoção da Declaração e a dos dois Pactos (e Protocolo Facultativo) em 1966, – o que levou à formação do entendimento de que alguns dos princípios da Declaração Universal se impõem como parte do direito internacional consuetudinário. Hoje, decorridos setenta anos desde sua adoção, a Declaração Universal retém sua importância aos esforços correntes para tornar os direitos humanos a linguagem comum da humanidade.

No decorrer de sete décadas de extraordinária projeção histórica, a Declaração Universal adquiriu uma autoridade que seus redatores jamais teriam imaginado ou antecipado. Isto ocorreu não em razão das pessoas que participaram de sua elaboração, ou da forma que lhe foi dada, ou das circunstâncias de sua adoção: isto ocorreu porque gerações sucessivas de seres humanos, de culturas distintas e em todo o mundo, nela reconheceram a "meta comum a alcançar" ("*common standard of achievement*", tal como originalmente proclamada) que correspondia a suas mais profundas e legítimas aspirações. A comunidade internacional como um todo deu–lhe a dimensão que hoje tem[36]. Já uma década depois de sua adoção, esta evolução levou um de seus redatores a exclamar, um tanto surpreso, que "algo mudou no mundo depois de proclamada a Declaração Universal"[37].

IV. A Declaração Universal de 1948 e as Duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos.

No transcurso do ano do vigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, realizou–se a I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas (Teerã, 22 de abril a 13 de maio de 1968), que adotou a célebre Proclamação de Teerã, – uma avaliação das duas primeiras décadas de experiência da proteção internacional dos direitos humanos na era das Nações Unidas, – além de 29 resoluções sobre questões diversas[38]. Reconhece–se hoje que a grande

[36] Na descrição de Egon Schwelb, o que ocorreu em relação à Declaração Universal "has been the operation of a fundamental law of physics: nature abhors a vacuum. [...] The Declaration has, temporarily at least, filled the void"; E. Schwelb, *Human Rights and the International Community – The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights, 1948–1963*, Chicago, Quadrangle Books, 1964, p. 37.

[37] R. Cassin, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948*, Paris, Académie des Sciences Morales et Politiques, 1958, p. 13.

[38] O Ato Final da Conferência de Teerã reproduziu, ademais, em seus Anexos, alguns dos discursos proferidos na Conferência, mensagens especiais a ela enviadas, e as declarações dos *rapporteurs* de suas Comissões I e II; cf. United Nations, *Final Act of the International Conference on Human Rights* (Teheran, 22 April to 13 May 1968), New York, U.N., 1968, doc. A/CONF.32/41, pp. 1–61. Dentre as resoluções adotadas, algumas merecem destaque especial por sua transcendência, a saber, as resoluções XXII (sobre a ratificação ou adesão universal pelos Estados aos instrumentos internacionais de direitos humanos); VIII

contribuição daquela Conferência Mundial tenha consistido no tratamento e reavaliação globais da matéria[39], o que propiciou o reconhecimento e asserção, endossados por resoluções subseqüentes da Assembléia Geral das Nações Unidas, da interrelação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos[40]. Tal tratamento resgatou um dos fundamentos da própria Declaração Universal de 1948.

A par das resoluções adotadas pela Conferência de Teerã, foi, no entanto, a Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, adotada pelo plenário da I Conferência Mundial de Direitos Humanos em 13 de maio de 1968, a que melhor expressão deu a esta nova visão da matéria, constituindo–se em um relevante marco na evolução doutrinária da proteção internacional dos direitos humanos. A referida Proclamação de Teerã, ao voltar–se a todos os pontos debatidos na Conferência e consignados nas resoluções adotadas, advertiu, por exemplo, para as "denegações maciças dos direitos humanos", que colocavam em risco os "fundamentos da liberdade, justiça e paz no mundo", assim como para a "brecha crescente" entre os países economicamente desenvolvidos e os países em desenvolvimento, que impedia a realização dos direitos humanos na "comunidade internacional"[41].

Ponderou a Proclamação de Teerã que, muito embora as descobertas científicas e os avanços tecnológicos recentes tivessem aberto amplas perspectivas de progresso econômico, social e cultural, tais desenvolvimentos podiam, no entanto, por em risco os direitos e liberdades dos seres humanos, requerendo assim atenção

(sobre a realização universal do direito à autodeterminação dos povos); XVII (sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos); XXI (sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais); III, IV, VI e VII (sobre a eliminação do apartheid e de todas as formas de discriminação racial); IX (sobre os direitos da mulher); X (sobre regras–modelo de procedimento para órgãos de supervisão de violações de direitos humanos); XX (sobre educação em matéria de direitos humanos); e XXIII (sobre os direitos humanos em conflitos armados). Cf. *Ibíd.*, pp. 6–18.

[39] *Cf.*, *inter alia*, Th. C. van Boven, "United Nations Policies and Strategies: Global Perspectives?", *in Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharan), The Hague, Nijhoff, 1979, pp. 88–91.

[40] Algumas resoluções adotadas pela Conferência de Teerã (e.g., as resoluções XXI, sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; XXII, sobre a adesão universal aos instrumentos internacionais de direitos humanos; IX, sobre os direitos da mulher; XII, sobre o analfabetismo; XVII, sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos; e XX, sobre educação em matéria de direitos humanos) (cf. *Ibíd.*, pp. 10, 12, 14 e 16–17) referem–se à promoção da observância e gozo universais dos direitos humanos, tomam os direitos civis e políticos e econômicos e sociais e culturais em seu conjunto, e avançam assim um enfoque essencialmente globalista da matéria.

[41] Parágrafos 11 e 12 da Proclamação de Teerã de 1968. A referida Proclamação propugnou pela garantia, pelas leis de todos os países, a cada ser humano, da "liberdade de expressão, de informação, de consciência e de religião", assim como do "direito de participar na vida política, econômica, cultural e social de seu país" (parágrafo 5). Propugnou, ademais, pela implementação do princípio básico da não–discriminação, consagrado na Declaração Universal e em tantos outros instrumentos internacionais de direitos humanos, como uma "tarefa da maior urgência da humanidade, nos planos internacional assim como nacional" (parágrafo 8). Referiu–se, também, ao "desarmamento geral e completo" como "uma das maiores aspirações de todos os povos" (parágrafo 19), e não descuidou de lembrar as aspirações das novas gerações por "um mundo melhor", no qual se implementem plenamente os direitos humanos (parágrafo l7).

contínua (parágrafo 18). Mais do que qualquer outra passagem da Proclamação de Teerã, foi o seu parágrafo 13 o que melhor resumiu a nova visão da temática dos direitos humanos, ao dispor: "Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são *indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível*"[42].

Esta asserção de uma nova visão, global e integrada, de todos os direitos humanos, – propugnada pela Declaração Universal de 1948, mas minimizada no transcorrer dos trabalhos preparatórios dos dois Pactos de Direitos Humanos, – constitui a meu ver a grande contribuição da I Conferência Mundial de Direitos Humanos para os desenvolvimentos subsequentes da matéria. A partir de então, estava o campo efetivamente aberto para a consagração da tese da inter–relação ou indivisibilidade dos direitos humanos, retomada pela célebre resolução 32/l30 de 1977 da Assembléia Geral das Nações Unidas e endossada pelas subsequentes resoluções 39/145, de 1984, e 41/117, de 1986, da mesma Assembléia Geral, – tese esta que desfruta hoje de aceitação virtualmente universal.

Assim como a Proclamação de Teerã contribuiu sobretudo com a visão global da indivisibilidade e interrelação de todos os direitos humanos, a Declaração e o Programa de Ação de Viena, adotados pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 25 de junho de 1993[43], poderão também contribuir ao mesmo propósito se sua aplicação se concentrar em nossos dias nos meios de assegurar tal indivisibilidade na prática, com atenção especial às pessoas discriminadas ou desfavorecidas, aos grupos vulneráveis, aos pobres e aos socialmente excluídos, em suma, aos mais necessitados de proteção. O "espírito de nossa época", a que se referiu o preâmbulo da Declaração e do Programa de Ação de Viena, caracteriza–se sobretudo pela busca de soluções globais a problemas que afetam a todos os seres humanos, pela aspiração comum a valores superiores[44].

Enquanto a I Conferência Mundial, de Teerã, contribuiu para clarificar as bases para desenvolvimentos subsequentes de operação dos mecanismos de proteção, a II Conferência Mundial, de Viena, buscou, a seu turno, dar um passo adiante ao concentrar os esforços, por um lado, no fomento da criação da necessária infraestrutura nacional, no fortalecimento das instituições nacionais para a vigência dos direitos humanos; e, por outro, na mobilização de todos os setores das Nações Unidas em prol da promoção dos direitos humanos assim como no incremento de maior complementaridade entre os mecanismos globais e regionais de proteção. As implicações para as

[42] Texto *in Ibíd.*, pp. 3–5.

[43] *Cf.* texto oficial *in*: United Nations, *World Conference on Human Rights – The Vienna Declaration and Programme of Action*, June 1993, N.Y., U.N., 1993, pp. 25–71.

[44] Para um relato da elaboração da Declaração e Programa de Ação de Viena, *cf.* A.A. Cançado Trindade, "Balanço dos Resultados da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993", 36 *Revista Brasileira de Política Internacional* (1993) pp. 9–27.

Nações Unidas eram claras, a começar pela incorporação da dimensão dos direitos humanos em todas as suas atividades e programas[45], em decorrência da constatação de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana.

Já não mais se podia, tampouco, professar o universalismo no plano tão somente conceitual ou normativo e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional. Já não mais podia haver dúvida de que os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no quotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos humanos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações *erga omnes*. Foi esta uma das grandes lições que se pode extrair da Conferência Mundial de Viena[46].

No tocante aos Estados, o principal documento resultante da Conferência de Viena de 1993 cuidou de a eles determinar o provimento de recursos internos capazes de reparar violações de direitos humanos, assim como o fortalecimento de sua estrutura de administração da justiça à luz dos padrões consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos. É significativo que a Declaração e o Programa de Ação de Viena tivessem ademais reclamado um maior fortalecimento na inter–relação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo.

Ademais, endossou com firmeza os termos da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, contribuindo, assim, decisivamente, para dissipar dúvidas porventura persistentes a respeito, e inserir o direito ao desenvolvimento definitivamente no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos[47]. Passando do geral ao particular, a Declaração e o Programa de Ação de Viena dirigiram–se aos direitos humanos de pessoas em determinada condição ou situação[48]. É também significativo que suas seções sobre os direitos humanos da mulher e da criança tivessem sido adotadas sem dificuldades.

---

[45] Abarcavam estes, por exemplo, o âmbito político–estratégico (a exemplo das operações contemporâneas de manutenção e construção da paz, a partir da Agenda para a Paz do então Secretário–Geral B. Boutros–Ghali). Também se estendiam à esfera econômica e financeira (e.g., os programas e projetos de desenvolvimento e as operações dos organismos financeiros internacionais das Nações Unidas, Banco Mundial e FMI). Em qualquer destas áreas, já não mais se podia fazer abstração da dimensão dos direitos humanos.

[46] *Cf.* A.A. Cançado Trindade, "Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)", 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993–1994) pp. 9–57.

[47] A Declaração de Viena urgiu a comunidade internacional a que envidasse esforços para aliviar o fardo da dívida externa dos países em desenvolvimento, de modo a contribuir à realização plena dos direitos econômicos, sociais e culturais de sua população.

[48] Refugiados e deslocados internos, vítimas de conflitos armados, trabalhadores migrantes, povos indígenas, portadores de deficiências, pessoas pertencentes a minorias ou a setores vulneráveis em geral.

A parte operativa II, a mais pormenorizada do principal documento da Conferência de Viena, correspondente ao Programa de Ação, dedicou–se à necessidade de maior coordenação e racionalização no trabalho dos órgãos de supervisão internacionais dos instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas; ao aperfeiçoamento do sistema de relatórios; ao maior uso do sistema de petições ou denúncias sob tratados de direitos humanos; ao fortalecimento do sistema de seus relatores especiais e grupos de trabalho; ao uso de indicadores adequados para medir o grau de realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; e ao desenvolvimento de mecanismos de prevenção e de seguimento (em relação aos sistemas de petições e de relatórios). Por meio de tais mecanismos se haveria de fortalecer os instrumentos existentes de proteção, de modo a assegurar um monitoramento contínuo dos direitos humanos em todo o mundo (*cf*. *infra*).

Previu o Programa de Ação, enfim, o estabelecimento de um Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH – o que se concretizou poucos meses depois), e insistiu no objetivo da "ratificação universal" – e sem reservas – dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas. A Declaração e o Programa de Ação de Viena não descuidaram de recomendar a adoção e ampliação da educação – formal e não–formal – em direitos humanos lato sensu em todos os níveis, de modo a despertar a consciência e fortalecer o compromisso universal com a causa dos direitos humanos.

A Conferência Mundial de Viena afirmou, com efeito, de modo inequívoco, a legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com a promoção e proteção dos direitos humanos por todos e em toda parte[49]. Na rota de Teerã a Viena, tendo presente o legado da Declaração Universal de 1948, foi este sem dúvida um passo adiante, que haverá de contribuir em muito para a conscientização das amplas dimensões temporal (inclusive preventiva) e espacial (global) da proteção dos direitos humanos.

Muito significativamente, a universalidade dos direitos humanos resultou fortalecida da I Conferência Mundial de 1968 sobre a matéria, sendo, 25 anos depois, reafirmada na II Conferência Mundial. Há, ademais, que ter presente que, já em 1948, a Declaração Universal, além de proclamar direitos, conclamou à transformação da ordem social e internacional de modo a assegurar o gozo dos direitos proclamados na prática[50].

---

[49] Para uma análise pormenorizada da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional*..., 2a. ed., vol. I, *op. cit. supra* n°. (4), especialmente pp. 242–251; G.V. Saboia, "Um Improvável Consenso: a Conferência Mundial de Direitos Humanos e o Brasil", 2 *Política Externa* – São Paulo (1993) pp. 3–18. – *Cf.* também o número especial da Revista *Arquivos do Ministério da Justiça* (Brasília, vol. 46, n°. 182, de 1993, pp. 5–164), organizado por A.A. Cançado Trindade, dedicado à II Conferência Mundial de Direitos Humanos (contendo textos de diversos autores).

[50] A. Eide *et alii* (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights – A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, p. 5.

Guardo as mais gratas recordações da Conferência Mundial de Viena de 1993, havendo nela participado ativamente, inclusive nos trabalhos de seu Comitê de Redação. Desde então, outros 25 anos já se passaram, sem que no presente se tenha sequer contemplado a possibilidade de convocação de uma III Conferência Mundial de Direitos Humanos; como venho assinalando em sucessivas palestras ministradas em distintos países, considero lamentável esta omissão ou indiferença, pois uma III Conferência Mundial seria altamente necessária, para considerar respostas aos novos e graves desafios à salvaguarda dos direitos humanos. Na projeção histórica do legado da Declaração Universal, as duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos já realizadas, – a de Teerã (1968) e a de Viena (1993), – fazem parte, na verdade, de um processo prolongado de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos, que requer continuidade em nossos dias.

V. O Amplo Alcance das Obrigações Convencionais Internacionais em Matéria de Proteção dos Direitos Humanos

A despeito dos sensíveis avanços logrados no presente domínio de proteção nos últimos anos, ainda resta um longo caminho a percorrer. Na maioria dos países que têm ratificado os tratados de direitos humanos, até o presente lamentavelmente ainda não parece haver se formado uma consciência da natureza e do amplo alcance das obrigações convencionais contraídas em matéria de proteção dos direitos humanos. Urge que um claro entendimento destas últimas se difunda, a começar pelas autoridades públicas.

Assim, ao ratificarem os tratados de direitos humanos, os Estados Partes contraem, a par das obrigações convencionais atinentes a cada um dos direitos protegidos, também obrigações gerais da maior importância, consignadas naqueles tratados. Uma delas é a de respeitar e assegurar o respeito dos direitos protegidos – o que requer medidas positivas por parte dos Estados, e outra é a de adequar o ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção. Esta última requer que se adote a legislação necessária para dar efetividade às normas convencionais de proteção, suprindo eventuais lacunas no direito interno, ou então que se alterem disposições legais nacionais com o propósito de harmonizá–las com as normas convencionais de proteção, – tal como requerido pelos tratados de direitos humanos.

Estas obrigações gerais, a serem devidamente cumpridas, implicam naturalmente o concurso de todos os poderes do Estado, de todos os seus órgãos e agentes. Como ressaltei em meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*,

> "… as obrigações convencionais de proteção vinculam os Estados Partes, e não só seus Governos. Ao Poder Executivo incumbe tomar todas as medidas – administrativas e outras – a seu alcance para dar

fiel cumprimento àquelas obrigações. A responsabilidade internacional pelas violações dos direitos humanos sobrevive aos Governos, e se transfere a Governos sucessivos, precisamente por se tratar de responsabilidade do Estado. Ao Poder Legislativo incumbe tomar todas as medidas dentro de seu âmbito de competência, seja para regulamentar os tratados de direitos humanos de modo a dar–lhes eficácia no plano do direito interno, seja para harmonizar este último com o disposto naqueles tratados. E ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário"[51].

Diversas Constituições nacionais contemporâneas, referindo–se expressamente aos tratados de direitos humanos, concedem um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos humanos internacionalmente consagrados. A Constituição Brasileira vigente não faz exceção a esta nova e alentadora tendência do constitucionalismo hodierno. Com efeito, o artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988 determina que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja Parte*"[52].

Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam–se *ipso facto* ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter "aplicação imediata" (artigo 5(1)), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli–los (artigo 60(4)(IV))[53]. Se houvesse uma clara

[51] A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional*..., 2a. ed., vol. I, *op. cit. supra* n°. (4), pp. 551–552.

[52] Esta disposição constitucional teve origem em uma proposta que apresentei à Assembléia Nacional Constituinte (Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais), como Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987; meu propósito era no sentido de que se assegurasse tanto a inserção da referida disposição em nossa Constituição Federal, como, paralelamente, a pronta ratificação pelo Brasil de três tratados gerais de proteção, a saber, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas. Minha proposta foi aceita e transformou–se no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988, mas foi preciso esperar até 1992 para que o Brasil se tornasse Parte naqueles três tratados de direitos humanos. *Cf.* minha exposição, seguida de debates, *in Assembleia Nacional Constituinte – Atas das Comissões*, vol. I, n°. 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, pp. 108–116; e, para um relato histórico pormenorizado, *cf.* A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948–1997): As Primeiras Cinco Décadas*, 2a. ed., Brasília, Edit. Universidade de Brasília, 2000, pp. 169–182.

[53] Se, para os tratados internacionais em geral, tem–se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil

compreensão em numerosos países do amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos, muitas dúvidas e incertezas persistentes já teriam sido esclarecidas e superadas. Tal superação se manifesta com vigor no seio de sociedades nacionais imbuídas de um forte sentimento de solidariedade humana, sem a qual pouco logra avançar o Direito.

Os tratados de proteção dos direitos humanos, distintamente dos demais tratados que se mostram eivados de concessões mútuas pela reciprocidade, inspiram–se em considerações de ordem superior, de *ordre public*. Ao criarem obrigações para os Estados *vis–à–vis* os seres humanos sob sua jurisdição, suas normas aplicam–se não só na ação conjunta (exercício de garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento interno de cada um deles, nas relações entre o poder público e os indivíduos.

Os próprios tratados de direitos humanos indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais e dos de direito interno, de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional no presente domínio de proteção; impõem aos Estados Partes o dever de provimento de recursos de direito interno eficazes, e por vezes o compromisso de desenvolvimento das "possibilidades de recurso judicial"; prevêem a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras, para a realização de seu objeto e propósito. Em suma, contam com o concurso dos órgãos e procedimentos do direito público interno. Há, assim, uma interpenetração entre as jurisdições internacional e nacional no âmbito de proteção do ser humano. Em nada surpreende, por exemplo, nos últimos anos, a crescente jurisprudência internacional dos órgãos de supervisão internacionais voltada à intangibilidade das garantias judiciais e ao princípio da legalidade em um Estado democrático.

À luz do que precede, resulta claro que as leis nacionais hão de ser interpretadas de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção, sob pena da configuração da responsabilidade internacional do país em questão. É este o sentido da obrigação geral de adequar o direito interno à normativa internacional de proteção vigente. Tal adequação é requerida pela própria natureza especial dos tratados de direitos humanos. De sua própria natureza jurídica resulta o primado dos direitos que consagram, ao que se agregam a necessidade e o imperativo ético de que os três poderes do Estado assegurem a aplicabilidade direta das normas internacionais de proteção e a compatibilidade com estas últimas das leis nacionais. Urge que se difunda este enfoque da matéria, de modo a assegurar uma aplicação mais eficaz dos tratados de direitos humanos no âmbito do direito interno dos

é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno.

Estados. Com estas ponderações em mente, passemos às considerações derradeiras do presente estudo, voltadas ao futuro da proteção internacional dos direitos humanos, tal como o visualizamos nesta segunda década do século XXI.

VI. Considerações Finais: O Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos

Ao longo das sete últimas décadas testemunhamos o processo histórico de gradual formação, consolidação, expansão e aperfeiçoamento da proteção internacional dos direitos humanos, conformando um direito de proteção dotado de especificidade própria: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (cf. *supra*). A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e ao longo destes últimos setenta anos, como respostas às necessidades de proteção têm–se multiplicado os tratados e instrumentos de direitos humanos. A I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968) representou, de certo modo, a gradual passagem da fase legislativa, de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de direitos humanos (a exemplo dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966), à fase de implementação de tais instrumentos.

A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) procedeu a uma reavaliação global da aplicação de tais instrumentos e das perspectivas para o novo século, abrindo campo ao exame do processo de consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. Decorridos quinze anos desde a realização desta última Conferência, encontram–se os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, nesta primeira década do século XXI, diante de novos dilemas e desafios, próprios de nossos dias, que relacionarei a seguir.

Cabe, de início, ter sempre presente que, nas últimas décadas, graças à atuação daqueles órgãos, numerosas vítimas têm sido socorridas. Graças a seus esforços, logrou–se salvar muitas vidas, reparar muitos dos danos denunciados e comprovados, por fim a práticas administrativas violatórias dos direitos garantidos, alterar medidas legislativas impugnadas e compatibilizá–las com os tratados de direitos humanos, adotar programas educativos e outras medidas positivas por parte dos Estados.

Não obstante todos estes resultados, os referidos órgãos de supervisão internacionais defrontam–se hoje com novos e grandes problemas, gerados em parte pelas modificações do cenário internacional, pela própria expansão e sofisticação de seu âmbito de atuação, pelos continuados atentados aos direitos humanos em numerosos países, pelas novas e múltiplas formas de violação dos direitos humanos que deles requerem capacidade de readaptação e maior agilidade, e pela manifesta falta de recursos humanos e materiais para desempenhar com eficácia seu labor.

Os tratados de direitos humanos das Nações Unidas têm, com efeito, constituído a espinha dorsal do sistema universal de proteção dos direitos humanos, devendo ser abordados não de forma isolada ou compartimentalizada, mas relacionados uns aos outros. Decorridos 25 anos desde a realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, ainda não logramos a chamada "ratificação universal" das seis "Convenções centrais" (core Conventions) das Nações Unidas (os dois Pactos de Direitos Humanos, as Convenções sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação – Racial e contra a Mulher, – a Convenção contra a Tortura, e a Convenção sobre os Direitos da Criança), – "ratificação universal" esta propugnada pela Conferência de Viena para o final de século XX.

Ademais, encontram–se a maioria destas Convenções ainda crivadas de reservas (embora algumas já tenham sido retiradas), muitas das quais afigurando–se, em meu entender, manifestamente incompatíveis com seu objeto e propósito. Urge, com efeito, proceder a uma ampla revisão (mais além do que propôs a respeito a Comissão de Direito Internacional da ONU) do atual sistema de reservas a tratados multilaterais consagrado nas duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986), – sistema este, a meu modo de ver, e como venho advertindo já há mais de três décadas, inteiramente inadequado aos tratados de direitos humanos[54].

Uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é sem dúvida o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violações dos direitos humanos. Urge que se reconheça o acesso direto dos indivíduos àquelas instâncias (sobretudo as judiciais), a exemplo do estipulado na Convenção Européia de Direitos Humanos, tal como emendada pelo Protocolo n°. 11 (de 1994, em vigor a partir de 01.11.1998)[55], em relação à Corte Européia de

[54] *Cf.* minhas críticas *in*: A.A. Cançado Trindade, "Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional", *in Assembleia Nacional Constituinte: Atas das Comissões*, vol. I, n°. 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, p. 110; A.A. Cançado Trindade, "Co–existence and Co–ordination of Mechanisms...", *op. cit. supra* n°. (13), pp. 180–189; A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", *in Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Hague Conference, July 1995), Haia, ASIL/NVIR, 1996, pp. 157–162 e 166–167. E cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Blake versus Guatemala* (Mérito), Sentença de 24 de janeiro de 1998, Voto Arrazoado do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 1–38, texto reproduzido *in*: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19912006)*, México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 156–169.

[55] A. Drzemczewski, "A Major Overhaul of the European Human Rights Convention Control Mechanism: Protocol n°. 11", 6 *Collected Courses of the Academy of European Law* (1997)–II, pp. 121–244; M. Scalabrino, *Il Controllo sull'Applicazione della CEDU alla Vigilia dell'Entrata in Vigore dell'XI Protocollo*, Urbino/Italia, Università degli di Urbino, 1998, pp. 68–70; A. Spielmann e D. Spielmann, "La Cour unique et permanente et les mesures provisoires (La nécessité d'une réforme)", *in Protection des droits de l'homme: la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de R. Ryssdall* (eds. P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold e L. Wildhaber), Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 2000, pp. 1347–1358; J.

Direitos Humanos (CtEDH), – com as necessárias adaptações às realidades prevalecentes em distintos continentes.

No continente americano, o quarto Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH – adotado em 24.11.2000 e em vigor a partir de 01.06.2001), – de cujo projeto tive a honra de ser relator por honrosa designação do plenário da Corte, – concede *locus standi* aos indivíduos em todas as etapas do procedimento perante a Corte Interamericana[56]. E no continente africano, o Protocolo de Burkina Faso (de 1998, e em vigor a partir de 25.01.2004) à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos abre a possibilidade do acesso direto dos indivíduos à nova Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CtAfDHP)[57].

A contraposição entre as vítimas de violações de direitos humanos e os Estados demandados é da própria essência do contencioso internacional dos direitos humanos. O *locus standi* dos indivíduos demandantes é a consequência lógica, no plano processual, de um sistema de proteção que consagra direitos individuais no plano internacional, porquanto não é razoável conceber direitos sem a capacidade processual de vindicá–los. Sustentar esta posição, como venho fazendo há tantos anos, significa em última análise ser fiel às origens históricas do próprio Direito Internacional.

O passo seguinte consistiria na outorga – que há anos sustento – do *jus standi* dos indivíduos na vindicação dos direitos humanos protegidos sob a Convenção

Wadham e T. Said, "What Price the Right of Individual Petition: Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights", 2 *European Human Rights Law Review* (2002) pp. 169–174.

[56] Para um estudo sobre a matéria, *cf.* A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9–104; A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y Su Proyección Hacia el Futuro: La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional, *in XXVIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – OEA* (2001) pp. 33–92; A.A. Cançado Trindade, "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne", 14 *Revue québécoise de droit international* (2001) n°. 2, pp. 207–239; A.A. Cançado Trindade, "La capacité juridique internationale de l'individu dans le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine", *in Soberanía del Estado y Derecho Internacional – Homenaje al Profesor J.A. Carrillo Salcedo*, Sevilla, Universidades de Sevilla/Córdoba/Málaga, 2005, pp. 293–316.

[57] S. Kowouvih, "La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples: une rectification institutionnelle du concept de `spécificité africaine' en matière des droits de l'homme", 15 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* – Bruxelles (2004) n°. 59, pp. 757–790; C. Heyns, "Le rôle de la future Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples", *in L'application nationale de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples* (eds. J.–F. Flauss e E. Lambert–Abdelgawad), Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2004, pp. 235–254; M. Mubiala, "L'accès de l'individu à la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples", *in La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international – Liber Amicorum L. Caflisch* (ed. M.G. Cohen), Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 369–378.

Americana[58]. Insistir não só na personalidade jurídica, mas igualmente na plena capacidade jurídica dos seres humanos no plano internacional, significa efetivamente ser fiel às origens históricas de nossa disciplina, o direito internacional – o direito das gentes (*droit des gens*)[59], – o que não raro passa despercebido dos adeptos de um positivismo jurídico cego e degenerado.

Dada a multiplicidade dos mecanismos internacionais contemporâneos de proteção dos direitos humanos, a necessidade de uma coordenação mais adequada entre os mesmos tem–se erigido como uma das prioridades dos órgãos de proteção internacional na atualidade. O termo "coordenação" parece vir sendo normalmente empregado de modo um tanto indiferenciado, sem uma definição clara do que precisamente significa; não obstante, pode assumir um sentido diferente em relação a cada um dos métodos de proteção dos direitos humanos em particular.

Assim, em relação ao sistema de petições, a "coordenação" pode significar as providências para evitar o conflito de jurisdição, a duplicação de procedimentos e a interpretação conflituoso de dispositivos correspondentes de instrumentos internacionais coexistentes pelos órgãos de supervisão. No tocante ao sistema de relatórios, a "coordenação" pode significar a consolidação de diretrizes uniformes (concernentes à forma e ao conteúdo) e a racionalização e padronização dos relatórios dos Estados Partes sob os tratados de direitos humanos. E com respeito ao sistema de investigações (determinação dos fatos), pode ela significar o intercâmbio regular de informações e as consultas recíprocas entre os órgãos internacionais em questão[60]. A multiplicidade de instrumentos internacionais no presente domínio faz–se acompanhar de sua unidade básica e determinante de propósito, – a proteção do ser humano.

É inegável que, no presente domínio de proteção, muito se tem avançado nos últimos anos, sobretudo na "jurisdicionalização" dos direitos humanos, para a qual vem contribuindo de modo especial os sistemas regionais europeu, interamericano e africano de proteção, dotados que são de tribunais internacionais de direitos humanos, – a CtEDH, a CtIADH, e a nova CtAfDHP, respectivamente. No entanto, como já adverti, ainda resta um longo caminho a percorrer. Há que promover a chamada "ratificação universal" dos tratados de direitos humanos – propugnada pelas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993), – contribuindo assim para assegurar que a universalidade

[58] A.A. Cançado Trindade, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948–1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas", *in Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (eds. D. Bardonnet e A.A. Cançado Trindade), La Haye/San José de Costa Rica, Académie de Droit International de La Haye/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 79–89.

[59] *Cf.* A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens – L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1–187.

[60] Para um amplo estudo, *cf.* A.A. Cançado Trindade, "Co–existence and Co–ordination of Mechanisms of International Protection...", *op. cit. supra* n°. (13), pp. 13–435.

dos direitos humanos venha a prevalecer nos planos não só conceitual, mas também operacional (a não–seletividade).

Para isto, é necessário que tal ratificação universal seja também integral, ou seja, sem reservas e com a aceitação das cláusulas facultativas, tais como, nos tratados que as contêm, as que consagram o direito de petição individual, e as que dispõem sobre a jurisdição obrigatória dos órgãos de supervisão internacional. Dadas a confluência e identidade de objetivos tanto do direito internacional como do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana, urge que os Estados, que aceitam as obrigações convencionais substantivas contraídas em relação aos direitos protegidos sob aqueles tratados, igualmente se submetam, de forma integral, aos mecanismos de supervisão ou controle internacional do cumprimento de tais obrigações, estabelecidos por aqueles tratados. À formulação de direitos no plano internacional deve corresponder o acesso às vias processuais internacionais de vindicá–los. Da aceitação *integral*, por todos os Estados, dos tratados de direitos humanos, depende em muito o próprio futuro da proteção internacional dos direitos consagrados.

O século XX deixou uma trágica marca: nunca, como no século passado, se verificou tanto progresso na ciência e tecnologia, acompanhado paradoxalmente de tanta destruição e crueldade. Mesmo em nossos dias, os avanços tecnológicos, e a revolução das comunicações e da informática, se por um lado tornam o mundo mais transparente, por outro lado geram novos problemas e desafios aos direitos humanos. Mais que uma época de profundas transformações, vivemos, nesta segunda década do século XXI, uma verdadeira transformação de época. Apesar de todos os avanços registrados nas sete últimas décadas na proteção internacional dos direitos humanos, têm persistido violações graves e maciças destes últimos nas mais distintas regiões do mundo[61], inclusive novas formas de violações.

Assim, às violações "tradicionais", em particular de alguns direitos civis e políticos (como as liberdades de pensamento, expressão e informação, e o devido processo legal), que continuam a ocorrer, infelizmente têm–se somado graves discriminações (contra membros de minorias e outros grupos vulneráveis, de base étnica, nacional, religiosa e linguística), além de violações de direitos fundamentais, do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Refugiados. As próprias formas de violações dos direitos humanos têm se diversificado[62], – o que passa a ser altamente preocupante.

[61] *Cf.* e.g., [Vários Autores,] *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond* (eds. Y. Danieli, E. Stamatopoulou e C.J. Dias), Amityville/N.Y., Baywood Publ. Co., 1999, pp. 115–234.

[62] E.g., as cometidas por grupos clandestinos de extermínio, sem indícios aparentes da presença do Estado; as perpetradas por agentes não–identificados, contra as vítimas indefesas do tráfico de pessoas; as cometidas por organismos financeiros e por detentores do poder econômico; as perpetradas pelos detentores do poder das comunicações; as cometidas pelo recrudescimento dos fundamentalismos e ideologias religiosas; as decorrentes da corrupção e impunidade; dentre outras.

Como assinalei, há uma década, em minha avaliação dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos[63], face aos novos desafios cumpre conceber novas formas de proteção do ser humano ante a atual diversificação das fontes de violações de seus direitos, agravada ao longo da última década. Assim se afirmou, e.g., nas Consultas de 2014 do Alto–Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) realizadas na América Latina e Caribe[64]; tais Consultas, já há três décadas, em que tenho participado como seu Consultor Jurídico *ad honorem*, têm sido verdadeiramente pioneiras, na busca da identificação de pessoas em situações de grande vulnerabilidade para estender–lhes proteção, como resposta às novas crises humanitárias da atualidade.

O atual paradigma de proteção (do indivíduo *vis–à–vis* o poder público) corre o risco de tornar–se insuficiente e anacrônico, por não se mostrar equipado para fazer frente às novas formas de violações (*supra*), – entendendo–se que, mesmo nestes casos, permanece o Estado *responsável por omissão*, por não tomar medidas positivas de proteção. Tem, assim, sua razão de ser, a preocupação corrente dos órgãos internacionais de proteção, já assinalada, no tocante aos padrões consistentes de violações sistemáticas e às violações continuadas de direitos humanos, em desenvolver mecanismos tanto de *prevenção* como de *seguimento*, tendentes a cristalizar um sistema de *monitoramento contínuo* dos direitos humanos em todos os países, consoante os mesmos critérios.

A par da visão integral dos direitos humanos no plano conceitual, os esforços correntes em prol do estabelecimento e consolidação do *monitoramento contínuo* da situação dos direitos humanos em todo o mundo constituem, em última análise, a resposta, no plano processual, ao reconhecimento obtido na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena em 1993 da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as violações de direitos humanos em toda parte e a qualquer momento, – sendo este um grande desafio a defrontar o movimento internacional dos direitos humanos nesta segunda década do século XXI.

Para enfrentá–lo, os órgãos internacionais de proteção necessitarão contar com consideráveis recursos – humanos e materiais – adicionais: os atuais recursos[65],

[63] *Cf.* A.A. Cançado Trindade,"O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e Sua Trajetória ao Longo das Seis Últimas Décadas",*in60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas do Brasil* (org. A. Giovanetti), Brasília, FUNAG, 2009, pp. 13–46; A.A. Cançado Trindade, "The Universal Declaration of Human Rights, Six Decades Later – Introductory Note", *United Nations Historic Archives – U.N. Audiovisual Library in International Law*, N.Y., U.N., outubro de 2008, pp. 1–4.

[64] Para um estudo atualizado das três décadas das Consultas do ACNUR em nossa região (1984–2014), cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª. ed. rev., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2015, capítulos XXIV–XXV, pp. 525–613.

[65] No plano global, por muitos anos permaneceu pouco mais de 1% do orçamento regular das Nações Unidas (ONU); no plano regional interamericano, permanece até hoje cerca de 4% do orçamento regular da Organização dos Estados Americanos (OEA).

altamente insatisfatórios, refletem um quase descaso em relação ao labor no campo da proteção internacional dos direitos humanos. Os órgãos internacionais de proteção devem buscar bases e métodos adicionais de ação para fazer frente às novas formas de violações dos direitos humanos[66].

A impunidade, por exemplo, verdadeira chaga que corrói a crença nas instituições públicas, é um obstáculo que ainda não conseguiram transpor. É certo que as Comissões da Verdade, instituídas nos últimos anos em diversos países, com mandatos e resultados de investigações os mais variáveis, constituem uma iniciativa positiva no combate a este mal, – mas ainda persiste uma falta de compreensão do alcance das obrigações internacionais de proteção.

Estas últimas vinculam não só os governos (como equivocada e comumente se supõe), mas os Estados (todos os seus poderes, órgãos e agentes); cabe precisar com clareza o amplo alcance das *obrigações tanto executivas como legislativas e judiciais* dos Estados Partes em tratados de direitos humanos, – a par das do Poder Executivo, – de modo a combater com mais eficácia a impunidade. Para assegurar a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, muito se vem impulsionando, em nossos dias, as convergências entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados.

Tais convergências, motivadas em grande parte pelas próprias necessidades de proteção, tem–se manifestado nos planos normativo, hermenêutico e operacional, tendendo a fortalecer o grau da proteção devida à pessoa humana. Face à proliferação dos atuais e violentos conflitos internos em tantas partes do mundo, já não se pode invocar a *vacatio legis* levando à total falta de proteção de tantas vítimas inocentes. A visão compartimentalizada das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana encontrase hoje definitivamente superada; a doutrina e a prática contemporâneas admitem a aplicação simultânea ou concomitante das normas de proteção das referidas três vertentes, em benefício do ser

[66] Para um exame de novos mecanismos e estratégias, *cf*. P. Leuprecht, "Conflict Prevention and Alternative Forms of Dispute Resolution: Looking Towards the Twenty–First Century", *in Human Rights in the Twenty–First Century: A Global Challenge* (eds. K.E. Mahoney e P. Mahoney), Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 959–965; J. Martenson, "The United Nations and Human Rights Today and Tomorrow", *in Ibid.*, pp. 925–936; J. Fodor, "Future of Monitoring Bodies", *Canadian Human Rights Yearbook* (1991–1992) pp. 177–209; Manfred Nowak, "Future Strategies for the International Protection and Realization of Human Rights", *in The Future of Human Rights Protection in a Changing World – Essays in Honour of T. Opsahl* (eds. A. Eide e J. Helgesen), Oslo, Norwegian University Press, 1991, pp. 59–78; B.G. Ramcharan, "Strategies for the International Protection of Human Rights in the 1990s", 13 *Human Rights Quarterly* (1991) pp. 155–169; Th. van Boven, "The Future Codification of Human Rights: Status of Deliberations – A Critical Analysis", 10 *Human Rights Law Journal* (1989) pp. 1–11.

humano, destinatário das mesmas. Passamos da compartimentalização às convergências. Cabe seguir avançando decididamente nesta direção[67].

Os órgãos de supervisão internacional têm, ao longo dos anos, aprendido a atuar também em distúrbios internos, estados de sítio e situações de emergência em geral. Graças à evolução da melhor doutrina contemporânea, hoje se reconhece que as derrogações e limitações permissíveis ao exercício dos direitos protegidos, isto é, as previstas nos próprios tratados de direitos humanos, devem ser restritivamente interpretadas, e cumprir certos requisitos básicos[68]. Em qualquer hipótese, ficam excetuados os direitos inderrogáveis (como o direito à vida, o direito a não ser submetido a tortura ou escravidão, o direito a não ser incriminado mediante aplicação retroativa das penas), que não admitem qualquer restrição. Do mesmo modo, impõe–se a intangibilidade das garantias judiciais em matéria de direitos humanos (exercitadas consoante os princípios do devido processo legal), mesmo em estados de emergência. O ônus da prova do cumprimento de todos estes requisitos recai naturalmente no Estado que invoca a situação de emergência pública em questão[69].

As iniciativas no plano internacional não podem dissociar–se da adoção e do aperfeiçoamento das medidas *nacionais* de implementação, porquanto destas últimas – estamos convencidos – depende em grande parte a evolução da própria proteção *internacional* dos direitos humanos. Como venho sustentando há vários anos (mais de três décadas)[70], no contexto da proteção dos direitos humanos a

[67] A.A. Cançado Trindade, G. Peytrignet e J. Ruiz de Santiago, *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana*, 1ª. ed. México, Ed. Porrúa/Univ. Iberoamericana, 2003, pp. 1–169; A.A. Cançado Trindade, L. Ortiz Ahlf e J. Ruiz de Santiago,*Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana*, 2ª. ed., México D.F., Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2017, pp. 1–225; A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias*, Genebra, CICV, [2000], pp. 1–66.

[68] Podem estes resumir–se nos seguintes: tais derrogações e limitações devem ser previstas em lei (aprovada por um congresso democraticamente eleito), ser restritivamente interpretadas, limitar–se a situações em que sejam absolutamente necessárias (princípio da proporcionalidade às exigências das situações), ser aplicadas no interesse geral da coletividade (ordre public, fim legítimo), ser compatíveis com o objeto e propósito dos tratados de direitos humanos, ser notificadas aos demais Estados Partes nestes tratados, ser consistentes com outras obrigações internacionais do Estado em questão, ser aplicadas de modo não–discriminatório e não–arbitrário, ser limitadas no tempo.

[69] Em casos não previstos ou regulamentados pelos tratados de direitos humanos e de direito humanitário, impõem–se os princípios do direito internacional humanitário, os princípios de humanidade e os imperativos da consciência pública (consoante a célebre "cláusula Martens"). Aos órgãos de supervisão internacional está reservada a tarefa de verificar e assegurar o fiel cumprimento desses requisitos pelos Estados que invocam estados de sítio ou emergência, mediante, e.g., a obtenção de informações mais detalhadas a respeito e sua mais ampla divulgação (inclusive das providências tomadas), e a designação de relatores especiais ou órgãos subsidiários de investigação dos estados ou medidas de emergência pública prolongados.

[70] *Cf.* A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977–1978) pp. 333–370; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge

polêmica clássica entre monistas e dualistas revelase baseada em falsas premissas e superada: verifica–se aqui uma *interação* dinâmica entre o direito internacional e o direito interno, e os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da *primazia da norma mais favorável* aos seres humanos protegidos, *seja ela norma de direito internacional ou de direito interno* (cf. *supra*).

A responsabilidade *primária* pela observância dos direitos humanos recai nos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem tais tratados, os Estados Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção[71], a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos. Urge, assim, que as leis nacionais sejam compatibilizadas com a normativa internacional de proteção, e que os direitos consagrados nos tratados de proteção possam ser invocados *diretamente* ante os próprios tribunais nacionais.

No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se mostram, assim, em constante interação. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos[72], assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos e do Estado de Direito. Só se logrará tal fortalecimento com o concurso e a mobilização da sociedade civil, à qual se devem em grande parte os avanços na proteção dos direitos humanos em perspectiva histórica. Do que precede se pode depreender a premência da consolidação das obrigações *erga omnes* de proteção, consoante uma concepção necessariamente *integral* dos direitos humanos.

Ao completar sete décadas de existência e irradiação, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reveste–se de notável atualidade, ao proclamar direitos inerentes à pessoa humana e, ao mesmo tempo, conclamar à transformação da ordem social internacional para a efetivação de tais direitos[73]. Significativamente, a

University Press, 1983, pp. 1–443; A.A. Cançado Trindade, "Desafíos de la Protección Internacional de los Derechos Humanos al Final del Siglo XX", *in Seminario sobre Derechos Humanos* (Actas del Seminario de La Habana, Cuba, Mayo–Junio de 1996), San José de Costa Rica/La Habana, IIDH/Unión Nacional de Juristas de Cuba, 1997, pp. 99124.

[71] No tocante ao direito brasileiro, cf. A.A. Cançado Trindade (ed.), *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro* (Seminários de Brasília e Fortaleza de 1993), 2a. ed., Brasília/San José, IIDH/CICV/ACNUR/CUE/ASDI, 1996, pp. 7–845; A.A. Cançado Trindade (ed.), *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*, San José/Brasília, IIDH/Fund. F. Naumann, 1991, pp. 1–357; C.D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 1994, pp. 165–191.

[72] A ênfase na premência das referidas medidas nacionais, para o futuro da proteção internacional, não nos pode, porém, fazer perder de vista que os padrões internacionais de proteção não podem ser rebaixados; devem eles, ao contrário, ser preservados e elevados.

[73] A. Eide e G. Alfredsson, "Introduction", *in The Universal Declaration of Human Rights – A Common Standard of Achievement* (eds. G. Alfredsson e A. Eide), The Hague, Nijhoff, 1999, pp. XXIX–XXX.

Declaração Universal invoca expressamente a "consciencia da humanidade"[74] (preâmbulo), "ultrajada pelos "atos bárbaros" e horrores (da II guerra mundial) perpetrados pelo voluntarismo estatal totalitário, e conclama à construção ou "advento" de um mundo novo, em que todas as pessoas nascem "livres e iguais em dignidade e direitos", dotadas de "razão e consciência" (artigo 1). Ao longo de sete décadas, sua importancia única[75] se irradiou em todos os continentes, ao reconhecer a centralidade da pessoa humana no novo *jus gentium*[76].

A projeção histórica da Declaração Universal tem sido associada ao próprio direito internacional consuetudinário em evolução, assim como aos princípios gerais do direito[77]. A Declaração Universal atribui importância capital ao princípio fundamental da igualdade e não–discriminação; a CtIADH, em seu histórico e aclamado Parecer n°. 18, de 17.09.2003, sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, situou com lucidez este princípio básico no domínio do *jus cogens*[78], após invocar devidamente a Declaração Universal[79].

Enfim, ao voltar os olhos tanto para trás como para frente, constata–se que efetivamente houve, nestas sete décadas de experiência acumulada neste domínio de proteção desde a adoção da Declaração Universal de 1948, claros avanços, sobretudo na *jurisdicionalização* da proteção internacional dos direitos humanos[80], e no acesso direto da pessoa humana à justiça internacional. Não obstante, também se constata que tais avanços não tem sido lineares, como indica a trajetória das posições de muitos países neste domínio.

---

[74] Quanto à sua importância, cf., e.g., J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights…*, *op. cit. supra* n. (6), pp. 91, 299–300, 318 e 331.

[75] *Cf.*, e.g., B. Vergely, *Le silence de Dieu face aux malheurs du monde*, Paris, Presses de la Renaissance, 2006, p. 172.

[76] *Cf.* A.A. Cançado Trindade,*International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*, 2a. ed. rev., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, pp. 1–726.

[77] J. Oraá Oraá, "En Torno al Valor Jurídico de la Declaración Universal", *in La Declaración Universal de Derechos Humanos en Su Cincuenta Aniversario*, Bilbao, Edit. Universidad de Deusto, 1999, pp. 188–201. Sobre a importância dos princípios gerais do direito, nos próprios fundamentos do direito das gentes, *cf.* A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 2ª. ed. rev., *op. cit. supra* n. (31), pp. 13–463.

[78] Parágrafos 97–101 do referido Parecer n°. 18; e cf. o extenso Voto Concordante do Juiz Presidente A.A. Cançado Trindade, parágrafos 1–89, texto reproduzido *in*: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991–2006)*, México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 52–87.

[79] Parágrafo 71 do mencionado Parecer n°. 18 (2003) da CtIADH. E cf., sobre o impacto do anterior Parecer n°. 16 (1999) da CtIADH: A.A. Cançado Trindade, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter–American Court of Human Rights on International Case–Law and Practice", 6 *Chinese Journal of International Law* (2007) n. 1, p. 1–16.

[80] *Cf.*, a respeito, e.g., A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Edit. Universidade de Brasília, 1997, pp. 1–327.

Ocorreram momentos históricos de avanços significativos, mas lamentavelmente também de alguns retrocessos, quando não deveria haver aqui espaço para estes últimos. É este, em última análise, um domínio de proteção que não comporta retrocessos. Nesta segunda década do século XXI, resta, certamente, um longo caminho a percorrer, tarefa para toda a vida, e tarefa sem fim, como no mito de Sísifo[81]. Trata–se, em última análise, de perseverar no ideal da construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos, no decorrer do século XXI, graças ao labor das gerações vindouras que não hesitarão em abraçar esta nobre causa.

[81] *Cf.* A. Camus, *Le mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, 1942, pp. 11–168; A. Camus, *The Myth of Sisyphus and Other Essays*, N.Y., Vintage, 1991, pp. 3–123.

EL DERECHO DE NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA PARA COMBATIR LOS ACTOS DE TERRORISMO

Lidia MORENO BLESA [*]

y

Esther ALBA FERRÉ [**]

Sumario: I. Introducción: el terrorismo y sus efectos. II. La seguridad ante el terrorismo y el derecho a la nacionalidad en la Unión Europea. III. La reciprocidad y la solidaridad ante la nacionalidad. IV. La pérdida y la privación de la nacionalidad en España. V. Soluciones posibles ante el terrorismo: lucha contra la apatridia versus seguridad. VI. Conclusiones. VII. Bibliografia.

Resumen: Las oleadas de atentados terroristas que han asolado Europa en los últimos cinco años han puesto en marcha la maquinaria jurídica en los países afectados, para privar de la nacionalidad al responsable, cuando se constata que ha sido un ciudadano extranjero y con nacionalidad de estos mismos países el que ha cometido tan atroz injusticia. Dos posturas parecen estar enfrentadas a la hora de tomar partido por una regulación que sancione al terrorista con la pérdida de la nacionalidad del Estado en cuestión, como medida disuasoria para tratar de reducir este tipo de delitos. Así, desde los más proclives a condenar con la pérdida de la nacionalidad al condenado por actos de terrorismo, como es el caso de Bélgica, hasta los más reacios, como ocurre en la legislación portuguesa que, al considerar la nacionalidad un derecho fundamental, solo permite la pérdida de la nacionalidad basada en la voluntad del nacional que lo sea de otro Estado. Por lo que respecta a España, se presentó un Anteproyecto de adquisición y pérdida de la nacionalidad en 2015, a partir del cual los inmigrantes extranjeros que hubieran conseguido la nacionalidad podían perderla por "razones de orden público o por participar en un escrache", pero la medida fue rechazada y no ha tenido continuidad. Con todo, la retirada de la nacionalidad por actos de terrorismo en el ordenamiento español podría fundamentarse en la aplicación *sensu contrario* del requisito de la buena conducta cívica que se tiene en cuenta para adquirir la nacionalidad.

Palabras clave: Nacionalidad española, pérdida de la nacionalidad, delitos de terrorismo, extranjería, expulsión del territorio español.

Abstract: Terrorist attacks that have plagued Europe in the last five years have activated the application of law in the affected countries, to deprive the nationality of the responsible, when it is found that he has been a foreign citizen and with nationality of these same countries. Two positions seem to be faced when taking part in a regulation that punishes the terrorist with the loss of the nationality of the State in question, as a deterrent to try to reduce this type of crime. Thus, from those most inclined to condemn the

Fecha de recepción del original: 31 de mayo de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 31 de julio de 2019.

[*] Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid

[**] Profesora Doctora de Derecho civil de la Universidad Europea de Madrid.

loss of nationality, as is the case of Belgium, even the most reluctant, as in the Portuguese legislation that, considering nationality a fundamental right, only allows the loss of nationality based on the will of the national. With regard to Spain, a preliminary draft of acquisition and loss of nationality was presented in 2015, from which foreign immigrants who had obtained nationality could lose it for "reasons of public order", but the measure was rejected. However, the withdrawal of nationality for acts of terrorism in the Spanish legal system could be based on the application to the requirement of good civic conduct that is applied to acquire nationality.

Keywords: Spanish nationality, loss of nationality, crimes of terrorism, foreigners, expulsion from Spanish territory.

I. Introducción: el terrorismo y sus efectos

El terrorismo, entendido comúnmente como "… actos de violencia dirigidos contra los civiles procurando objetivos políticos o ideológicos"[1], está golpeando de manera global a Europa y a todos sus ciudadanos cualquiera que sea su raza, religión u origen[2]. Entre los principales efectos del terrorismo, hay que destacar que genera

[1] Esta definición la aporta la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el Terrorismo", Derechos Humanos, Folleto informativo nº 32, Ginebra, septiembre de 2008, 1–78, p. 6 (disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf– fecha de consulta: 27–05–2019). Al analizar la pregunta de qué es el terrorismo, pone de manifiesto que, en términos jurídicos, "… aunque la comunidad internacional aún no ha adoptado una definición general de terrorismo, en declaraciones, resoluciones y tratados <<sectoriales>> universales vigentes relacionados con aspectos concretos del terrorismo se definen ciertos actos y elementos básicos". Nos recuerda la definición que dio la Asamblea General en 1994 en la resolución 49/60 en su párr. 3 al considerar que el terrorismo incluye "actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas". Así el Consejo de Seguridad en su resolución 1566 (2004) se refirió a "actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de persona o en determinada persona, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de realizarlo".

[2] Respecto al número de ataques terroristas que se han producido en la Unión Europea, y siguiendo los datos proporcionados en el informe sobre la situación y las tendencias del terrorismo en la UE para 2018 (*TESATEuropean Union Terrorism Situation and Trend Report* 2018), European Union Agency for law enforcement Cooperation, 2018, p. 9, dispone lo siguiente: "In 2017 a total of 205 foiled, failed and completed terrorist attacks were reported by nine EU Member States. The United Kingdom (UK) experienced the highest number of attacks (1071), followed by France (54), Spain (16), Italy (14), and Greece (8). Belgium and Germany reported 2 attacks each; Finland and Sweden noted attack each. Spain, Finland and Sweden reported on jihadist terrorist attacks after a long period of having been unaffected by this phenomenon. In 2017 68 victims died as a result of terrorist attacks and 844 people were injured", esto es "En 2017, un total de 205 ataques terroristas frustrados, fallidos y completados fueron reportados por nueve Estados miembros de la UE. El Reino Unido (UK) experimentó el mayor número de ataques (1071), seguidos por Francia (54), España (16), Italia (14) y Grecia (8). Bélgica y Alemania informaron 2 ataques cada uno; Finlandia y Suecia señalaron 1 ataque cada uno. España, Finlandia y Suecia informaron sobre los ataques terroristas yihadistas después de un largo período de no haber sido afectados por este fenómeno. En 2017 68 víctimas murieron como resultado de ataques terroristas y 844 personas fueron lesionadas".

muerte y perjuicios irreparables para las víctimas, atentando contra los derechos y libertades fundamentales de la persona, como son la vida, la libertad individual y la integridad física[3]. En la sociedad civil se instaura el miedo e incluso nace la xenofobia. El propio terrorismo está rompiendo los valores europeístas que se basaban, entre otros, en el respeto y la libre circulación de personas, destruyendo los derechos humanos, la democracia y el imperio de la ley. Llega a amenazar el desarrollo social y económico de los Estados, poniendo en peligro la paz y la seguridad.

La intranquilidad de toda la sociedad y la desestabilización que genera en los gobiernos, y en concreto en Europa, ha llevado a algunos de los Estados a replantearse la eficacia de las medidas de seguridad adoptadas ante esta lacra social que es el terrorismo. Los Estados están obligados "… a velar por los derechos humanos de sus nacionales y de otros mediante la adopción de medidas positivas para protegerlos contra la amenaza de actos terroristas y para llevar ante la justicia a los autores de estos actos"[4].

Libertades públicas y derechos, como la nacionalidad, se han podido ver afectados e incluso limitados por razones legales de seguridad jurídica. El Estado se protege con medidas policiales e incluso militares, lo que le lleva a adoptar estrategias de prevención que conllevan propuestas de reformas constitucionales, aprobación de leyes sobre seguridad ciudadana e incluso la declaración de estados de excepción.

Partiendo de las consecuencias que está generando el terrorismo, es importante analizar las propuestas de los diferentes Estados europeos en el ámbito del derecho a la nacionalidad como prevención. Será importante valorar si la medida de retirar la nacionalidad a las personas que hayan cometido delitos de terrorismo o que se integren en grupos beligerantes produce los efectos esperados de disuadir a los terroristas de cometer el delito o el daño contra los ciudadanos. Tras realizar un breve estudio comparado, se conocerá la situación actual que el ordenamiento jurídico español adopta en materia de pérdida forzosa o privación de la nacionalidad española, así reflejado en nuestra Constitución y en el Código Civil.

El tema objeto de debate es comprobar si el terrorismo puede ser combatido con la pérdida de la nacionalidad y constatar, al mismo tiempo, cómo se articula el

[3] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op. cit*., p. 7 del documento informativo, nº 32, se enumeran los efectos destructivos del terrorismo que podemos resumir en la amenaza a la dignidad y seguridad de los seres humanos, el efecto negativo sobre el establecimiento del imperio de la ley, vínculos con la delincuencia organizada transnacional, el tráfico de drogas, el blanqueo de dinero etc., consecuencias adversas para el desarrollo económico y social de los Estados, poniendo en peligro las relaciones de amistad y relaciones de cooperación y amenaza la integridad territorial y la seguridad de los Estados constituyendo una violación grave de los propósitos y principios de las Naciones Unidad al ser una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales.

[4] *Ibíd.*, p. 1.

enfrentamiento entre el principio de lucha contra la apatridia[5] de los ciudadanos con el principio de seguridad ante delitos de terrorismo. Puede que sea necesario, analizadas las distintas soluciones, presentar algún tipo de propuesta de reforma constitucional o legislativa que lleve a garantizar que los extranjeros que se nacionalicen españoles no puedan compaginar esta condición con la de ser terroristas o, al menos, les incentive para no llegar a serlo.

II.La seguridad ante el terrorismo y el derecho a la nacionalidad en la Unión Europea

Algunos Estados europeos han adoptado una serie de medidas dirigidas a garantizar la seguridad de sus ciudadanos ante el terrorismo. En lo que se refiere a la pérdida de la nacionalidad por razones de terrorismo, podemos analizar lo que han intentado regular ciertos países como Francia o Alemania y lo que han legislado Bélgica y Portugal[6]. Así, el Gobierno francés remitió el 23 de diciembre de 2015 al Parlamento un proyecto de ley constitucional "de protección de la Nación" con dos medidas a resaltar[7]:

a) Retirar la nacionalidad francesa a cualquier ciudadano francés condenado por un crimen o un delito que constituya un atentado grave para la vida de la Nación.

b) Constitucionalizar el estado de urgencia.

Esta reforma fue rechazada por el Senado en marzo de 2016, tras su aprobación por la Asamblea Nacional[8]. Se opusieron a esta medida de retirada de la

[5] La sentencia de 28 de agosto de 2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) sostuvo que "una persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico–político con ningún Estado". *Vid.*, S. Sánchez Lorenzo, "Derechos humanos y competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad (la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2014: caso personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 67, 2015, nº 2, 111–133, pp. 121 ss., en relación con la confusión de la CIDH entre personalidad jurídica y nacionalidad.

[6] *Vid.*, F.J. Nériz Olaechea, "La pérdida de la 'nacionalidad adquirida' por la comisión de delitos de terrorismo", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, noviembre 2016, 41–56, pp. 42 –43.

[7] Este proyecto surgió justo después de los atentados de 13 de noviembre de 2015 de París. Tras estos atentados y los de Niza, Francia ha vivido bajo el estado de urgencia e incluso se declaró que el país estaba en guerra. Durante el estado de urgencia se otorga a la autoridad competente amplias facultades para restringir las libertades de los ciudadanos en pro de la seguridad de la Nación. Así, un nuevo art. 3–1 de dicho proyecto quiere establecer: "La ley fija las reglas relativas a: (…) la nacionalidad, incluidas las condiciones bajo las cuales una persona nacida en Francia que posee otra nacionalidad puede ser privada de la nacionalidad francesa cuando es condenada por un delito que constituye una grave amenaza para la vida de la Nación…".

[8] El texto ha sido examinado por la Asamblea Nacional del 5 hasta el 10 de febrero de 2016. Fue votado con 317 a favor de la adopción, 199 votos en contra y 51 abstenciones. Esta propuesta de modificación

nacionalidad por entender que crearía ciudadanos de segunda en contra del principio de igualdad. Esta medida fue rechazada también porque se podría aplicar a los ciudadanos con nacionalidad de origen, por lo que dejaría a algunos de ellos en situación de apátridas. En suma, la propuesta no salió adelante y recibió valoraciones muy negativas, en tanto en cuanto el cambio jurídico pretendido podía traducirse en un peligro para las relaciones internacionales de Francia, incluso, con la Unión Europea.

En la actualidad, la legislación francesa sólo permite la privación de la nacionalidad francesa a las personas con doble nacionalidad que la hubieran adquirido en los últimos quince años en caso de delito grave (como el terrorismo) o contra las libertades fundamentales del Estado. Es imposible retirar la nacionalidad francesa cuando la persona tiene solo una nacionalidad. El Código civil francés, en su art. 25, prohíbe convertir a una persona en apátrida al disponer que "Una persona que haya adquirido el estatus de ciudadano francés puede, por decreto emitido después de obtener el consentimiento del Consejo de Estado, ser privado de la nacionalidad francesa, a menos que la pérdida resulte en la apatridia (…)".

Alemania, en agosto de 2016, anunció una serie de medidas para reforzar la seguridad:

a) La retirada de la nacionalidad a los alemanes que tengan otra y que hayan combatido en grupos o milicias en el extranjero.

b) La reforma de la ley de extranjería para acelerar la expulsión administrativa de extranjeros delincuentes y migrantes sin permiso de residencia por razones de amenaza para la seguridad pública.

c) La creación de una agencia para coordinar la lucha contra el terrorismo en la red electrónica.

d) El aumento de la vigilancia del espacio cibernético para prevenir delitos.

e) El incremento de vigilancia en centros de acogida para detectar a posibles personas radicalizadas.

f) La implantación de un deber de los médicos de denunciar a los pacientes potencialmente peligrosos.

La primera de las medidas es la que más nos interesa, porque en ella se refleja la retirada de la nacionalidad alemana no a los condenados por actos terroristas, como se proponía en Francia, sino simplemente a los que se demuestre que han combatido en grupos o milicias en el extranjero. Es cierto que esta retirada de la nacionalidad alemana no se generaliza y se aplicaría solo en el caso de tener doble nacionalidad

engendró muchos debates políticos y el 30 de marzo de 2016, el presidente socialista François Hollande la dio por cancelada.

para evitar así la apatridia. Por lo tanto, parece que lo que se pretende es trasladar el problema al país cuya nacionalidad ostenta el terrorista en cuestión y que dicho Estado ya no le pueda retirar la nacionalidad porque le convertiría en una apátrida. Se podría decir que el principio de la lucha contra la apatridia se enfrenta con el principio de seguridad contra el terrorismo.

Por su parte, el 8 de julio de 2015, el Parlamento belga aprobó una Ley que modificaba el art. 23 del Código de Nacionalidad para facultar al juez, a iniciativa del Ministerio público, a la retirada de la nacionalidad de aquellos belgas que tuvieran otra nacionalidad si habían sido condenados como autores, coautores o cómplices a una pena de prisión igual o superior a cinco años por crímenes y delitos contra la seguridad del Estado[9]. Por lo tanto, la pérdida de la nacionalidad en el caso belga se ve limitada a los nacionales que tengan otra nacionalidad para evitar así la apatridia y a los casos en que exista condena, no siendo suficiente demostrar que estos individuos han combatido en grupos o milicias en el extranjero. Bélgica es el primero de los Estados miembros que incluye en su Código de Nacionalidad el terrorismo como causa de pérdida de la nacionalidad belga.

Sin embargo, Portugal considera que la nacionalidad es un derecho fundamental y la pérdida de ella solo puede estar motivada por la voluntad del ciudadano. El art. 26.1 de la vigente Constitución Portuguesa de 1976 considera que el derecho a la nacionalidad es un verdadero derecho fundamental –que no lo es en España–, desde el momento en el que se constituye como un bien de primer orden, y un corolario de la dignidad humana, que no podrá ser denegada a ninguna persona. En este sentido, el art. 26.4 de dicha Constitución prohíbe la privación de la nacionalidad, ya que nadie podrá ser privado de ella contra su voluntad expresa, a menos que hubiese adquirido otra nacionalidad y sin que sea suficiente para perderla la inexistencia de la manifestación de la voluntad de conservarla en el momento de adquirir otra. La pérdida de la nacionalidad portuguesa será idéntica para los portugueses de origen (art. 1 de la Ley 37/1981) como para los nacionales que la adquieren por efecto de su voluntad (arts. 2 a 5 de dicha Ley) o por naturalización (art. 6). La pérdida de la nacionalidad está regulada en el art. 8 de la mencionada Ley que establece que "Pierden la nacionalidad portuguesa los que, siendo nacionales de otro Estado, declaren que no quieren ser portugueses". La pérdida requiere de voluntad en este caso y, para evitar la apatridia, que sea nacional de otro Estado. Por lo tanto, no se prevé la posibilidad de que el Estado sancione al portugués terrorista con la pérdida de la nacionalidad.

[9] Bélgica tras los atentados al aeropuerto y metro de Bruselas adoptó una serie de medidas para permitir las detenciones de personas de manera más ágil y también se anunciaron medidas destinadas a la instalación de brazaletes electrónicos a sospechosos, el fin del anonimato de las tarjetas de móvil prepago, el cierre de páginas de internet u otras dirigidas a modificar las leyes existentes en relación con los registros domiciliarios.

Vemos que los países europeos no se ponen de acuerdo en la regulación de la pérdida de la nacionalidad de los terroristas. La regulación belga, que sanciona con la pérdida de nacionalidad belga al condenado por actos terrorismo, es totalmente contradictoria respecto de la legislación portuguesa que, al considerar la nacionalidad un derecho fundamental, sólo permite la pérdida de la nacionalidad basada en la voluntad del nacional que lo sea de otro Estado. Esta contradicción nos puede llevar a reflexionar sobre la necesidad de armonizar esta materia a nivel europeo, siendo necesario establecer unos mínimos comunes para todas las legislaciones nacionales de cada Estado miembro de la Unión Europea.

Nos podemos hacer la siguiente pregunta ¿es efectiva la retirada de la nacionalidad por delitos de terrorismo? Enériz Olaechea[10] contesta a esta pregunta desde tres puntos de vista:

— Desde el punto de vista de la prevención penal considera que "… no es una medida que se conciba como muy efectiva para disuadir a quien ya tenga decidido realizar una acción, en muchos casos suicida, de un daño indiscriminado contra sus conciudadanos".

— Desde el punto de vista social y político califica a esta medida de simbólica al estar "… dirigida a castigar al terrorista, alguien a quien se acogió plenamente en la sociedad a la que llegó y vive y a la que, desde su seno, ataca y pretende destruir".

— Desde el punto de vista jurídico, señala que la medida de la retirada de la nacionalidad del país atacado "… estriba en permitir seguidamente la expulsión del 'nuevo extranjero', prohibiéndole su retorno".

Puede que disuadir, castigar y expulsar a los terroristas sean medidas más o menos efectivas contra el terrorismo, por su carácter preventivo. La solución debería estar en que los Estados miembros actúen con un mayor grado de uniformidad para evitar desigualdades o discriminaciones, y siempre respetando los derechos humanos. Es importante recordar que no sólo debe existir cooperación y coordinación entre los Estados, sino que también debe haber reciprocidad y solidaridad en la relación entre el Estado y sus conciudadanos, ya que la ausencia de ellas puede suponer la pérdida justificada de la nacionalidad.

[10] F. Enériz Olaechea, "La pérdida de la 'nacionalidad adquirida' por la comisión de delitos de terrorismo", *op. cit*., p. 4.

III. La reciprocidad y la solidaridad ante la nacionalidad

La nacionalidad no sólo es un hecho social que individualiza a un grupo de personas unidas por la tradición y unos valores compartidos[11], es un vínculo que tiene un doble carácter personal y político que liga a una persona física con su Estado[12]. A nivel personal conlleva un estado civil integrado por derechos y obligaciones que permite a la persona alcanzar una vida digna. A nivel político vincula al individuo con el Estado y determina la condición de pertenencia, ya que a través de la nacionalidad identificamos a las personas que integran la comunidad nacional. Afecta, por tanto, al interés público porque se refiere a la capacidad y responsabilidad de la persona frente a los demás. Es también una cuestión de interés general que requiere la presencia necesaria del Ministerio Fiscal. Por razones de seguridad y certidumbre del tráfico, es necesario que el Estado tenga constancia de quienes son sus nacionales, del buen comportamiento de los mismos y, por ende, de que éstos no están vinculados con organizaciones terroristas.

Siempre se ha analizado la nacionalidad desde la protección a la persona y no tanto desde el punto de vista de la protección del Estado y de todos sus nacionales. Realmente como señala, Sánchez Hernández la nacionalidad "…, como vínculo legal, tiene como base fundamental la recíproca existencia de derechos y deberes entre la persona física y su Estado"[13]. Hay que dar más peso a la reciprocidad y a la solidaridad entre los ciudadanos y entre éstos con el Estado.

Esta concepción de la solidaridad se pone de manifiesto en la STJUE de 2 de marzo de 2010 (C–135/08) al hilo de la revocación de una concesión de la nacionalidad alemana cuando establece "En efecto, una decisión por la que se revoca la naturalización debido a maniobras fraudulentas corresponde a un motivo de interés general. A este respecto, es legítimo que un Estado miembro quiera proteger la relación especial de solidaridad y de lealtad entre el mismo y sus nacionales, así como

[11] En este sentido, M. Echezarreta Ferrer, "De la nacionalidad a la residencia y viceversa. Búsqueda del mejor estatuto jurídico para el ejercicio de los derechos de sufragio de los extranjeros", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2016, nº 27, 43–73, p. 44.

[12] Definición de nacionalidad que nos da la Exposición de Motivos de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad (BOE nº 242, de 9 de octubre de 2002).

[13] A. Sánchez Hernández, "La nacionalidad y su pérdida: los ordenamientos jurídicos español y portugués", *Revista de Derecho Civil*, vol. III, nº 1, enero–marzo 2016, 67–113, p. 68. Este mismo autor en p. 71 resalta las razones por las que en España el derecho a la nacionalidad no es un derecho fundamental frente a Portugal donde sí que lo es y que está así reconocido en el art. 26.3 de su Constitución. Este autor destaca que la nacionalidad española no es un derecho fundamental por varias razones: 1. Está reconocido en el art. 11 CE y no en los arts. 15 ss., dedicados a los derechos fundamentales, 2. No está desarrollado por Ley Orgánica sino ordinaria en relación a nuestro Código civil, 3. Los tratados internacionales vigentes para España no transforman este derecho en un derecho fundamental y 4. Si se vulnera el derecho a la nacionalidad no se aplica el art. 53.2º CE.

la reciprocidad de derechos y deberes, que son el fundamento del vínculo de nacionalidad".

Es cierto que bajo el vínculo de la nacionalidad comprobamos que subyacen "… obligaciones de solidaridad, lealtad y compromiso que consolidan la membrecía (*membership*) o vínculo de pertenencia de los individuos con los pueblos como una propuesta de integración con un claro efecto de exclusión de los no nacionales y, en consecuencia, del espacio integrado al que pertenezca el mismo; así es en el caso de la nacionalidad española y de la ciudadanía europea. Esa lealtad, solidaridad y compromiso se les presume a los españoles por naturaleza, y se les obliga a jurar o prometer (art. 23 Cc) a aquellos que se les concede la nacionalidad española tras la acreditación de una serie de requisitos…"[14].

Esta confianza que el Estado pone en el que es o va a ser español, no parece existir cuando se trata de un terrorista que ha sido condenado por ello o se ha probado su pertenencia a un grupo extremista. Ante la falta de la solidaridad exigida entre el ciudadano español condenado por terrorismo y el Estado español es cuando procede valorar la medida de privación forzosa de la nacionalidad, teniendo en cuenta su regulación actual en la legislación española, así como las propuestas existentes en este sentido y que ya han sido analizadas anteriormente, pero que, por ahora, no han sido fructíferas.

IV. La pérdida y la privación de la nacionalidad en España

Los textos internacionales de referencia en esta materia en relación con España son, fundamentalmente, los siguientes: Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y en concreto, su art. 15[15] y el art. 24.3 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966 (que no entró en vigor hasta el 23 de marzo de 1976)[16], donde se deja claro que la privación de la nacionalidad no puede ser arbitraria y que existe el derecho a cambiar la nacionalidad. La nacionalidad se convierte en el derecho de los demás derechos o *the*

[14] M. Echezarreta Ferrer, "De la nacionalidad a la residencia y viceversa….", *loc. cit*., pp. 47 y 48.

[15] Esta declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París. Su art. 15.1 señala "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad" y el art. 15.2 asegura "… a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar la nacionalidad". Debemos apuntar que, aunque se trate de una Resolución de la Asamblea General que, por sí misma, no tiene efecto jurídico vinculante, ha sido la práctica posterior de los Estados la que le ha dado dicho efecto.

En relación con la apatridia hay que recordar la ratificación por España del Convenio sobre el estatuto de apátridas, de 28 de septiembre de 1954.

[16] Este pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificado por España en New York el 19 de diciembre de 1966 (BOE, nº 103, de 30 de abril de 1977, páginas 9337 a 9343) y en mayo de 2012 había sido ratificado por 167 estados. El art. 24.3 en relación con los derechos del niño establece "Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad".

right to have rights[17]. Esta normativa "… reguladora de los Derechos Humanos puede significar un primer límite a la hora de establecer un sistema estatal de la nacionalidad, lo que conlleva una especial incidencia a la hora de evitar y solucionar los casos de apatridia y en la necesaria protección de los derechos de los menores"[18].

Debemos dejar claro que no se puede equiparar la ciudadanía europea a la nacionalidad de los distintos Estados miembros, entre los que está España[19]. Así ya lo establece el art. 20.1º del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) al establecer "Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla". Cada Estado tiene competencia exclusiva para diseñar su propia regulación sobre la nacionalidad.

El art. 11 de nuestra Constitución española (en adelante, CE) establece una clara diferenciación según seamos españoles de origen o no al decir "1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley. 2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. 3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países Iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos países, aun cuando no reconozca sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen". Por lo tanto, los españoles de origen tienen un derecho a no ser privados de su nacionalidad y a no perderla cuando adquieran la de un país con el que tengamos particular vinculación.

El hecho de que la nacionalidad sea un estado civil de la persona explica que la nacionalidad esté regulada en nuestro Código civil (art. 17 a 26), en el marco de la

[17] H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism,* traducción de G. Solana, Planeta–Agostini, Barcelona, 1994, que considera a la nacionalidad un derecho universal que debe ser disfrutado por todos y que no depende de la raza, nación o cualquier otro criterio, salvo de ser humano.

[18] AA.VV., *Nacionalidad y extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 23. Nos recuerda las obligaciones internacionales contraídas por los Estados en diversos Tratados multilaterales como bilaterales que limitan la discrecionalidad del legislador nacional en esta materia. En lo que a nosotros nos puede interesar, hay que tener presentes los Convenios multilaterales de los que España es parte y, en concreto, el Convenio del Consejo de Europa sobre los casos de pluralidad de nacionalidades y sobre las obligaciones militares en caso de pluralidad de nacionalidades, hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963, y el Protocolo modificativo de dicho Convenio, de 24 de noviembre de 1977. Así como los numerosos Convenios bilaterales de doble nacionalidad con algunos Estados iberoamericanos.

[19] AA.VV., *Nacionalidad y extranjería*, *op. cit.*, p. 27 y 28 donde se pone de manifiesto que la doctrina entiende que al hablar de ciudadanía europea estamos ante la nacionalidad de un supra–Estado europeo. Y señala que "No cabe hablar de una nacionalidad europea. De hecho, ésta no implica el desplazamiento o la desaparición de la nacionalidad de los distintos Estados miembros de la UE, sino que se trata de un complemento de la misma. Además, su juego dependerá de que el individuo posea la nacionalidad de un Estado miembro. Esto es, se verá condicionada y subordinada, en última instancia, por el Derecho de la nacionalidad propio de los Estados miembros, ya que la ciudadanía europea depende de la previa adquisición de la nacionalidad de un Estado conforme a los Derechos estatales, los cuales conservan, hoy por hoy, la competencia plena para diseñar su propio sistema de la nacionalidad".

regulación de las personas físicas, y por ello la Constitución nos remite a la ley[20]. No podemos olvidarnos de completar la regulación interna de la nacionalidad con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil (en adelante LRC) en sus arts. 63 a 68 y en los arts. 220 a 237 del Reglamento del Registro Civil (en adelante RRC), junto a las Instrucciones y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en lo que se refiere a la nacionalidad y en concreto, a la pérdida de la nacionalidad[21].

En relación con el objeto de estudio, el ordenamiento jurídico español no contempla expresamente la privación de la nacionalidad por delitos de terrorismo. Hay que hacer un breve inciso relativo a la diferenciación entre la pérdida, que puede ser voluntaria o forzosa, y la privación. Esta última no es una fórmula distinta a la pérdida para dejar de ser nacional, sino que se utiliza el concepto de privación cuando va referido a la pérdida forzosa o por sanción, es decir, que vienen a ser sinónimos. Además, no existe como veremos en el Derecho español la llamada "alianza perpetua" o sistema según el cual la nacionalidad de origen no se pierde jamás, lo quiera o no el nacional, lo que conllevaría a que el nacional siempre conservara la nacionalidad de origen.

El Código civil diferencia, como lo hace la Constitución, según que seamos españoles de origen o no:

a) Si somos españoles de origen será de aplicación el art. 24 del Código civil[22] (en adelante, CC) donde se reconoce la posibilidad de pérdida voluntaria de la

[20] Ya lo definió así también el Tribunal Supremo, que ha calificado a la nacionalidad como "estado civil de las personas, afirmando que esa es la verdadera naturaleza jurídica de la nacionalidad. *Cfr*. STS de 25 de octubre de 1999 (Sala de lo Contencioso– Administrativo, Sección 6ª, en su fundamento 3) y STS de 5 de octubre de 2002 (Sala de lo Contencioso– Administrativo, Sección 6ª, en su fundamento 6).

[21] *Vid.*, F.R. Díaz Martín, "Pérdida y recuperación de la nacionalidad española: doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado", *La ley*, nº 2351/2001, 1–31.

[22] Art. 24 Cc establece "1. Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años, a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante, los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil.

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen. 2. En todo caso, pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero. 3. Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, perderán, en todo caso, la nacionalidad española si no declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación. 4. No se pierde la nacionalidad española, en virtud de lo dispuesto en este precepto, si España se hallare en guerra. Téngase en cuenta que la disposición adicional segunda de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, establece que la causa de

nacionalidad. Hay que recalcar que no se les puede privar a los españoles de origen de su nacionalidad. Sin perjuicio de que existe el reconocimiento de la doble nacionalidad con aquellos países con los que ha existido un vínculo histórico como (países Iberoamericanos, Guinea Ecuatorial, Andorra, Filipinas, etc.).

b) Si somos españoles no de origen, esto es, hemos adquirido la nacionalidad de manera derivada, podemos ser privados de la nacionalidad en los casos del art. 25 CC[23] y no existe la posibilidad antes mencionada de la doble nacionalidad que está reservada a los españoles de origen[24].

Es cierto que, siendo ministro Alberto Ruíz Gallardón, se presentó un Anteproyecto de adquisición y pérdida de la nacionalidad en 2015, a partir del cual los inmigrantes extranjeros que hubieran conseguido la nacionalidad podían perderla por "razones de orden público o por participar en un escrache". Esta medida fue rechazada y no ha tenido continuidad. El pacto de Estado firmado por Mariano Rajoy y Pedro Sánchez en la Moncloa no incluyó, finalmente, la retirada de la nacionalidad a los españoles condenados por actividades ligadas al terrorismo yihadista, ni tampoco existió interés en reformar el Código Penal, aunque se podrían haber aprovechado otras vías como la reforma del Código civil o de la Ley de Extranjería[25].

---

pérdida prevista en este apartado sólo será de aplicación a quienes lleguen a la mayoría de edad o emancipación después del 9 de enero de 2003, fecha de su entrada en vigor". Hay que tener en cuenta que este art. 24 ha sido redactado por el artículo único de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE, nº 242, de 9 de octubre). Hay que tener en cuenta la disposición adicional 2 de esta Ley en relación con el apartado 3 del art. 24 porque establece que sólo será de aplicación a aquellos que lleguen a la mayoría de edad o emancipación después del 9 de enero de 2003 (fecha de entrada en vigor de esta norma).

[23] El art. 25 CC señala

"1. Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad:

a) Cuando durante un período de tres años utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española. b) Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

2. La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años".

Este art. 25 CC también ha sido redactado por el artículo único de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad.

[24] *Vid.*, J.M. Espinar Vicente, *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español,* Dykinson, Madrid, 2017, p. 105 ss., en relación con la pérdida de la nacionalidad por sanción.

[25] Información disponible en https://www.vozpopuli.com/espana/Yihadismo–Nacionalidad–Terrorismos–Terrorismo–yihad–detenciones–nacionalidad–Reino_Unido–Francia–islamista_0_7778 22258. html (fecha de consulta: 28–05–2019). Se resalta en esta noticia que esta medida estaba respaldada por las Fuerzas de Seguridad que la consideraba como de las más útiles para combatir el fenómeno terrorista, ya que la retirada de la nacionalidad conlleva la pérdida del empleo y dificultades para seguir residiendo en España con los mismos derechos que los nacionales. Frente a esta opinión el ministro Jorge Fernández Díaz señalaba que las leyes españolas son las más garantistas y que la retirada de la nacionalidad no sólo perjudica al individuo sino a toda su familia, lo que se considera injusto.

Conocida la situación actual de España, se pueden plantear posibles soluciones o propuestas legislativas para abordar, dentro de la legalidad, la pérdida de la nacionalidad española por la comisión de atentados terroristas.

V. Soluciones posibles ante el terrorismo: lucha contra la apatridia *versus* seguridad

Para analizar las posibles propuestas legislativas que puedan llegar a implantar la pérdida de la nacionalidad española por la comisión de actos de terrorismo en el ordenamiento jurídico español, no podemos obviar que todas ellas deberán cumplir los requisitos de respetar una limitación legítima de derechos y libertades, estar previstas expresamente por la ley y ser medidas necesarias y proporcionales.

Habrá que hacer casar estas soluciones con los principios básicos reguladores de la nacionalidad, como el principio de unidad jurídica de la familia, el de no discriminación por razón de sexo, el de igualdad de los hijos ante la ley, el principio de lucha con la apatridia y el principio de que el matrimonio con un extranjero no es causa de pérdida de la nacionalidad del cónyuge.

Centrándonos en la apatridia, la medida que se adopte en relación con el derecho de nacionalidad frente al terrorismo tendrá que evitar que el terrorista devenga en apátrida. Lo lógico es que si tiene doble nacionalidad pueda perder la nacionalidad española por actos de terrorismo y quedarse sólo con la nacionalidad extranjera, evitando así la apatridia. Si esta medida afecta a los españoles de origen conllevaría una reforma constitucional porque nuestra Constitución nos recuerda que estos nacionales no pueden ser privados del derecho a la nacionalidad.

¿Y si el terrorista español no tiene doble nacionalidad? No podrá ser privado de la nacionalidad española y deberá ser condenado penalmente por estos actos. Se tienen que tener en cuenta las novedades introducidas por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal español en materia de terrorismo,que tenían como finalidad, según señalaba la Exposición de Motivos, combatir singularmente el terrorismo yihadista, caracterizado por la incorporación de nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra aquellos que sean calificados de enemigos[26].

La inclusión en España de la pérdida de la nacionalidad por delitos de terrorismo no requeriría una modificación constitucional si se limitase a los nacionales que lo son por adquisición derivativa, sino que sería suficiente con que se incluyera esta causa del terrorismo en el Código civil, reformando el art. 25.1º Cc, e incluyendo

[26] La Ley Orgánica de 2/2015, de 30 de marzo fue publicada en el *BOE* nº 77 de 31 de marzo de 2015.

un nuevo apartado c). Estamos de acuerdo en que sería constitucionalmente posible "… que una ley contemple en el futuro la privación de la nacionalidad española a quienes reunieran los tres requisitos: a) hayan adquirido esta (es decir, no sean españoles de origen), b) tengan otra nacionalidad de origen distinta a la española y c) hayan sido condenados por terrorismo o delitos graves contra la seguridad pública o hayan combatido en milicias o grupos en un país extranjero"[27].

La adopción de estas medidas de retirada de la nacionalidad por actos de terrorismo podría fundamentarse en la aplicación *sensu contrario* del requisito de la buena conducta cívica que se aplica para adquirir la nacionalidad[28]. En caso de probarse la mala conducta cívica, obvia de un terrorista condenado por ello, se podría justificar la pérdida de nacionalidad. Si para adquirir la nacionalidad se exige esa buena conducta cívica, la conducta contraria debería justificar la pérdida de la nacionalidad española si tiene doble nacionalidad como reflejo de la falta de integración plena en nuestra sociedad.

Es interesante analizar la STS de 5 de octubre de 2002 y la STS de 12 de noviembre de 2002[29] en lo que se refiere a la valoración de los antecedentes penales cancelados en cuanto al cumplimiento del requisito de buena conducta cívica para la concesión de la nacionalidad. Expresamente el Alto Tribunal establece que "para conseguir la nacionalidad española por residencia, se exige a los inmigrantes una vida ajustada a un estándar medio de conducta que la solicitante no ha demostrado por

[27] F. Enériz Olaechea, "La pérdida de la <<nacionalidad adquirida>> por la comisión de delitos de terrorismo", op. cit., p. 4.

[28] La necesidad de acreditar "buena conducta cívica y suficiente integración en la sociedad española" está recogida en el art. 22.4º Cc. M. Blanco Toribio, "La importancia del requisito de la buena conducta cívica en la adquisición de la nacionalidad", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 15, 1 de enero de 2003, p. 3 (disponible en www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168494737&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168490922&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&seccion=1109168469706

– fecha de consulta: 27–05–2019) considera que "La buena conducta cívica a que se refiere el art. 22.4 del Código civil es un concepto jurídico indeterminado que no puede ser precisado a priori, sino que debe concretarse en cada supuesto, sin que ello habilite a la Administración para que actúe no ya con arbitrariedad, sino ni siquiera con discrecionalidad. En todo caso, la carga de la prueba de la existencia del mencionado requisito corresponde al interesado, toda vez que la Ley se refiere a una "buena conducta cívica" justificada. No existe una presunción iuris tantum de buena conducta cívica, sino que debe ser el solicitante el que acredite el cumplimiento de este requisito. El art. 22.4 del Código civil no requiere "haber tenido antes un comportamiento social intachable", no es necesario demostrar a lo largo de toda la existencia un comportamiento ejemplar, bastando acreditar que se ha observado un correcto comportamiento cívico que además puede ser valorado y acreditado a través de todas las pruebas periciales. La existencia o no de antecedentes penales (aun cancelados) no determina por sí sola la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia, si bien, puede constituir un indicador de la conducta del interesado e inclinar la balanza del fallo en uno u otro sentido".

[29] La STS de 12 de noviembre de 2002 deniega la nacionalidad española a una mujer colombiana de 51 años, casada con un español con quien tiene 4 hijos, empadronada y residente legal en España al estimar que no se ha acreditado buena conducta porque había regentado un club de alterne, aunque no constaba que en el local se llevasen a cabo actividades ilícitas.

su pericia personal" y en relación a los antecedentes penales cancelados añade que "el hecho de que los antecedentes penales y policiales de la mujer estén ya cancelados no es óbice para tenerlos en cuenta a la hora de valorar su "buena conducta" a efectos de otorgarle la nacionalidad"[30]. Reconoce que la conducta que dio lugar a la condena penal no sólo es reveladora del incumplimiento del deber de observancia de los deberes constitucionales, sino también de la falta en mayor o en menor grado de integración en la sociedad española[31].

Aunque se pueda valorar la inclusión de medidas destinadas a privar de la nacionalidad española por terrorismo, no podemos olvidarnos que éstas podrían generar aspectos negativos como los relacionados con la creación de ciudadanos de segunda, atentando contra el principio de igualdad o dejando a ciudadanos en situación de apatridia si no tienen doble nacionalidad. Es por ello, que estas medidas siempre deberán conjugarse con la aplicación del principio de necesidad y de legalidad, no recomendando adoptarlas sin un previo debate y valorando otras posibles medidas de prevención.

VI. Conclusiones

Los efectos devastadores del terrorismo han llevado a los Estados europeos a replantearse el derecho de la nacionalidad de los conciudadanos condenados por delitos de terrorismo como medida de prevención y de seguridad nacional.

La nacionalidad no sólo es un estado civil de la persona física, sino que es un vínculo político que tiene interés público y general donde el Estado debe proteger a sus nacionales, de los que se presupone un buen comportamiento. Debe existir una reciprocidad de derechos y deberes entre los ciudadanos y el Estado, basados en la confianza y en la solidaridad. Los Estados tienen derecho a conocer a sus ciudadanos y están obligados a generar seguridad a la sociedad.

Encontramos una clara contradicción entre el derecho a tener una nacionalidad y luchar contra la apatridia de todo ciudadano y el derecho de un Estado a actuar

[30] Hay que recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras, STC de 16 de marzo de 1999, de 25 de octubre de 1999 y de 19 de diciembre de 2000) que declara que la cancelación de los antecedentes penales impide que las conductas que determinaron los mismos puedan ser tenidas en cuenta para denegar permisos administrativos o licencias necesarias para el ejercicio de actividades que requieran que el solicitante cumpla con el requisito de buena conducta.

[31] La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 1944 ya denegó la nacionalidad española al solicitante por no cumplir los requisitos del 22.4 CC, entendiendo que el interesado carecía de buena conducta cívica por haberse solicitado en dos ocasiones por un Juzgado Municipal su domicilio y por haber sido denunciado ante el Juzgado Municipal por lesiones. Además, la exigencia de legislación del Registro Civil de justificar en el expediente "buena conducta cívica" constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no transgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras.

contra el terrorismo y generar seguridad a sus nacionales. Ponemos en duda, por su falta de legalidad, la bondad de las sociedades excluyentes en la Unión Europea donde no se verán respetados los valores esenciales europeístas de la libre circulación de las personas y la lucha contra la apatridia. Sin embargo, también vemos necesario adoptar medidas preventivas frente el terrorismo y en relación con el derecho a la nacionalidad.

Ante los atentados recientes que se están produciendo en Europa observamos que algunos Estados tratan de cambiar su regulación nada más producirse el acto terrorista, lo que se conoce como "legislar en caliente", lo que no se critica por parecer razonable, sino que se debate la necesidad de que las medidas adoptadas contra el terrorismo estén suficientemente fundadas para que puedan ser consensuadas.

Francia intentó regular esta materia, Alemania también ha realizado propuestas en este sentido, pero sólo ha sido Bélgica la que ha modificado su Constitución incluyendo la posibilidad de pérdida de la nacionalidad belga en el caso de que el terrorista haya sido condenado y siempre que tenga otra nacionalidad. Frente a Bélgica nos encontramos la regulación de Portugal que considera la nacionalidad un derecho fundamental, por lo que sólo reconoce la posibilidad de pérdida voluntaria y siempre que tenga otra nacionalidad el sujeto.

España, tras el claro reconocimiento constitucional en su art. 11 de la nacionalidad, sin darle un valor de derecho fundamental, establece una regulación en su Código civil diferente para el español de origen y para el que lo sea de manera derivada, con posible carácter discriminatorio o contrario al principio de igualdad. No regula hasta el momento, aunque se intentó sin éxito en el año 2015, la pérdida de la nacionalidad al español terrorista cuando tenga doble nacionalidad. El español de origen nunca podrá ser privado de la nacionalidad española. El Código civil en sus arts. 24 y 25 deja clara la diferencia entre perder la nacionalidad de manera voluntaria y perderla o ser privado de ella de manera forzosa.

La nacionalidad es el derecho de los demás derechos y debe garantizarse a todos los ciudadanos del mundo, aunque sean terroristas. Pero también es cierto que, cuando éstos tengan doble nacionalidad, se les puede privar de una de ellas, garantizando que no devengan en apátridas y generando seguridad en el Estado excluyente, a través del principio de reciprocidad o solidaridad entre el Estado y los conciudadanos que se ve incumplido por la comisión de delitos graves de terrorismo. La confianza entre el Estado y el terrorista se ha visto rota y esa ruptura conlleva que el Estado prive o haga perder de manera forzosa la nacionalidad al terrorista. La mala conducta cívica del terrorista justifica esta pérdida o privación forzosa. Nuestro ordenamiento no reconoce esta posibilidad, pero puede que sea necesario, sin modificar nuestra Constitución, reformar el Código civil incluyendo una nueva

causa de privación de la nacionalidad vinculada con la comisión de actos terroristas, por lo menos respecto de los nacionales que lo sean por adquisición derivativa.

Bibliografía

AA.VV.: *Nacionalidad y extranjería*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

ARENDT, H.: *The Origins of Totalitarianism, Harcourt,, Brace of Company*, Nueva York, 1951, traducción de Solana, G.: Plantea– De Agostini, Barcelona, 1994.

BLANCO TORIBIO, M.: "La importancia del requisito de la buena conducta cívica en la adquisición de la nacionalidad", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid,* Núm. 15, 1 de enero de 2003, p. 3 (disponible en www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168494737&es Arti culo= true&idRevistaElegida=1109168490922&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2 Fho me_RJU&seccion=1109168469706 – fecha de consulta: 27–05–2019).

DÍAZ MARTÍN, F.R., "Pérdida y recuperación de la nacionalidad española: doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado", La ley, Núm. 2351/2001.

ECHEZARRETA FERRER, M.: "De la nacionalidad a la residencia y viceversa. Búsqueda del mejor estatuto jurídico para el ejercicio de los derechos de sufragio de los extranjeros", Revista Europea de Derechos Fundamentales, primer semestre 2016, Núm. 27.

ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: "La pérdida de la <<nacionalidad adquirida>>por la comisión de delitos de terrorismo", Revista Aranzadi Doctrinal, Núm. 10, noviembre 2016.

ESPINAR VICENTE, J.M.: *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español,* Dykinson, Madrid, 2017.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: "Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el Terrorismo", Derechos Humanos, Folleto informativo Núm. 32, Ginebra, septiembre de 2008 (disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf–fecha de consulta: 27–05–2019).

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "La nacionalidad y su pérdida: los ordenamientos jurídicos español y portugués", Revista de Derecho Civil, Vol. III, Núm. 1, enero–marzo 2016.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: "Derechos humanos y competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad (la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2014: caso personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana", Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 67, 2015, Núm. 2.

TESAT, *European Union Terrorism Situation and Trend Report* 2018), European Union Agency for law enforcement Cooperation, 2018 (disponible en https://www.europol.europa.eu/activities–services/main–reports/european–union–terrorism–situation–and–trend–report–2018–tesat–2018– fecha de consulta: 30–05–2019).

VIDAL MARTÍN SANZ, L., *Movilidad, extranjería y nacionalidad*, Centro de Estudios Financieros, 2018.

LAS MEDIDAS PROVISIONALES ADOPTADAS POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO RELATIVO A *"LE FINANCEMENT DU TERRORISME ET LA DISCRIMINATION RACIALE EN UKRAINE" (UKRAINE C. FÉDÉRATION DE RUSSIE*): IMPORTANTE REFERENTE EN LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS EN DERECHO INTERNACIONAL

Camilo VILLAJOS DE SILVA*

Sumario: I. Introducción y breve referencia al marco jurídico–internacional de protección de las minorías y sus derechos. II. El asunto relativo a "Le financement du terrorisme et la discrimination raciale en Ukraine". 1. Contexto previo: los hechos acaecidos en marzo de 2014. 2. Las minorías existentes en la península de Crimea: el pueblo tártaro de Crimea y la comunidad de etnia ucraniana. 3. La demanda de Ucrania contra la Federación de Rusia por violación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1966. III. La solicitud de adopción de medidas provisionales presentada por Ucrania. 1. Exégesis de las medidas solicitadas por Ucrania en relación con la CIEDR y su adopción por la Corte. 2. Efectividad de las medidas adoptadas. Repercusión y obligatoriedad de su cumplimiento. IV. Conclusiones.

Resumen: Tras los cruentos incidentes de finales de 2013 e inicios de 2014 que tuvieron lugar en Ucrania, se produjo la declaración de independencia de la República Autónoma de Crimea después de celebrar un referéndum de más que dudosa legalidad y su incorporación a la Federación de Rusia; iniciándose una situación de discriminación hacia las minorías ucraniana y tártara existentes en Crimea, territorio que tradicionalmente había tenido una mayoría de población rusa. Es entonces cuando Ucrania decide demandar a la Federación rusa ante la Corte, introduciendo una instancia al respecto por violación de este último Estado de sus obligaciones internacionales contraídas y derivadas del consentimiento manifestado a título de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, solicitando a su vez la indicación de medidas provisionales por la Corte con el fin de proteger a dichas minorías mientras penda el proceso. Este mismo mecanismo ha sido utilizado en otras dos ocasiones recientemente con el mismo objetivo por lo que se observa que las medidas provisionales adoptadas por la CIJ podrían constituirse en un auténtico paradigma de protección de las minorías.

Palabras clave: Minorías, Corte Internacional de Justicia, Medidas Provisionales, Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Crimea.

Fecha de recepción del original: 31 de mayo de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 1 de julio de 2019.

*Letrado de RENFE. Colaborador honorífico de la Universidad Complutense de Madrid. Master en Derecho Internacional por la UCM.

Abstract: After the incidents that took place in Ukraine in 2013 and in 2014, the Declaration of Independence of the Autonomous Republic of Crimea and its incorporation to the Russian Federation occurred as a result of holding a referendum of more than a dubious legality. It was the beginning of a racial discrimination situation towards the Ukrainian and Tartar minorities in Crimea, a territory that has traditionally had a majority of Russian–speaking population. As a consequence, Ukraine decided to sue the Russian Federation before the International Court of Justice, by introducing an instance for violation of its international obligations engaged in the ratification of the International Convention for the Elimination of all Forms of Racial discrimination, requesting also the indication of interim measures by the Court in order to protect these minorities while the process is pending. This mechanism has been used on two other cases recently with the same objective so provisional measures adopted by the ICJ might be considered as a genuine paradigm of protection for minorities.

Keywords: Minorities, International Court of Justice, Provisional Measures, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Crimea.

I. Introducción y breve referencia al marco jurídico–internacional de protección de las minorías y sus derechos

El término "minorías" hace referencia, en el Derecho Internacional Público, a aquellos "grupos humanos diferenciados étnica, cultural o religiosamente dentro de la población del Estado, en posición no dominante –es decir, numéricamente inferior a ese resto de la población estatal– y dispuestos a mantener su identidad"[1]. Se trata de grupos que han habitado en el territorio de un Estado durante un periodo de tiempo considerable y cuyos miembros se "autodefinen habitualmente como parte de ese grupo minoritario y exhiben, siquiera de modo implícito, cierta voluntad colectiva de mantenimiento y desarrollo de su propia identidad"[2]. En el caso de las minorías nacionales, además, los miembros del grupo disponen de la nacionalidad de dicho Estado[3]. Asimismo, suele subrayarse que la existencia de una minoría es una cuestión de hecho y que toda definición ha de incluir tanto factores objetivos (como la existencia de una etnia, de un lenguaje o de una religión compartidos) como factores subjetivos (en particular, que las personas de que se trate han de identificarse a sí mismas como miembros de una minoría)[4].

[1] A. Remiro Brotóns y otros, *Derecho Internacional*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 186.

[2] E. González Hidalgo y E.J. Ruiz Veieytez, "La definición implícita del concepto de minoría nacional en el Derecho Internacional", *Derechos y Libertades*, nº 27, Época II, junio 2012, p. 51.

[3] E. González Hidalgo, *La evolución de la protección de las minorías nacionales: la autonomía como contenido emergente del derecho a la participación política de las minorías nacionales*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Getafe, marzo 2011, p. 65.

[4] https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derechos de las minorías: normas internacionales y orientaciones para su aplicación*, Nueva York y Ginebra, 2010, HR/PUB/10/3, p. 3.

Así las cosas, las "minorías"[5], se han ido protegiendo a través de normas convencionales, en las que se contenían los derechos que el ordenamiento jurídico internacional les reconocía, como utilizar su propia lengua, practicar su religión o fomentar su cultura y tradiciones, no pudiendo dejar de mencionar la protección penal brindada por la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio (1948)[6]. Por tanto, nos encontramos con que las "minorías" son destinatarias de normas de Derecho Internacional, en las que se encuentran sujetas a protección por parte de los Estados y de las Organizaciones Internacionales y disfrutan de determinados derechos, siendo la piedra angular de este sistema el derecho de quienes conforman dicha minoría a no sufrir discriminación por el aspecto que les diferencia del resto de la población estatal ya sea su lengua, su cultura, su religión, su etnia, etc. De esta forma, el Estado se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales de aquellas minorías que radiquen dentro de su territorio, bajo su jurisdicción, lo que resulta en proteger su idiosincrasia; es decir, las singularidades que las diferencian y caracterizan.

Entre dichas normas internacionales, cabe que citemos del sistema universal el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 y, en especial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 7 de marzo de 1966, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2106 (XX), de 21 de diciembre de 1965. Por su parte, del sistema regional, debemos hacer mención al Acta Final de Helsinki de 1975, a la Carta de París para una Nueva Europa, de 21 de noviembre de 1990 y a las Recomendaciones de Lund, de 1 de septiembre de 1999 (todas ellas fruto de la OSCE), así como a la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, de 5 de noviembre de 1992 y al Convenio–Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, de 1 de febrero de 1995, ambas emanadas del Consejo de Europa.

En el marco de la debida protección a las minorías al que obliga a los Estados el Derecho internacional, centramos nuestro trabajo en la particular situación que, a este respecto, se ha producido en la península de Crimea tras su "incorporación" *de facto* a la Federación Rusa en 2014. Es bien sabido que, tras los sucesos de finales del año 2013 y comienzos del año 2014, en los que, tras una serie de revueltas internas en Ucrania por el presunto acercamiento de esta a la Unión Europea y la consecuente intervención rusa, se produjo la incorporación de Crimea a la Federación de Rusia, la cual, desde la disolución de la Unión Soviética, había formado

[5] El término "minoría" está íntimamente ligado en el Derecho Internacional, según algunos autores, con el de "pueblo" y con el de "libre determinación. *Vid*., a este respecto, J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 21ª ed., 2017, p. 255.

[6] A.G. López Martín (ed.), *Derecho Internacional Público*, Ed. Dilex, 4ªed., Paracuellos del Jarama (Madrid), 2016, p. 56.

parte del Estado ucraniano. En dicha península, tanto la minoría tártara que habita en ella desde hace siglos como la población de etnia ucraniana –tradicionalmente en minoría con respecto a la mayoría rusa presente en Crimea–, han estado supuestamente sometidas a un régimen de discriminación por parte de las autoridades rusas.

Ante esta situación, Ucrania introdujo una demanda ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante, también la "C.I.J." o la "Corte"), el 16 de enero de 2017, contra la Federación rusa por violación de sus obligaciones internacionales por mor de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* de 1966 (en adelante, también "la Convención" o "la C.I.E.D.R.") y del *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo* de 1999[7]. Al tiempo que presentó también una demanda de indicación de medidas provisionales, en el seno del asunto que se remitía, a la vista de la urgencia existente en relación con la violación los derechos de las minorías radicadas en Crimea, bajo jurisdicción de facto de la Federación de Rusia.

He aquí donde radica, en consecuencia, la *ratio essendi* de nuestro trabajo: la singularidad de este mecanismo de protección de las minorías. Estamos ante un caso en el que no son los individuos pertenecientes al grupo minoritario en sí quienes reclaman la protección de sus derechos ante el Estado infractor –como podría suceder en el caso de algunos tribunales de derechos humanos de carácter regional o ante los Comités de Naciones Unidas previstos en los tratados sobre Derechos Humanos–, sino que quien articula y solicita dicha protección es un Estado frente a otro. En este caso, Ucrania, que lo hace al presentar una demanda ante la Corte por la violación de un tratado en el ambos son partes – como es la C.I.E.D.R.–y solicitar al tiempo la adopción de medidas provisionales de protección de las minorías existentes en un territorio en el que la autoridad de hecho es ejercida ilegalmente por el Estado demando, la Federación Rusa.

Como tendremos la oportunidad de observar, esta vía ya fue intentada por Georgia en el año 2008, así como por Qatar más recientemente, en el año 2018. En consecuencia, la justificación de este estudio se traduce en la necesidad de analizar con detenimiento el que parece configurarse como un mecanismo internacional de protección de las minorías en ciernes y relativamente fructífero.

Y es que resulta que, en el caso de las secesiones, como es el de Crimea que tratamos, se ha de traer a colación con más intensidad, si cabe, la necesidad de que exista un marco jurídico internacional de protección de las minorías, ya sean estas minorías nacionales, étnicas, lingüísticas o religiosas. Tanto en las secesiones *de*

[7] Debemos ante todo indicar que, por cuestiones de fondo, nos centraremos única y exclusivamente en el estudio de la demanda introductoria de la instancia ante la Corte y de la demanda de indicación de medidas provisionales por lo que a la C.I.E.D.R. respecta, obviándose lo relativo al CIRFT.

facto, es decir, aquellas no aceptadas por la comunidad internacional, como en las secesiones aceptadas o pactadas, encontramos graves problemas de violaciones de los derechos humanos en relación con las minorías resultantes, normalmente integradas por población originaria o afín al Estado predecesor (la minoría ucraniana en el presente estudio), así como por otras comunidades (la minoría de tártaros de Crimea). Siendo la de Crimea una secesión *de facto*[8], no reconociendo la comunidad internacional su incorporación a la Federación rusa, resulta cuando menos característico que no se haya dado lugar con ella al surgimiento de un nuevo Estado en sí, puesto que la decisión de anexionarse a Rusia se tomó momentos después de declararse la independencia. Por ello, no encontramos los principales problemas que plantean las secesiones *de facto*, puesto que sí conocemos cuál es el sujeto de Derecho Internacional que administra efectivamente el territorio (a saber, la Federación rusa) y en consecuencia es el titular de las relaciones internacionales del territorio en cuestión. Por tanto, se trataría de dilucidar a quién o a quiénes corresponde la responsabilidad del efectivo cumplimiento de los tratados en materia de Derechos Humanos: si al Estado predecesor (Ucrania), si al Estado interviniente (Rusia) o a la entidad territorial (supuesto que no contemplamos por las razones antes expuestas de la particularidad de la secesión de Crimea)[9].

Llegados a este punto, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirme que la responsabilidad de lo que sucede en un territorio recae en el Estado que es titular de su soberanía, esta presunción cede cuando parte de ese territorio está bajo el control efectivo de otro Estado, como es el caso de la península de Crimea, lo que permite que el Estado territorial se libere de su responsabilidad internacional, atribuyéndosele esta al Estado que administra efectivamente el territorio. Asimismo, cabe subrayar que tanto dicho Tribunal como el Comité de Derechos Humanos de la ONU ponen de manifiesto que, por una parte, de conformidad con el principio de efectividad, quien detenta la autoridad de hecho sobre una población es quien ejerce las competencias personales propias del Estado y es a quien se le ha de exigir internacionalmente el cumplimiento de las normas en materia de Derechos Humanos.

[8] En relación con la secesión, A.G. López Martín y J.A. Perea Unceta la conciben como la "modalidad más traumática en términos políticos y jurídicos de los distintos modos de creación de los Estados", consistiendo en la "separación efectiva de una parte del territorio –y su población– de un Estado, que denominamos 'matriz' (parent State), sin contar *a priori* con el consentimiento de éste". A este respecto, enuncian tres criterios que se han de reunir para que se produzca una secesión, a saber: "la separación efectiva de una parte del territorio de un Estado, un territorio no sometido a dominación colonial o por la fuerza y la realización de la misma sin el consentimiento del Estado matriz". Y, es más, según el grado de realización de los mismos o de su aceptación por la comunidad internacional, los autores clasifican las secesiones en "completadas (aceptadas, rechazadas o simplemente ignoradas), no completadas (en desarrollo pero sin concluir o ya frustradas) y tan solo anunciadas o de alguna forma proyectadas", *Creación de Estados, secesión y reconocimiento*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 95, 98 y 100.

[9] A.G. López Martín y J.A. Perea Unceta, *Creación de Estados, secesión y reconocimiento*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 254–255.

Además, por otra parte, la doctrina de los derechos humanos adquiridos[10], acogida por estos órganos, implica que los tratados en dicha materia tienen una naturaleza especial, por lo que, si un Estado no puede denunciarlos, tampoco su población puede ser desposeída de los derechos que disfrutaba conforme al mismo por su sustitución por otro Estado de nueva creación[11].

Con todo, podemos observar que la pertinencia del estudio del caso *Le financement du terrorisme et la discrimination raciales en Ukraine (Ukraine c. Fédération de Russie)*, que pretendemos abordar, está más que justificada, pues se trata de una innovadora vía para proteger los derechos de las minorías, de tal forma que es el propio Estado (Ucrania) el que defiende que sus ciudadanos, que de facto ahora lo son de otro Estado –la península de Crimea se encuentra incorporada a la Federación de Rusia– y que constituyen una minoría tanto nacional como étnica, disfruten de los derechos que les confiere la normativa internacional de la que ambos Estados son parte. Dado que los procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia, mecanismo empleado por Ucrania a este respecto, tienden a demorarse en el tiempo, Ucrania tuvo a bien solicitar medidas provisionales a este respecto, de tal forma que se asegurase tan pronto como fuera posible la protección debida a las minorías tártara y ucraniana existentes en la península de Crimea incorporada a la Federación de Rusia. Así, observamos una nueva vía de reclamar la protección de las minorías en los supuestos de secesión, siendo el propio Estado quien la ejercita mediante su

[10] En línea con lo expuesto por A.G. López Martín y J.A. Perea Unceta, en el caso de las secesiones no aceptadas por la comunidad internacional, "la exigencia del cumplimiento de las normas sobre derechos humanos, de responsabilidad por su vulneración y de reparaciones a las personas es compleja pues dichas entidades no son parte de instituciones internacionales ni mantienen relaciones diplomáticas con la mayor parte de la comunidad internacional". No obstante, es amplia la doctrina y jurisprudencia favorable a que "el Estado sucesor queda en cualquier caso obligado por las costumbres internacionales generales que contienen normas de *ius cogens* y por todo tratado que recoja el derecho consuetudinario existente en esta materia, es decir, las convenciones codificadoras de normas imperativas". Ya la CPJI, en el Dictamen sobre los colonos alemanes en Polonia, de 10 de septiembre de 1923, introdujo la "doctrina de los derechos adquiridos por las personas en materia de derechos humanos en las situaciones de cambio de titularidad de territorios" y en ella siguen insistiendo a día de hoy los órganos supervisores de derechos humanos. A modo de ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha manifestado en su Human Rights Committee, General Comment No. 26: Continuity of obligations, de 8 de diciembre de 1997, que "once the people are accorded the protection of the rights under the Covenant, such protection devolves with territory and continues to belong to them, notwithstanding change in government of the State partym including dimemberment in more tan one State or State succession or any subsequent action of the State party designed to divest them of the rights guaranteed by the Covenant". Es más, en el CasoIlaşcu and others v. Moldova and Russia, de 8 de julio de 2004, el TEDH manifestó que, si bien "el responsable de lo que sucede en su territorio es la Administración del Estado titular de la soberanía, esta presunción cede cuando una parte del territorio de un Estado se halla bajo el control efectivo de otro Estado, lo que permite que el Estado territorial se libere de su responsabilidad internacional y esta sea atribuible a ese otro Estado que ejerce su administración efectiva", *Creación de Estados, secesión y reconocimiento*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 255, 260–262, 282 y 288.

[11] R. Higgins, "Ten years on the UN Human Rights Committee: Some Thoughts Upon Parting"; *European Human Rights Law Review*, 1996, vol. 6, pp. 570–580.

demanda a otro que de facto ejerce el control de un territorio suyo, a través de las medidas provisionales que la Corte puede adoptar en el seno de un procedimiento contencioso[12].

II. El asunto relativo a "Le financement du terrorisme et la discrimination raciale en Ukraine"

1. Contexto previo: los hechos acaecidos desde noviembre de 2013 hasta marzo de 2014 en Ucrania, en general, y en la península de Crimea, en concreto

El actual Estado ucraniano tiene su origen en la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas acaecida el 25 de diciembre de 1991, tras la firma del Tratado de Belavezha el 8 de diciembre del mismo año[13]. Una vez que Ucrania se convirtió en Estado soberano e independiente hemos de destacar que continúo bajo la órbita geopolítica de influencia de la extinta U.R.S.S., ejercida por la actual Federación de Rusia y la Comunidad de Estados Independientes. No obstante, en el año 2004 tuvo lugar la denominada Revolución Naranja, en la que los líderes de la oposición ucraniana denunciaron y contestaron públicamente el fraude en las elecciones presidenciales, en favor del candidato pro–ruso, pudiéndose vislumbrar ya las tensiones internas entre la población de Ucrania: aquella con mayor tendencia a asociarse con la Unión Europea y la proclive a continuar bajo la influencia de Rusia (con mayor notoriedad en el este de Ucrania y en Crimea, así como entre la población rusófona).

Con todo, Ucrania comenzó a negociar desde 2007 a 2011 un acuerdo de asociación con la Unión Europea, con el que pretendía establecer lazos políticos más profundos, una mayor unión económico–financiera y el respeto por los valores comunes[14]. No obstante, la U.E. exigió que se mejorase la situación democrática y legal en Ucrania antes de la firma, instando el presidente Víctor Yanukovich a la Rada Suprema (el parlamento ucraniano) a adoptar las leyes pertinentes al respecto. Llegados aquí, en noviembre de 2013 se produjo un giro copernicano en el transcurso de la aprobación del acuerdo que acercaba a Ucrania a la Unión Europea: un decreto gubernamental suspendía los preparativos legales para la firma del mismo, con base en cuestiones económicas y en virtud del distanciamiento de las relaciones con los

[12] Estaríamos, por tanto, ante un mecanismo distinto al de los Comités previstos en los tratados y a los tribunales de organizaciones internacionales regionales, puesto que en estos es el individuo quien reclama que se le garanticen determinados derechos frente al Estado y, eso sí, no como derechos colectivos que tiene la minoría per se.

[13] http://www.rusarchives.ru/projects/statehood/10–12–soglashenie–sng.shtmlГосударственный архив Российской Федерации. Ф. 10026. Оп. 4. Д. 1303. Л. 1–5.

[14] https://eeas.europa.eu/delegations/ukraine/1937/ukraine–and–eu_en

Estados que componen la Comunidad de Estados Independientes[15]. En definitiva, la política llevada a cabo por Ucrania de tender puentes cada vez más estrechos con la Unión Europea suscitó una férrea oposición de la Federación rusa, pues observaba cómo poco a poco se iba resquebrajando su área de influencia en la zona en favor de la Unión Europea y de la OTAN[16].

Al no firmarse el acuerdo en la Cumbre Europea de Vilnius, celebrada los días 28 y 29 de noviembre del mismo año, las protestas comenzaron en la Maidan Nezalézhnosti o Plaza de la Independencia de Kiev[17], extendiéndose rápidamente al resto de ciudades y provincias ucranianas, mostrándose una división total entre los sectores pro europeos y pro rusos. Los disturbios continuaron y se acrecentaron hasta que, a finales de febrero de 2014, el presidente de Ucrania, Víktor Yanukovich huyó y la Rada Suprema, al mando de las facciones hasta entonces opositoras, tomó el control del Estado. Finalmente, en las elecciones celebradas en mayo de ese mismo año, Petro Poroshenko se alzó con la victoria, siendo firmado y publicado el acuerdo en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 29 de mayo de 2014[18].

Contemporáneos a todos estos hechos y fiel reflejo de las tensiones entre los distintos sectores de la población, nos encontramos con el clima de secesión vivido en la península de Crimea y en el Este de Ucrania, concretamente en las provincias de Lugansk y Donetsk, que componen la región del Donbass. En ellas se produjo un auténtico conflicto bélico, con la aparición de fuerzas insurgentes pro rusas en estas últimas y de tropas militares rusas tomando el control de la primera. Seguidamente, el 11 de marzo de 2014, el parlamento de la República Autónoma de Crimea emitió una declaración en la que expresaba su voluntad de que Crimea fuese independiente de Ucrania tras un posterior referéndum[19], que se celebró el día 16 de marzo. En dicha consulta, se solicitaba la opinión relativa a la incorporación de Crimea a la Federación rusa, resultando ser esta mayoritaria[20].

En consecuencia, el día siguiente, el Parlamento crimeo declaró el Estado soberano independiente de la República de Crimea y votó a favor de su incorporación a

[15] T. McDougal, "A New Imperialism? Evaluating Russia's Acquisition of Crimea in the context of national and international Law", *Brigham Young University Law Review*, 2015, p. 1847.

[16] I. Kudryashev, "El conflicto social en Ucrania en 2014: causas y consecuencias de la crisis", *Anuari del conflicte social 2014*, Universitat de Barcelona, 2014, pp. 385–387.

[17] *Ibíd.*, p. 387.

[18] https://cdn2–eeas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/e9587DU–F5ZgpPf_V4r9i5U7hN3OgEBNQTI–RUySIpo/mtime:1474794874/sites/eeas/files/association_agreement_ukraine_2014_en.pdf

[19] https://web.archive.org/web/20140312060543/http://www.rada.crimea.ua/app/2988; https://web.archive.org/web/20140313100800/http://www.rada.crimea.ua/news/11_03_2014_1

[20] А.Н. АРиНиН, "Референдумвкрыму: историявопросаисовременныереалии", *приложение к журналу "вестник центральной избирательной комиссии российской федерации",* № 2 2014 май – август, mockba, p. 47.

la Federación rusa. Acto seguido, el mismo 17 de marzo, el Presidente de la Federación de Rusia firmó una Orden de reconocimiento de la República de Crimea, en la que se recoge lo siguiente: "Given the declaration of will by the Crimean people in a nationwide referendum held on March 16, 2014, the Russian Federation is to recognise the Republic of Crimea as a sovereign and independent State, whose city of Sevastopol has a special status"[21], notificando el día siguiente a la Duma Estatal y al Consejo Federal las propuestas del Consejo Superior de Crimea y de la Asamblea Legislativa de Sebastopol, relativas a su admisión a la Federación rusa y la formación de nuevos territorios constituyentes. Ese mismo día, el Presidente firmó una orden ejecutiva aprobando el borrador del Acuerdo de Admisión de la República de Crimea en la Federación rusa y solicitando verificar su conformidad con la Constitución[22], informando de que el acuerdo se firmó entre él mismo y los representantes autorizados de la República de Crimea y de la ciudad de Sebastopol. El Acuerdo prevé las denominaciones y estatutos de las nuevas entidades constitutivas de la Federación de Rusia, es decir, la República de Crimea y la Ciudad Federal de Sebastopol, la aplicación de la legislación rusa en dichos territorios y los procedimientos para la adquisición de la ciudadanía rusa por ciudadanos ucranianos y apátridas. Asimismo, también recoge un periodo transicional con un nuevo gobierno formado en la República de Crimea y la Ciudad Federal de Sebastopol hasta el 1 de enero de 2015. Además, el ruso, el ucraniano y el tártaro de Crimea serán las lenguas oficiales de la República de Crimea.

Por último, el Acuerdo relativo a la Accesión de la República de Crimea a la Federación de Rusia fue remitido a la Duma Estatal para su ratificación el 19 de marzo de 2014. A tenor de lo que relatan las autoridades rusas, "el acuerdo está basado en la libre y voluntaria expresión del deseo del pueblo de Crimea en un referéndum celebrado a nivel nacional". Por lo tanto, se considera por su parte que la República de Crimea "ha accedido a la Federación de Rusia desde la fecha de firma del Acuerdo"[23].

Habiendo expuesto todo lo sucedido y perdurando y agravándose la situación con el tiempo, el 16 de enero de 2017, Ucrania tuvo a bien presentar una demanda ante la Corte Internacional de Justicia por el incumplimiento de la Federación rusa de sus obligaciones internacionales en los territorios ucranianos que controla de facto: en las regiones del Este, las derivadas de la Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo; y, en la región de Crimea, las derivadas de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

[21] http://en.kremlin.ru/acts/news/20596.
[22] http://en.kremlin.ru/acts/news/20600.
[23] http://en.kremlin.ru/acts/news/20616.

2. Las minorías existentes en la península de Crimea: el pueblo tártaro de Crimea y la comunidad de etnia ucraniana

Antes de adentrarnos en el estudio del asunto relativo a *Le financement du terrorisme et la discrimination raciale en Ukraine (Ukraine c. Fédération de Russie)*, no puede obviarse la realización de un sucinto análisis de la realidad étnica de la península de Crimea. Así, desde hace siglos, la península de Crimea viene siendo un territorio diverso y multiétnico, en el que viven principalmente población rusófona, población ucraniana y tártaros de Crimea, siendo estas dos últimas comunidades, minorías. De hecho, según las cifras del último censo antes de que se originara el conflicto que acabamos de introducir, la población se distribuía de la manera que exponemos seguidamente: de un total de 2.024.000 habitantes, el 58,5% eran de etnia rusa; por su parte, un 24,4%, de etnia ucraniana; mientras que, finalmente, el 12,1% son tártaros de Crimea[24].

La comunidad de etnia ucraniana, la segunda en número en Crimea, manifiesta una total identificación con el Estado de Ucrania, su cultura, su historia, literatura, música y lengua. De esta manera, en la actualidad se encuentran en la situación de conformar una minoría dentro del Estado que ejerce ilegalmente su autoridad de hecho, cual es la Federación de Rusia, y con el que carecen de vinculación alguna. No era esta la situación anterior, pues, aunque la comunidad ucraniana era minoría en Crimea, el Estado del que formaba parte este territorio era Ucrania, por lo que veía totalmente respetados sus derechos, siendo en todo caso la comunidad rusa la que se constituía como minoría, no ya del territorio crimeo, sino del Estado ucraniano del que este formaba parte.

Los tártaros de Crimea son un pueblo asentado en dicha península desde el siglo V y de origen turco. En 1783, el Estado que habían constituido, el Kanato de Crimea, fue conquistado y anexionado al Imperio Ruso, el cual comenzó a expulsar a numerosos tártaros. En 1944, el alto mandatario de la U.R.S.S., Stalin, llevó a cabo una limpieza étnica de esta comunidad, so pretexto de haber colaborado con las tropas nazis. Es el conocido como Sürgün ("exilio"), consistiendo en deportaciones masivas a Asia Central y otras regiones de la U.R.S.S., no siendo autorizados a volver a Crimea hasta el año 1989. Al mando de un célebre líder tártaro, Mustafá Djemilev, y a partir de ese momento, la comunidad de tártaros de Crimea conoce un verdadero renacer cultural, en un contexto de autonomía crimea y soberanía ucraniana. Un ejemplo del mismo fue la instauración del Majlis del pueblo tártaro de Crimea, un órgano representativo y ejecutivo encargado de "eliminar las consecuencias del genocidio cometido contra el pueblo tártaro de Crimea y llevar a cabo la consecución de su derecho a la libre determinación en su territorio nacional". Sus

[24] http://2001.ukrcensus.gov.ua/eng/results/general/nationality/Crimea.

33 miembros son elegidos por el Qurultay[25], la otra institución representativa de la comunidad tártara en Crimea, quien es la encargada de elegir directamente a sus miembros. El Majlis ha de rendir cuentas ante el Qurultay, debiendo guiarse por las decisiones de este. Djemilev fue el presidente del Majlis desde 1991 hasta 2013, siendo sucedido en dicha fecha por Refat Tchubarov.

3. La demanda de Ucrania contra la Federación de Rusia por violación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

A) Competencia de la C.I.J. para conocer del caso. Inicio del procedimiento

El art. 22 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial contempla que "toda controversia entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención, que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla".

Nos encontramos, por tanto, ante una cláusula compromisoria especial, contenida en un tratado internacional, mediante la cual se atribuye por los Estados partes del mismo, competencia a la C.I.J. para conocer de determinadas controversias que surjan a raíz de o en relación con el mismo. Si bien pueden recogerse en los tratados cláusulas compromisorias de carácter general –cualquier competencia futura sobre cualquier materia–, las más habituales, llegando incluso a ser la principal vía de funcionamiento de la Corte, son las de carácter especial –controversias relativas únicamente a la aplicación o interpretación del tratado que las contiene–, tal y como sucede en el caso que analizamos.

Según relata el Estado demandante, es decir, Ucrania, una controversia relativa a la interpretación y aplicación de la Convención tiene lugar con la Federación de Rusia. Y ello porque, desde hace dos años, protesta por las violaciones de la Convención llevadas a cabo por Rusia, desplegando numerosos esfuerzos para solucionar la controversia vía negociación, sin éxito alguno. Habiendo intercambiado más de veinte notas diplomáticas y participado en tres ciclos de negociaciones bilaterales, "la Fédération de Russie s'étant refusée à aborder le fond du différend et n'ayant jamais négocié de manière constructive". E incluso, tras no comprometerse a discutir sobre las cuestiones, la Federación rusa continuó con su política de represión cultural por discriminación. Por todo ello, visto que toda nueva negociación estaba abocada al fracaso y que era inútil y perjudicial para los derechos de los ciudadanos,

[25] http://qtmm.org/en/general–information–about–qurultay.

Ucrania optó finalmente por someter la controversia ante la Corte, siguiendo con lo previsto en el mencionado art. 22 de la Convención[26].

B) Exposición de los argumentos de hecho

Ucrania alega en su demanda de 16 de enero de 2017 que "las autoridades rusas llevan a cabo en la península de Crimea una política de aniquilación cultural consistente en actos de discriminación sistemáticos, tratando a los grupos étnicos no rusos como amenazas para el régimen y cuya identidad y cultura deben ser reducidas a la nada"[27].

Dicha campaña de aniquilación cultural por medio de prácticas discriminatorias llevada a cabo por la Federación rusa en Crimea se manifiesta en tres estadios íntimamente relacionados: en primer lugar, encontraríamos la celebración de un referéndum ilegal en un clima de discriminación (pues, como recalcó la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 68/262, de 27 de marzo, "…al no tener validez, no puede servir de base para modificar el estatuto de la República Autónoma de Crimea o de la ciudad de Sebastopol"[28]); en segundo lugar, cabría tratar la discriminación ejercida contra la comunidad tártara de Crimea (en especial, la prohibición del Majlis por las autoridades crimeas de facto y confirmada por las autoridades rusas); y, finalmente, la discriminación que tiene en el punto de mira a la comunidad de etnia ucraniana en Crimea (en especial, la imposibilidad de seguir una instrucción educativa en su lengua). Según alega Ucrania, las autoridades que *de facto* e ilegalmente gobiernan en Crimea mediante el apoyo de Rusia consideran a las comunidades no rusas de la península como "enemigos del régimen ruso", lo cual ha supuesto una "multiplicación de las sanciones colectivas con el objetivo de reducir progresivamente hasta su mínima expresión cualquier manifestación del patrimonio cultural de estas comunidades y de imponerles la supremacía de la etnia rusa". Y ello en un territorio tradicionalmente diverso y multiétnico, pues en Crimea siempre ha habido población de etnia rusa, ucraniana y tártara[29].

C) Exposición de los Fundamentos de Derecho

Las disposiciones de la CIEDR que Ucrania entiende vulneradas y que enumeran una serie de derechos que los Estados partes se obligan a respetar para eliminar todo atisbo de discriminación racial en el ámbito de su soberanía, son las comprendidas

[26] *Le financement du terrorisme et la discrimination raciale en Ukraine (Ukraine c. Fédération de Russie), requête introductive d'instance du 16 janvier 2017,* pp. 6–7, par. 23.

[27] *Ibíd.* p. 26, par. 81.

[28] Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de marzo de 2014, *Integridad territorial de Ucrania*, Sexagésimo octavo período de sesiones, A/RES/68/262.

[29] *Ibíd.,* p. 26*,* par. 81–85.

en los arts. 2.1, 3, 4.c), 5.a), b), c), d) (apartados i, ii, vii, viii, ix) y e) (apartados v y vi) y 6 de la misma[30]. En los dos primeros se enuncia, además de la condena de las prácticas de discriminación racial, segregación racial y apartheid, el compromiso de los Estados para perseguir y acabar con dichas prácticas. Por su parte, en el art. 4.c) se contiene la obligación para dichos Estados de no permitir que "las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella".

Con base en estas obligaciones enunciadas, el art. 5 desarrolla en sus respectivos apartados y subapartados una serie de compromisos concretos de los Estados encaminados a "prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen racial o étnico", como son la igualdad en el acceso y trato en el ámbito de la Justicia, la protección de la integridad personal, los derechos políticos, los derechos civiles, así como los de índole económica, social y cultural. Por su parte, el art. 6 contiene la obligación de los Estados de otorgar protección y recursos efectivos ante los tribunales a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, para pedir la satisfacción o reparación justa y adecuada, como consecuencia de cualquier acto de discriminación racial del que hayan sido víctimas y que contravenga la CIEDR.

Por todo ello, en su *requête introductive d'instance*,Ucrania solicitaba a la Corte Internacional de Justicia que prescribiera a la Federación de Rusia el cumplimiento de las obligaciones que le incumben en relación con la Convención.

III. La solicitud de adopción de medidas provisionales presentada por Ucrania

Habiéndose iniciado ya el procedimiento ante la C.I.J., introduciéndose la instancia en este caso mediante demanda, se pueden plantear determinados incidentes procesales, como es el caso de las medidas provisionales o cautelares. La Corte puede indicar dichas medidas para salvaguardar los derechos de las partes en el proceso y/o evitar la agravación de la controversia, pudiendo ser dictadas de oficio o a instancia de parte[31]. El examen de las medidas provisionales tiene prioridad respecto de los demás asuntos y carácter urgente. Para poder adoptarlas, la C.I.J. ha de apreciar la concurrencia de dos aspectos: tener jurisdicción *prima facie*, es decir, que haya apariencia de jurisdicción; y un perjuicio irreparable de no ser adoptadas[32]. Si finalmente las indica, emite una *Ordonnance* o Providencia (lo cual suele ocurrir en los casos de demanda, como el que analizamos), notificándola inmediatamente a las

[30] *Le financement du terrorisme et la discrimination raciale en Ukraine (Ukraine c. Fédération de Russie), requête introductive d'instance du 16 janvier 2017,* pp. 40–42*,* par. 131–132.

[31] A.G. López Martín (ed.), *Derecho Internacional Público*, *op. cit.,* p. 375.

[32] A. Remiro Brotóns y otros, *Derecho Internacional*, *op. cit.,* p. 723.

Partes y al Consejo de Seguridad. Estas medidas provisionales son obligatorias, tal y como precisó la Corte en el asunto *LaGrand* (2001)[33], tras el reiterado incumplimiento de las mismas por parte de EE.UU., no solo en este caso (orden de 1999), sino también en el anterior asunto *Breard* (1998).

1. Exégesis de las medidas solicitadas por Ucrania en relación con la CIEDR y su adopción por la Corte

Una vez introducida la instancia mediante demanda del 16 de enero de 2017, Ucrania presentó el mismo día, a través de demanda, su solicitud para que la Corte indicara medidas provisionales o cautelares, conforme a lo previsto en el art. 41 del Estatuto de la C.I.J. y en los arts. 73, 74 y 75 del Reglamento.

En ella, Ucrania alega que solicita la adopción de medidas provisionales "para proteger la vida y los derechos humanos fundamentales de los ciudadanos ucranianos…amenazados por los actos de discriminación racial llevados a cabo por la Federación rusa", así como "para evitar que las controversias que oponen a las partes por lo que a los tratados en cuestión respecta –la Convención Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, que no será objeto de estudio, y la CIEDR– no se vean agravadas o extendidas"[34].

En relación con Crimea, Ucrania enuncia que la Federación de Rusia "ocupa y pretende anexionarse de manera ilícita una parte del territorio de Ucrania, utilizando su control sobre la península para imponer una política de dominación étnica rusa tendente a la eliminación cultural de otras comunidades por medio de una campaña de discriminación sistemática y continua". En consecuencia, la indicación de medidas provisionales por la C.I.J. es totalmente necesaria "porque los derechos fundamentales de la población civil de Ucrania se encuentran constantemente amenazados", siendo este tipo de situaciones las que en otras controversias han suscitado la adopción por la Corte de estas medidas, como son los casos *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* o el más reciente *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*[35].

Por lo que respecta a las violaciones de la CIEDR, Ucrania solicita que se indiquen las medidas provisionales tendentes a que Rusia se abstenga de agravar o extender la controversia, de llevar a cabo actos de discriminación racial en los

[33] *Affaire LaGrand (Allemagne c. Etats–Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, C.I.J., Recueil 2001,* p. 466, par. 109.

[34] *Le financement du terrorisme et la discrimination raciale en Ukraine (Ukraine c. Fédération de Russie), Request for the indication of provisional measures of protection submitted by Ukraine,* p. 1, par. 1.

[35] *Ibíd.*, pp. 1–2, par. 3–4.

territorios ucranianos que controla de facto, así como a que ponga fin y renuncie a la represión política y cultural del pueblo tártaro y ucraniano[36].

A) Competencia *prima facie* de la Corte

En su solicitud, Ucrania considera que la Corte tiene competencia para conocer del presente asunto teniendo en cuenta lo dispuesto en su Estatuto y Reglamento, así como en el art. 22 de la CIEDR y dado que la Federación de Rusia ha aceptado la jurisdicción de la Corte en virtud de dicha Convención[37]. Por su parte, en el asunto *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* la Corte hace también una necesaria referencia, pues es la piedra angular del sistema judicial internacional de arreglo pacífico de las controversias, al hecho de que no puede pronunciarse sobre una controversia entre Estados sin que estos hayan consentido su jurisdicción[38]. Tal y como se recoge en el art. 36 de su Estatuto, mencionado por Qatar para atribuir competencia a la C.I.J. en el asunto *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats Arabes Unis)*[39], la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas y convenciones vigentes, como sucede en relación con la CIEDR.

En la Providencia de 19 de abril de 2017 relativa a la demanda de indicación de medidas provisionales, la Corte Internacional de Justicia recuerda que tan solo puede indicar medidas provisionales "si las disposiciones invocadas por la demandante parecen *prima facie* constituir una base sobre la cual su competencia podría estar fundada, pero que no tiene necesidad de asegurarse de manera definitiva que tiene competencia sobre el fondo del asunto"[40].

En este orden de ideas, al fundar Ucrania en su demanda la competencia de la Corte en el art. 22 de la CIEDR, la Corte tiene que, en primer lugar, "determinar si las cláusulas jurisdiccionales contenidas en dicho tratado le confieren *prima facie*

[36] *Ibíd.,* p. 7*,* par. 24.

[37] *Ibíd.*, p. 2, par. 5.

[38] *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J., Recueil 2008,* p. 377*,* par. 84. La CIJ también ha reiterado, por ejemplo, que no tiene competencia automática para conocer las controversias jurídicas entre los Estados en el *Asunto de las Actividades armadas en territorio del Congo (Nueva demanda: 2002; R.D. del Congo c. Ruanda), Solicitud de Medidas Provisionales.*

[39] *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*Qatar c. Emirats Arabes Unis*), mesures conservatoires, ordonnance du 23 juillet 2018, C.I.J., Rôle général n° 172,* p. 8, par. 15.

[40] *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J.,Recueil 2016* (*II*), p. 1155, par. 31.

competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto, lo que permitiría, siempre y cuando se reúnan el resto de las condiciones necesarias, indicar medidas provisionales"[41].

En su análisis sobre la competencia *prima facie*, la Corte estudia primeramente si existe una controversia relativa a la interpretación o a la aplicación de la CIEDR; posteriormente, si se reúnen unas determinadas condiciones procesales previas, para finalmente concluir si tiene o no competencia *prima facie*.

– Existencia de una controversia relativa a la aplicación de la CIEDR

La Corte, analizando los argumentos de ambas partes en el contencioso, concluye que ambas "se oponen sobre el punto de saber si los acontecimientos que se han producido en Crimea desde el final del mes de febrero de 2014 han puesto de manifiesto cuestiones relativas a sus derechos y obligaciones derivados de la Convención"[42]. Así, los actos relatados por Ucrania, en particular la prohibición del Majlis y las restricciones a los derechos de los tártaros de Crimea y de la comunidad de etnia ucraniana en materia de cultura y de educación, "parecen susceptibles de encuadrarse *rationae materiae* en el campo de aplicación de la CIEDR". Por tanto, los elementos referenciados bastan, en este estadio del procedimiento, para establecer *prima facie*, la existencia de una controversia entre las partes relativa a la interpretación y aplicación de la Convención.

– Condiciones procesales previas

La Corte procede a recordar que en un caso anterior ya estableció las condiciones previas del art. 22 a agotar por las partes antes de someter una controversia a su jurisdicción[43]. De esta forma, en el caso *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale(Géorgie c. Fédération de Russie)*, la C.I.J. concluyó que, "en su sentido literal, los términos del art. 22 "toda controversia que no haya sido solucionada por vía de negociación o por medio de procedimientos expresamente previstos por dicha Convención" establecen condiciones previas que deben ser satisfechas antes de cualquier recurso a la Corte"[44]. En relación con haberlas llevado a cabo, la Corte dictamina que, en efecto, estas se produjeron dados los argumentos de hecho relatados, que tenían como objeto el respeto de la Federación rusa de las obligaciones derivadas de la CIEDR y que,

[41] *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J., Recueil 2017*, p. 114, par. 18

[42] *Ibíd.*, pp. 119–120, par. 37–39.

[43] *Ibíd.*, p. 125, par. 59.

[44] *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, op. cit.,* p. 128, par. 141.

finalmente, dicha cuestión no se había podido resolver por dicha vía en el momento de presentación de la demanda introductoria de la instancia[45]. Asimismo, la C.I.J. observa que ninguna de las partes avanza que las cuestiones objeto de litigio se hayan trasladado a dicho Comité, mientras que, aunque ambas lo consideran una condición previa, no se ponen de acuerdo sobre su carácter cumulativo o alternativo. Como resultado, la Corte concluye que "no tiene que pronunciarse sobre esta cuestión en este estadio del procedimiento"[46], por lo que el hecho de que Ucrania no haya recurrido ante el Comité de la CIEDR no le impide a la C.I.J. concluir que tiene competencia *prima facie* para conocer sobre el asunto, en la medida en que la controversia entre las partes concierne a la interpretación o la aplicación de la Convención.

B) Los derechos por los que se pide protección y las medidas solicitadas

Sabiendo que la CIEDR contempla, en su art. 2.1, la discriminación racial con base en el origen étnico, la Corte expone que "existe una correlación entre el respeto de los derechos de los individuos, las obligaciones de los Estados partes ex CIEDR y el derecho que estos tienen de solicitar la ejecución de esas obligaciones"[47].

Según la Corte, los arts. 2 y 5 de la CIEDR tienen como objetivo proteger a los individuos contra la discriminación racial, por lo que "un Estado parte de la Convención no puede prevalerse de los derechos que le confieren los arts. 2 y 5 salvo que sea plausible que los actos que alegan puedan constituir actos de discriminación racial ex CIEDR", concluyendo que tal es el caso de la prohibición del Majlis y las restricciones relativas a los derechos de la comunidad de etnia ucraniana en materia educativa. Por último, en relación con el nexo que debe existir entre las medidas solicitadas y los derechos que se consideran expuestos a un riesgo de perjuicio irreparable, la Corte establece que este es el caso de las medidas destinadas a salvaguardar los derechos de Ucrania ex arts. 2 y 5 de la CIEDR, relativos a la capacidad de la comunidad de los tártaros de Crimea de conservar sus instituciones representativas y a la necesidad de que los cursos de lengua ucraniana sean asegurados en los establecimientos educativos de Crimea[48].

[45] *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, op. cit.,* p. 125, par. 59.

[46] *Ibíd.,* pp. 125–126, par. 60.

[47] *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, op. cit.,* pp. 391–392, par. 126.

[48] *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, op. cit.,* p. 135, par. 82–86.

Observamos por tanto que la Corte conjuga de manera exquisita los requisitos primordiales para poder llegar a adoptar las medidas provisionales cuya indicación se requiere, de tal forma que analiza, ex art. 41 del Estatuto, la verosimilitud o plausibilidad de los derechos que se solicitan, sin llegar a pronunciarse sobre el fondo y estableciendo el necesario nexo entre los derechos que el solicitante busca salvaguardar y las medidas que para ello pide que se indiquen por la Corte.

C) El riesgo de un daño irreparable y la urgencia

La Corte manifiesta que determinados derechos en liza en el presente caso, especialmente los relacionados con los artículos 5. c), d) y e) de la CIEDR –expuestos en el epígrafe anterior– son de tal naturaleza que el perjuicio que se causaría podría considerarse irreparable. Asimismo, toma en consideración los informes del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de los periodos del 16 de mayo al 15 de agosto de 2016 y de 16 de agosto al 15 de noviembre de 2016 y de la OSCE, a los que ya se ha hecho alusión previamente, concluyendo que los tártaros y ucranianos presentes en la península de Crimea se encuentran en una situación de vulnerabilidad y dando por buenos *prima facie* los hechos que en ellos se contienen. Con todo, concluye que sí que existe un riesgo inminente de que los actos mencionados puedan causar un perjuicio irreparable a los derechos invocados por las partes[49].

En definitiva, aunque este requisito tenga una valoración más subjetiva, se ha de tener en cuenta que lo que está en juego en esta controversia es la violación de determinados derechos humanos por parte de un Estado (la Federación de Rusia) al que se ha incorporado parte del territorio de iure de otro (la península de Crimea, que es parte de Ucrania) en relación con nacionales ucranianos (lo cual afecta directamente a derechos de Ucrania, tal y como exige el art. 41 del Estatuto de la C.I.J.) y la población tártara. Por tanto, en todos aquellos casos en los que existan violaciones de Derechos Humanos, el daño que se causa, incluso aun cuando se indemnice, es de carácter irreparable: el pueblo tártaro no ha podido elegir a sus representantes de sus propias instituciones, mientras que la comunidad de etnia ucraniana no ha podido educar a sus hijos en su propia lengua; todo ello desde que se produjo la incorporación de la península de Crimea a la Federación rusa y que todavía continuaba en el momento de presentación de la demanda por parte de Ucrania, no pudiendo ser reparado de ninguna forma. Con independencia de que se adopte un decreto restaurando los daños sufridos en el pasado por la comunidad tártara y que el ucraniano y el tártaro sean lenguas oficiales en la Crimea incorporada a la Federación de Rusia, ello no obsta a que la principal institución de la comunidad tártara continúe estando prohibida, teniendo que resaltar, frente al argumento de la

[49] *Ibíd.*, p. 138, par. 96–98.

Federación de Rusia que no es lo mismo que la comunidad tártara esté representada en las instituciones de Crimea a que disponga de sus propias instituciones. Por otra parte, tampoco aporta la Federación de Rusia, en sus alegaciones a este apartado, las medidas concretas previstas para que la comunidad ucraniana pueda recibir instrucción educativa de y en su propia lengua, sino que tan solo manifiesta ser consciente de ello. Nos encontramos por tanto ante situaciones que, perdurando cuando se ha presentado la demanda de solicitud de indicación de medidas provisionales por la Corte, no se pueden reparar una vez causado el daño.

D) Decisión de la C.I.J. sobre las medidas a adoptar por la Federación rusa

La Providencia de indicación de medidas provisionales finaliza con la conclusión de la Corte Internacional de Justicia de que las condiciones a las que su Estatuto subordina dicha indicación se reúnen en este caso, pudiendo así adoptar determinadas medidas para salvaguardar los derechos invocados por Ucrania. Eso sí, no sin antes recordar que, con base en su Estatuto y ex art. 75.2 de su Reglamento, tiene la potestad de indicar medidas total o parcialmente diferentes de las solicitadas, lo cual ocurre en el presente caso ("*la Cour conclut que les mesures à indiquer n'ont pas à être identiques à celles qui sont sollicitées*"). De la misma forma, también hace alusión a su poder de indicar medidas provisionales con vistas a impedir la agravación o extensión de la controversia, siempre y cuando estime que las circunstancias lo exigen, siendo el caso también en este contencioso.

Por todo lo expuesto anteriormente, la Corte tuvo a bien indicar a título provisional las medidas siguientes:

1. Por lo que respecta a la situación de Crimea, la Federación de Rusia debe, de conformidad con las obligaciones que le incumben a título de la CIEDR:

a. Por trece votos contra tres: Abstenerse de mantener o imponer limitaciones a la capacidad de la comunidad de los tártaros de Crimea de conservar sus instancias representativas, incluido el Majlis.

b. Por unanimidad: Asegurarse de que esté disponible la enseñanza en lengua ucraniana.

2. Por unanimidad: las dos partes deben abstenerse de cualquier acto que suponga agravar o extender la controversia sometida a la Corte o de hacer su solución más difícil[50].

[50] *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, op. cit.,* pp. 139–141, par. 99–106.

2. Efectividad de las medidas adoptadas. Repercusión y obligatoriedad de su cumplimiento

Después de haber realizado un estudio del caso *Le financement du terrorisme et la discrimination raciale en Ukraine (Ukraine c. Fédération de Russie)*, debemos analizar si la finalidad pretendida se ha conseguido y en qué medida. Es decir, si finalmente Ucrania ha conseguido proteger los derechos de sus nacionales, de la minoría ucraniana y tártara en la Crimea incorporada a la Federación de Rusia. Para ello, tendremos que tratar la obligatoriedad de las medidas acordadas en la providencia de 19 de abril de 2017, si realmente la Federación de Rusia actúa conforme a dicha obligatoriedad y las ha implementado, consiguiendo que los tártaros y ucranianos gocen de los derechos que la CIEDR les atribuye, así como las consecuencias del posible incumplimiento por la Federación de Rusia de dichas medidas provisionales.

La obligatoriedad de las providencias dictadas en resolución de una demanda de indicación de medidas provisionales fue puesta de manifiesto por la Corte en su conclusión al respecto en el asunto *LaGrand*[51]: "la Cour parvient à la conclusion que les ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'article 41 ont un caractère obligatoire".

En cuanto a la ejecución de las decisiones de la Corte, estas normalmente son cumplidas por las partes en el contencioso. No obstante, en caso de que no suceda así, pues carecen de un procedimiento de ejecución forzosa[52], nos encontraríamos ante un hecho internacionalmente ilícito, por lo que la otra parte podría utilizar los mecanismos propios de la responsabilidad internacional, cuales son las medidas de autotutela o contramedidas. El hecho que da lugar a la responsabilidad internacional recae en la ilicitud de un comportamiento, ya sea por acción o por omisión, que es atribuible a un sujeto internacional[53]. Tal y como recogió la Comisión de Derecho Internacional en los arts. 1 a 3 y en el art. 12 de su Proyecto de Artículos[54], de 2001, sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, se ha de producir la conjunción de dos elementos para la calificación de una determinada conducta como hecho internacionalmente ilícito, cuales son la infracción de una obligación internacional que un sujeto tiene para con otro (elemento objetivo del ilícito) apreciada según normas de Derecho Internacional; y, su atribución a dicho

[51] *Affaire LaGrand (Allemagne c. Etats–Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 2001, C.I.J., Recueil 2001,* p. 466, par. 109.

[52] A. Remiro Brotóns y otros, *Derecho Internacional*, *op. cit*., p. 730.

[53] *Ibíd.*, p. 745.

[54] *Vid. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

sujeto (elemento subjetivo del ilícito). Tal sería el caso de que la Federación de Rusia (un Estado y, por tanto, sujeto de Derecho Internacional) no cumpliera con las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia, de tal forma que sus órganos las han de implementar y actuar en consecuencia, puesto que ya sabemos que son obligatorias entre las partes y para el caso que ha sido decidido, al igual que las sentencias ex art. 59 del Estatuto y 94 de la Carta de las Naciones Unidas.

De esta forma, no cumplir con una decisión de medidas provisionales de la Corte supone una violación de una obligación internacional de Estado a Estado y por ende, un hecho internacionalmente ilícito, originando responsabilidad para Rusia en este caso y pudiendo Ucrania, de no acatar la Federación rusa la providencia de la C.I.J., adoptar y aplicar medidas de autotutela de sus derechos.

No obstante, conforme a lo establecido en el art. 94.2 de la Carta de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad puede hacer recomendaciones o dictar medidas para que se lleve a cabo la ejecución del fallo, lo que permitiría su ejecución forzosa; un mecanismo único, que solamente existe respecto de las sentencias de la C.I.J., y del que carecen otras sentencias internacionales, como pueden ser las dictadas en el seno de un procedimiento de arbitraje internacional[55].

En el caso en que nos encontramos, sucede que precisamente el Estado demandado y destinatario de las medidas cautelares es la Federación de Rusia, el cual es miembro permanente, con derecho de veto, en el Consejo de Seguridad. En estos casos, si bien debería abstenerse, en la práctica ocurre que otro "Estado de su órbita geopolítica", como es el caso de la República Popular de China, acabaría por vetar toda resolución del Consejo por la que se pudieran adoptar las medidas necesarias para ejecutar la *ordonnance* de medidas provisionales dictada por la CIJ para que se acate la CIEDR por parte de la Federación de Rusia. Y es que, dada la discrecionalidad con la que en este ámbito puede actuar el Consejo, "harto difícil lo tiene la parte lesionada en contenciosos con miembros permanentes reacios a cumplir las decisiones de la Corte"[56]. Entraríamos por tanto en el ámbito de la voluntad, que en definitiva es, junto con el del consentimiento, el que determina como *ultima ratio* la efectividad del propio Derecho Internacional. Sin embargo, como se ha expuesto en un inicio, la práctica internacional de los Estados es que, dada la alta consideración moral de la Corte y la convicción de que la actuación de sus jueces es máximamente conforme al Derecho Internacional, acatan *motu proprio* las resoluciones dictadas por la CIJ.

Y no podía ser de otra manera en el caso que se estudia. De esta manera, a raíz de las Observaciones finales sobre los informes periódicos 23º y 24º combinados de

[55] A. Remiro Brotóns y otros, *Derecho Internacional*, *op. cit*., p. 730.
[56] *Ibíd.*.

la Federación de Rusia, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial dispuso el 20 de septiembre de 2017 que "el Comité acoge con beneplácito la declaración de la delegación de que el Estado parte considera obligatoria la Providencia de la Corte Internacional de Justicia de fecha de 19 de abril de 2017"[57]. No obstante, siguen siendo de su preocupación "la prohibición y las estrictas limitaciones de las instituciones representativas de los tártaros de Crimea, como la prohibición del Majlis y el cierre de varios medios de comunicación, así como las violaciones de los derechos humanos de los tártaros de Crimea, en particular las denuncias de desapariciones, procedimientos penales y administrativos, redadas policiales e interrogatorios, sin dejar de lado las restricciones a la utilización y el estudio del idioma ucraniano desde que estalló el conflicto en 2014".

Como consecuencia y teniendo similitud en su enunciado con las medidas provisionales adoptadas por la Corte, el Comité recomienda a la Federación de Rusia que derogue las medidas administrativas y legislativas adoptadas desde que ejerce un control efectivo de Crimea y que tengan el propósito o el efecto de discriminar a algún grupo étnico o pueblo indígena por motivos prohibidos en virtud de la Convención, así como que investigue de manera efectiva las denuncias de violaciones de los derechos humanos de los tártaros de Crimea y que lleve a los autores ante la Justicia y proporcione a las víctimas o a sus familiares recursos efectivos. Además, también recomienda a la Federación rusa que adopte medidas eficaces para garantizar que se utilice y estudie el idioma ucraniano sin injerencias.

Por otra parte, en su informe de 25 de septiembre de 2017[58], el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, recogió las medidas provisionales indicadas por la Corte y las recomendaciones del Comité de la CIEDR, exponiendo que, en relación con la prohibición del Majlis, a fecha de 12 de septiembre seguía siendo una organización prohibida, de conformidad con las decisiones de la Corte Suprema de Crimea y de la Federación de Rusia[59]. Por otra parte, tanto en este informe como especialmente en el posterior del periodo comprendido del 16 de noviembre de 2017 al 15 de febrero de 2018, se destaca que el número de estudiantes que reciben educación en lengua ucraniana en Crimea había descendido drásticamente, cayendo en un 97% desde 2014, de tal forma que en ese momento solamente recibían la educación en su lengua el 0,2% de los alumnos ucranianos. También se

[57] *Observaciones finales sobre los informes periódicos 23º y 24º combinados de la Federación de Rusia*, aprobadas por el Comité en su 93er período de sesiones (31 de julio a 25 de agosto de 2017), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 20 de septiembre de 2017, CERD/C/RUS/CO/23–24.

[58] OHCHR, *Situation of human rights in the temporarily occupied Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol (Ukraine),* 25 September 2017.

[59] *Ibíd.*, par. 193.

observaba una disminución del 50% del número de alumnos en la asignatura de ucraniano[60].

No obstante, se remarca que, a fecha de 28 de diciembre de 2017, las autoridades rusas, a través del Ministerio de Educación de Crimea, repartieron entre los distintos Ayuntamientos un documento denominado "Hoja de ruta para la elección de lengua en la Educación", en el cual se ofrecía un mecanismo a los padres para solicitar educación para sus hijos en su lengua nativa. Para ello, los padres debían estar informados por las administraciones escolares del derecho a elegir la lengua vehicular, las posibilidades de aprendizaje en otras lenguas distintas del ruso y la disponibilidad de profesores para ello. El Alto Comisionado acogió de buen grado este paso dado por la Federación de Rusia dado que tenía un potencial de incrementar el acceso a la educación en la lengua materna de los alumnos, siempre y cuando dicha hoja de ruta se llegara a implementar en los colegios públicos de Crimea.

Del mismo modo, la Resolución 72/190, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 19 de diciembre de 2017[61], relativa a la situación de los derechos humanos en la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol (Ucrania), insta a la Federación de Rusia a que "cumpla íntegra e inmediatamente lo dispuesto en la providencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de abril de 2017 sobre las medidas provisionales en la causa relativa a la Aplicación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación de Rusia)".

En el informe del Alto Comisionado de fecha de 21 de septiembre de 2018 y que analiza el periodo entre 13 de septiembre de 2017 y 30 de junio de 2018 se volvió a recordar la necesidad de la implementación de la hoja de ruta referenciada anteriormente para que se cumpliese en los términos establecidos en las medidas provisionales indicadas por la C.I.J. y no se vulnerasen los derechos lingüísticos de la minoría ucraniana ex CIEDR, de tal forma que, si bien parece remontar levemente el número de escolares que reciben instrucción en lengua ucraniana o que tienen el ucraniano como asignatura, no se puede dejar de mencionar tampoco que, según algunos profesores, se comunican a los servicios rusos de seguridad e inteligencia (FSB) los padres que eligen que sus hijos estudien en ucraniano, así como que las estadísticas de las que se extraen los datos de escolaridad en ucraniano contienen

[60] *Ibíd.*, par. 195–201; OHCHR, *Report on the human rights situation in Ukraine*, (16 November 2017 to 15 February 2018), par. 126–127.

[61] Resolución 72/190, de 19 de diciembre de 2017, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a la Situación de los Derechos Humanos en la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol (Ucrania) y con referencia A/RES/72/190.

datos fluctuantes para un mismo periodo, por lo que no se les ha de conceder demasiada credibilidad[62].

Por último, cabe recordar que en la reciente Resolución 73/263, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 22 de diciembre de 2018 –y publicada el 21 de enero de 2019– relativa a la Situación de los Derechos Humanos en la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol (Ucrania)[63], también se vuelve a instar a la Federación de Rusia a que "cumpla íntegra e inmediatamente lo dispuesto en la providencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de abril de 2017", así como se la exhorta a que "aplique las recomendaciones formuladas en los informes de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los Derechos Humanos en el territorio temporalmente ocupado de la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol (Ucrania).

IV. Conclusiones

Tal y como las definió en 1977 el Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Francesco Capotorti, una "minoría" es "un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque solo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma"[64]. Dichas minorías son destinatarias de normas de Derecho Internacional para su protección, en concreto, para que no sean discriminadas por el aspecto que las diferencie del resto de la población del Estado.

Dado que los procedimientos ante la C.I.J. están marcados por su duración, Ucrania solicitó, al mismo tiempo que introducía la instancia, que la Corte indicara medidas provisionales, de tal forma que cesara la discriminación que venían sufriendo estas minorías desde que se produjo la incorporación de Crimea a la Federación rusa. La razón de ser de este estudio reside, por tanto, en la excepcionalidad de esta vía de protección de las minorías: el Estado es quien invoca los derechos de los que disfrutan por mor de un tratado del que es parte tanto el demandante (Ucrania) como

[62] *Ibíd.*, par. 128; Human Rights Council, *Report on the situation of human rights in the temporarily occupied Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol*, Ukraine (13 September 2017 to 30 June 2018), 21 September 2018, A/HRC/39/CRP.4., par. 67–70.

[63] Resolución 73/263, de 22 de diciembre de 2018, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a la Situación de los Derechos Humanos en la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol (Ucrania) y con referencia A/RES/73/263.

[64] E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, par. 568.

el demandado (Rusia), de tal forma que discriminarlas supone un incumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de la Federación rusa. Y lo lleva a cabo especialmente a través de un incidente procesal previsto en los procedimientos contenciosos ante el Alto Tribunal de las Naciones Unidas: las medidas provisionales.

En el caso que analizamos, la Corte concluyó por unanimidad la indicación a ambas partes de una medida provisional de carácter general tendente a prevenir el agravamiento del conflicto o la extensión de la controversia y a la Federación de Rusia que "asegure la disponibilidad de la enseñanza en lengua ucraniana". Asimismo, por amplia mayoría también se decidió indicar a la Federación rusa que se "abstenga de mantener o imponer limitaciones a la capacidad de la comunidad de los tártaros de Crimea de conservar sus instancias representativas, incluido el Majlis".

Sin embargo, aunque dichas medidas provisionales son de obligado cumplimiento por los Estados partes en la controversia, la efectividad de las mismas en la práctica no tiene siempre las consecuencias deseadas. Aun así, tal y como expone Abad Castelos, "si bien es de lamentar que la mayor parte de las medidas provisionales adoptadas por la Corte vean frustrada su ejecución, siempre puede quedar el consuelo de que el solo hecho de haber alcanzado una providencia reconocedora de determinadas garantías, aunque únicamente sea a título provisional, supone una indudable victoria para el demandante de las medidas provisionales"[65]. Siguiendo a Merrils, estaríamos ante una suerte de *remedial function*, dado que "probably the main benefit was that the applicant obtained widespread exposure for its claims and succeeded in obtaining an order which could be presented as a victory and an embarrassment to the respondent (…) a State which is successful has won the first round of the contest and secured and advantage, even if the order is disregard"[66].

Con todo, podríamos destacar que, mientras que las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia han tenido éxito al conseguir que las autoridades rusas comiencen a tomar en consideración la obligatoriedad de que la minoría ucraniana pueda recibir la enseñanza en su lengua materna, no parece que podamos emplear el mismo calificativo en relación con la suerte que ha corrido el Majlis, puesto que no se ha revocado su prohibición ni se ha podido contrastar fehacientemente que lleve a cabo la misma actividad que antes de que Crimea se incorporase a la Federación de Rusia[67]; si bien es verdad que, tras el abandono de su

[65] M. Abad Castelos, *El Tribunal Internacional de Justicia y la Protección Cautelar de los Derechos de los* Estados, madrid, Ed. Dykinson, S.L., 2002, p. 143.

[66] J.H. Merrils, "Reflections of the Incidental Jurisdiction of the International Court of Justice", *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*, EC/International Law Forum, Department of Law, University of Bristol, Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 54.

[67] https://mfa.gov.ua/en/press–center/comments/8712–zajava–ministerstva–zakordonnih–sprav–ukrajini–shhodo–zvernennya–ukrajini–do–mizhnarodnogo–sudu–oon–stosovno–tlumachennya–naka zu–sudu–pro–zastosuvannya–timchasovih–zahodiv–proti–rosijsykoji–federaciji.

página de información y comunicación web el 18 de mayo de 2014, volvió a ofrecer noticias relacionadas con Crimea y la situación de la comunidad tártara el 27 de junio de 2017, tan solo dos meses después de que la Corte Internacional de Justicia emitiera su providencia de indicación de medidas provisionales[68].

No obstante, ha sido necesario que el gobierno de Ucrania solicitase a la Corte, el mismo 19 de abril de 2017, que aclarara si la Federación rusa estaba obligada a levantar la prohibición de actividad al Majlis, habiendo sido confirmado dicho requerimiento afirmativamente, en línea con la necesaria obligatoriedad de cumplir las medidas provisionales acordadas por la Corte Internacional de Justicia[69]. Es más, tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su informe de 20 de septiembre de 2017, como la Asamblea General de Naciones Unidas en sendas Resoluciones de 19 de diciembre de 2017 y de 22 de diciembre de 2018, tuvieron que instar a la Federación rusa a cumplir "íntegra e inmediatamente" lo dispuesto por la Corte Internacional de Justicia el 19 de abril de 2017 en la providencia sobre medidas provisionales

[68] http://qtmm.org/en/news/page/6 consultado a 14 de enero de 2019.
[69] http://www.uawire.org/un–court–of–justice–russia–must–reinstate–mejlis–in–crimea#

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

CANÇADO TRINDADE, A.A., *El ejercicio de la función judicial internacional, Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 5ª edición ampliada, 2018, 442 pp.

En el 50º aniversario de la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos y cuatro décadas tras el establecimiento de la Corte Interamericana como órgano esencial del sistema de protección de los derechos fundamentales en América, el continente se enfrenta a nuevos retos en materia de derechos humanos como son la desigualdad, la inequidad, la pobreza y la exclusión social además de un panorama desafiante en materia de acceso a la justicia.

António Augusto Cançado Trindade, juez (1995–2008) y presidente (1999–2004) de la Corte Interamericana antes de su elección, en noviembre de 2008, como magistrado de la Corte Internacional de Justicia, nos acerca en esta obra algunos de los momentos más relevantes de su actividad en el seno del órgano regional y las aportaciones que la Corte hizo al desarrollo de la protección de los derechos humanos en América. En sus propias palabras, ha buscado "rescatar, ordenar y preservar sus reminiscencias" de forma a proporcionar una visión, la más integral posible, del ejercicio de la función judicial en la protección internacional de los derechos humanos.

El título podría incitar al lector a pensar que el Juez se limita a compartir recuerdos, sin tener la obra más interés que esas reflexiones personales y las fotografías tomadas durante su ejercicio en la Corte que el autor comparte al final de la obra. Sería una opinión equivocada. Esta quinta edición de las Memorias ofrece una visión ampliada de las cuestiones más relevantes para el ejercicio de la función judicial a la vez que examina, mediante el análisis riguroso de las sentencias de la Corte, la contribución de la jurisprudencia del Tribunal al desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos. El Juez Cançado Trindade ilustra su mirada del Derecho con detalladas explicaciones de sus votos particulares en las sentencias en las que participó a la vez que hace el lector partícipe de los entresijos de la justicia internacional, incluyendo el contexto político en el cual se tomaron algunas decisiones relevantes del Tribunal y la importancia de las reuniones informales a las que acudió como Presidente de la instancia judicial.

Las *Cuestiones de jurisdicción* son el punto de partida del libro del Juez, un primer capítulo en el que el autor no duda en hacer halago del vigor de la cultura jurídica latinoamericana y caribeña, en particular en cuanto a la integridad de las bases de jurisdicción de la Corte. Destaca lo importante que resulta para la realización de la justicia el automatismo de la jurisdicción internacional obligatoria, el reconocimiento de la responsabilidad internacional de los Estados y del sufrimiento de las víctimas, que constituyen una forma adicional de reparación de las mismas. El autor no elude en ningún momento las comparativas entre la Corte Interamericana y otros tribunales regionales de protección de los derechos humanos. Así, señala en particular la laguna que sufre la Convención Americana de Derechos Humanos respecto del establecimiento de un mecanismo permanente para la supervisión de la ejecución o del cumplimiento de las sentencias de la Corte, mecanismo que, según él, debe inspirarse directamente del existente en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Juez, desde su postura principista, se muestra así crítico respecto de la ausencia de discusión por los órganos competentes de la Organización de Estados Americanos de los incumplimientos parciales o totales de las sentencias de la Corte. En su opinión, el hecho de no discutir dichas inobservancias genera la impresión equivocada de que existe un grado satisfactorio de cumplimiento por parte de los Estados. El Juez ahonda igualmente en el primer capítulo en la importancia de la dimensión preventiva de la protección de los derechos humanos, haciendo referencia al cumplimiento de las medidas provisionales ordenadas por la Corte y en la dimensión horizontal y vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección. Esta referencia permite que el juez comparta sus reflexiones respecto de la coexistencia entre las medidas provisionales dictadas por la Corte y las medidas cautelares de la Comisión Interamericana, enfatizando en la idea que las necesidades de protección de los beneficiarios de dichas medidas deben primar sobre cuestiones adjetivas relativas a la delimitación de competencias de ambos órganos.

Se dedica el segundo capítulo a las *Cuestiones de derecho sustantivo*, partiendo de una reflexión respecto de la diferencia entre la responsabilidad internacional objetiva del Estado y la responsabilidad del Estado por falta o culpa ante circunstancias agravantes que el autor define como violaciones particularmente graves de derechos humanos o violaciones que ocurren en el marco de un patrón sistemático de violaciones perpetradas o toleradas por el Estado o de masacres. El Juez profundiza en la discusión respecto de los crímenes de Estado, la responsabilidad internacional agravada y las reparaciones ejemplarizantes. En este sentido, insiste en la existencia del crimen de Estado más allá de las conclusiones a las que llegó respecto de esta cuestión la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su proyecto de artículos sobre Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001. El juez no duda en proponer una definición de los crímenes de Estado que califica de actos planificados al más alto nivel que cuentan con premeditación, intencionalidad y son perpetrados por agentes del Estado, definición que ilustra con los casos *Almonacid Arellano* de 27/09/2006 y *Goiburú y otros* de 22/09/2006, sentencias de trascendencia histórica en el continente al sancionar respectivamente los regímenes de Pinochet en Chile y de Stroessner en Paraguay. El Juez también incide en la dificultad de la realización de la justicia restaurativa en estos casos en los que deben necesariamente ser tomados en cuenta los efectos traumáticos de las masacres. Los crímenes de Estado llevan además aparejada una dificultad añadida: la determinación de la condición de víctima para efectos de reparaciones, lo que permite al autor recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos está esencialmente orientada hacia las víctimas. La responsabilidad agravada del Estado en estos contextos no excluye, en ningún caso, la posibilidad de establecimiento de la responsabilidad internacional individual, responsabilidades que el autor considera complementarias, concomitantes y no excluyentes. Frente a violaciones de los derechos humanos en el marco de crímenes de Estado, el Juez considera que las reparaciones han de ser ejemplarizantes y no han de asumir necesariamente la forma de reparaciones pecuniarias. Esta segunda parte de las Memorias resulta ser de especial relevancia al realizar el autor ciertas afirmaciones que pueden resultar sorprendentes a primera vista, como la asunción del Juez de que la Corte Interamericana es el Tribunal internacional contemporáneo que más ha contribuido a la evolución conceptual del *ius cogens*, proponiendo un análisis pormenorizado de la actividad de la Corte en relación con la prohibición de la tortura, el derecho a la igualdad y a la no discriminación y el derecho de acceso a la justicia, rechazando, en particular, los tribunales de excepción.

Las *Cuestiones de derecho procesal* son objeto de un estudio concienzudo en la tercera parte del libro, en particular la posición del individuo ante la Corte como sujeto del Derecho internacional de los derechos humanos y sus posibilidades de acceso directo a los tribunales. El autor defiende que las personas están dotadas de plena capacidad jurídica para actuar en el plano internacional y hace una explicación extensiva de la evolución de esa capacidad de los individuos para asegurar el *locus standi* de los particulares peticionarios en todas las etapas del procedimiento ante la Corte Interamericana. El Juez hace igualmente hincapié en las dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos humanos en el plano procesal, argumentando que, para ser eficaz, la protección de los derechos humanos determinada por la Convención Americana debe abarcar no solo las relaciones entre los individuos y los poderes públicos sino también sus relaciones con terceros, añadiendo así nuevas dimensiones de la protección internacional de los derechos humanos.

En la parte IV, el Juez examina las *Cuestiones de hermenéutica jurídica* iniciando su reflexión con las facultades inherentes a la Corte como maestra de su propia jurisdicción, la hermenéutica integradora de las disposiciones convencionales de protección y la dimensión temporal en la interpretación y aplicación de la Convención Americana. La lectura de esta parte del libro es, sin duda, la más compleja al tratar el autor una multitud de materias con carencia, por momentos, de un hilo conductor claro. No duda el autor en defender la prohibición del sufrimiento humano en el tiempo, que define como el periodo que transcurre desde la perpetración de la violación del derecho humano y el momento en que el demandante obtiene reparación con el reconocimiento judicial de su sufrimiento. Alude igualmente a las desapariciones forzadas de personas y a la ampliación de la noción de víctima en la que incluye a los parientes próximos de la persona desaparecida. Este capítulo de la obra abarca además otra cuestión no resulta en el marco del sistema regional de protección de los derechos humanos como es la exigibilidad de los derechos

económicos, sociales y culturales que nunca constituyeron una cuestión central en los casos juzgados por la Corte durante los años de ejercicio del Juez en la misma. El autor argumenta que todos los derechos humanos son exigibles en el marco del sistema interamericano mediante el derecho de acceso a la justicia *lato sensu* y las garantías del debido proceso tomados conjuntamente. La visión humanista del Juez se percibe en su análisis de la dimensión preventiva de la protección de los derechos humanos al inferir el autor que cuando se reúnen los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana son una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo. Las últimas cuestiones tratadas en este capítulo IV son las interacciones entre el Derecho internacional y el derecho interno en materia de protección de los derechos humanos y las necesidades especiales de protección de las víctimas. Respecto de la primera de ellas, el autor señala el mutuo reforzamiento de los ordenamientos jurídicos internacional e internos. En particular, rechaza que la jurisdicción internacional sea tan solo subsidiaria de la jurisdicción nacional. En cuanto a las necesidades especiales de protección de las víctimas en situaciones de proyección del sufrimiento humano en el tiempo, como en el caso de las desapariciones forzadas, en situaciones de crímenes de Estado y en situaciones de responsabilidad internacional agravada del Estado, la tesis del autor es que la Corte ha logrado ampliar el derecho de protección aplicable en situaciones de extrema vulnerabilidad como pueden ser los flujos migratorios forzados, los desplazamientos internos, las víctimas de actividades criminales o en otro tipo de crisis humanitarias.

En la última parte de sus Memorias, bajo el título *Cuestiones institucionales*, el Juez nos hace partícipes de su experiencia como Presidente de la Corte (1999–2004), comenzando por la muy discutida cuestión de la coexistencia y el diálogo entre los Tribunales internacionales, en particular el diálogo entre la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, declarando el Juez lo nuevo y positivo que resulta el fenómeno de la red de Tribunales internacionales, tanto de ámbito regional como universal, al satisfacer cada uno de ellos necesidades de la comunidad internacional, mostrar el camino hacia una gradual formación de un "verdadero poder judicial internacional" y contribuir de forma decisiva a afirmar y consolidar al ser humano en tanto que sujeto activo y pasivo del Derecho internacional y la responsabilidad de los sujetos gubernamentales. En palabras del autor dicha red debe basarse en dos principios fundamentales: la coordinación y la complementariedad. En este sentido, señala muy especialmente la retroalimentación entre Corte y TEDH pero también la inspiración que significó para el Tribunal la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, los Tribunales Penales Internacionales y de la Corte Africana de Derechos Humanos. No se puede sino echar en falta en esta última parte un estudio más profundo de la relación entre la Corte Interamericana y la Corte Internacional de Justicia, si bien el autor termina su obra con una reflexión sobre la difusión de la jurisprudencia de la Corte, en particular de la repercusión de sus sentencias tanto en América como fuera del continente.

Las Memorias del Juez Cançado Trindade constituye, en suma, una obra recomendable cuya lectura se hace necesaria por las experiencias narradas en primera persona por el autor, el análisis que presenta de las sentencias adoptadas por la Corte en las que participó directamente y las reflexiones doctrinales que propone sobre un amplio abanico de cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos en el continente americano.

Raquel REGUEIRO DUBRA
Profesora Ayudante–Doctora – UCM

LÓPEZ MARTÍN, A.G. y PEREA UNCETA, J.A., *Creación de Estados, Secesión y Reconocimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, 328 pp.

La presente reseña se refiere a la última obra conjunta, hasta la fecha, de los profesores de Derecho Internacional Público, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (UCM), Ana Gemma López Martín y José Antonio Perea Unceta.

La profesora López Martín y el profesor Perea Unceta destacan por sus trabajos de reflexión y análisis teórico y práctico sobre diferentes aspectos o aristas del Derecho internacional público, siendo muy sugestivas sus investigaciones sobre el territorio del Estado, el Derecho del mar, el Derecho de los tratados, los Estados fallidos, las inmunidades o los Derechos humanos, en el caso de la profesora López Martín; y sobre las operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, el derecho de libre determinación de los pueblos, la explotación de los recursos pesqueros, la inmunidad de jurisdicción de los Estados o la secesión, en el caso del profesor Perea Unceta. La prolija publicación, de ambos, en revistas especializadas de prestigio, su contribución a numerosas obras colectivas y la impartición de múltiples conferencias en universidades españolas y extranjeras, acreditan y aventuran la excelencia de esta obra y de su contenido.

El reto, en esta ocasión, es una interesantísima investigación desde el punto de vista del Derecho internacional sobre la creación de Estados, la secesión y el reconocimiento, a saber, un ámbito de interés capital, no sólo por su indiscutible actualidad a la luz de los últimos intentos secesionistas ocurridos en Cataluña, sino por la necesidad de comprender y aprehender su complejidad jurídica internacional y su consiguiente aplicación práctica, al margen de cualesquiera distorsiones políticas. Para mayor abundamiento, más allá de la obra del profesor David Crawford, titulada *The Creation of States in International Law* (2006, 1ª ed.), no existe, hasta la fecha, ninguna monografía comparable en lengua española.

La obra se divide en cuatro capítulos, muy equilibrados en cuanto a su extensión, en los que se transita por cuatro temáticas: 1) el análisis doctrinal y jurídico internacional de la *noción de Estado* incluidos, por un lado, sus consensuados *elementos constitutivos* (población permanente, territorio determinado, gobierno, capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados) y su necesaria efectividad; y, por otro, el estudio de la aproximación contemporánea a la exigencia del criterio relativo al respeto a la legalidad. De todo ello se ocupa con aparente sencillez el Capítulo I del texto, en aproximadamente 70 páginas; 2) el examen pormenorizado del *concepto de secesión*, en sentido estricto, y los diferentes *supuestos* sincrónicos existentes (secesiones completadas y aceptadas o pactadas; rechazadas; ignoradas; no concluidas; frustradas; inclusive las últimas pretensiones de secesión, como la de Cataluña). Este Capítulo II también examina, en sus 98 páginas, los diferentes supuestos de pueblos en el sistema de las Naciones Unidas, atribuyendo o descartando su derecho de libre determinación, así como la eventualidad de un derecho a una "secesión–remedio", a la luz del marco jurídico internacional y de la práctica estatal y jurisprudencial; 3) el estudio de la figura del reconocimiento de Estados y sus particulares implicaciones en el caso de secesión. En este Capítulo III, los autores subrayan brillantemente, a través de unas 45 páginas, la importancia del no–reconocimiento individual e institucional como "sanción" y respuesta a cualesquiera entidades secesionistas fundamentadas en declaraciones unilaterales de independencia ilegales. Más aún, escudriñan con paciencia e interés los cimientos legales sobre los que se puede argumentar la existencia de una obligación internacional de no reconocer como Estado a esas entidades secesionistas; y 4) la última temática diseccionada en el Capítulo IV, también el último del libro, aborda, en unas 50 páginas, la necesaria protección de los derechos humanos de la población en los territorios secesionados, toda vez que tales derechos no deben "supeditarse o condicionarse" al "capricho" de las transformaciones y creaciones de los Estados.

Con el fin de dar noticia del libro, pasaremos a describir del mejor modo sus principales líneas argumentales.

Rebasando las vías de hecho autorizadas por el Derecho internacional clásico para acceder a la estatalidad, el Derecho internacional contemporáneo ya no acepta que una mera declaración de independencia de una entidad secesionista, aunque vaya acompañada de cierta efectividad, sea suficiente para propiciar la creación de un Estado. Las entidades secesionistas que nacen sin el consentimiento del Estado "matriz" y al margen de unos principios fundamentales (estructurales) que recogen los valores jurídicos esenciales que informan todo el Derecho internacional, no pueden ser tratadas como Estados.

La rigurosa aproximación doctrinal a la noción de estatalidad, realizada por los autores en el epígrafe I del Capítulo I, permite confirmar tanto una gran riqueza conceptual como una clara unanimidad sobre la necesaria concurrencia de tres elementos constitutivos: una población permanente, un territorio determinado y un gobierno con plenitud de competencias y con autoridad exclusiva sobre la población y el

territorio, que esté capacitado igualmente para participar en la sociedad internacional, esto es, para entablar y asegurar la estabilidad de las relaciones internacionales con y ante otros Estados.

Estas precondiciones fácticas de la estatalidad, examinadas profusamente en el epígrafe II del Capítulo I, son las que, desde el punto de vista del marco jurídico internacional, también recoge el art. 1 de la *Convención de Montevideo de 1933 sobre los Derechos y Deberes de los Estados*, a saber, el texto convencional que, hoy en día, sigue siendo el referente en la materia.

Empero, tal y como se analiza en el epígrafe III del Capítulo I, los elementos materiales del Estado surgen y se basan esencialmente en el principio de efectividad. La efectividad exige que cualquier declaración unilateral de independencia esté fortalecida y consolidada por el ejercicio de un control general y exclusivo por parte del gobierno sobre la población y el territorio, de modo que sea capaz de establecer y mantener el orden interno, y también de participar en las relaciones internacionales de forma independiente. Se necesita, pues, una "efectividad duradera". Más aún, para que una declaración unilateral de independencia produzca efectos jurídicos en Derecho internacional es imprescindible que concurran tanto la efectividad material en el control del territorio como la aquiescencia del Estado matriz. Pues, en tales casos, no se podría alegar la vulneración del principio de integridad territorial del Estado que se ve afectado por la segregación.

Pero como apuntábamos antes, el requisito de la efectividad no es suficiente para acceder a la condición de Estado, según el Derecho internacional contemporáneo. También se exige que los Estados y los sujetos no estatales interesados respeten la legalidad internacional en su proceso de creación. De esta suerte, sólo pueden considerarse Estados aquéllos que en su acceso a la estatalidad hayan acatado los principios estructurales del Derecho internacional. En particular, el principio de integridad territorial y el principio de no injerencia en los asuntos internos del Estado en cuyo territorio surge el intento de secesión; el de prohibición del uso o la amenaza de la fuerza armada; la libre determinación de los pueblos; y el respeto universal de los derechos humanos. Principios que están detenidamente examinados en el epígrafe IV del Capítulo I del libro y que, como se desprende de dicho análisis, se encuentran claramente interrelacionados. Así lo confirman, *otrora*, la práctica internacional estatal e institucional coetáneas. En su defecto, es decir, si en la gestación del Estado no se tienen en cuenta estos principios fundamentales, toda declaración unilateral de independencia es jurídicamente ineficaz e inválida. La entidad secesionista no se convierte en Estado.

Llegados a este punto, ¿qué es la secesión en el Derecho internacional contemporáneo? y ¿cuál es su incidencia en la creación de Estados? Estas cuestiones, lógicamente planteadas y perfectamente resueltas en el Capítulo II del libro, nos conducen a afirmar que la secesión, en sentido estricto, es el modo más traumático de acceso a la estatalidad que exige la concurrencia de tres requisitos: la separación efectiva de una parte del territorio (y su población) de un Estado (matriz); que dicho territorio no esté sometido a dominación colonial o por la fuerza; y que se realice sin el consentimiento del Estado "padre". El análisis de la casuística de los siglos XX y XXI (epígrafe II, Capítulo II), demuestra la insatisfacción general de estas condiciones, distinguiendo, por otra parte, entre secesiones completadas y aceptadas o pactadas por la comunidad internacional y el Estado "matriz", secesiones rechazadas, secesiones ignoradas, secesiones no completadas, y otros intentos totalmente fallidos como los de Cachemira, Gorkhland, Bougainville, Azawad, Bangsamoro, Kurdistán y Cataluña. Por lo que se refiere a las secesiones completadas y aceptadas sólo hay, hasta la fecha, trece casos. Nos referimos a Panamá (1903), Finlandia (1918), Mongolia (1921), Bangladesh (1971), Estonia, Letonia y Lituania (1991), Eslovenia, Croacia y Macedonia (1991), Bosnia–Herzegovina (1992), Eritrea (1993) y Sudán del Sur (2011). En cuanto a las secesiones rechazadas, esto es, aquéllas que generalmente nacen o crecen en el seno de conflictos armados internos en los que la entidad *de facto* controla una parte del territorio del que intenta secesionarse, normalmente con la intervención militar de otro país, los seis supuestos actuales son los de la República Turca del Norte de Chipre (desde 1983), Nagorno–Karabaj, Osetia del Sur, Abjasia y Transnitria (1991) y Somaliland (1991). También hay quince secesiones completadas e ignoradas (Manchukuo (1932–1945), Mengjiang (1936–1945), República Eslovaca (1939–1945), República Francesa de Vichy (1940–1944), República China de Nankín (1940–1945), Estados independientes de Croacia, Montenegro y Serbia (1941–1944), República Social Italiana (1943–1945), Katanga (1960–1963), Biafra (1967–1970), Sultanato de Aceh (1976–2003),

Tamil Ealan (1990–2009), República Serbia de Krajina (1991–1995), República Sprska (1992–1995), Chechenia (1992–2000) y Anjouán (1997–2008); y una secesión no completada, como la de Kosovo, con una administración internacional desde 1999 y un proyecto de secesión desde 2008.

Los planteamientos sobre la secesión de partes de territorios de los Estados normalmente se fundamentan en el derecho de la libre determinación de los pueblos y/o en la violación de los derechos humanos ("secesión–remedio"), pero también (o incluso) en doctrinas alejadas del sistema de las Naciones Unidas (ONU), formuladas por grupos políticos que no ejercen la representación gubernamental de los Estados. Así, la que defiende la secesión basada en la reparación de injusticias históricas, la llamada *Ascriptive Group Theories*, que defiende la identificación entre Estados y naciones, y la "Doctrina de la mayoría", que fundamenta el derecho a la secesión en la voluntad mayoritaria de la población de un territorio. Este es precisamente el marco, y no el de la "secesión–remedio", en el que se sitúa la declaración de independencia de 27 de octubre de 2017 de la mayoría del Parlamento de Cataluña. El epígrafe III del Capítulo II del libro se ocupa de estas cuestiones desde una perspectiva jurídico–práctica, aportando gran claridad al respecto. En efecto, desde la creación de la Sociedad de Naciones en 1919, la práctica de la ONU ha distinguido tres regímenes jurídicos para los tres tipos de pueblos considerados: los pueblos sometidos a dominación colonial, las minorías nacionales o "pueblos integrados en Estados", y las poblaciones indígenas. De los tres, sólo los pueblos sometidos a dominación colonial –y por asimilación los ocupados por la fuerza– tienen reconocido y regulado (desde 1960) el derecho de libre determinación. El régimen jurídico de las minorías nacionales se centra en sus derechos humanos, en esencia en el derecho a la no discriminación y al ejercicio de su diferenciación, pero su derecho a la libre determinación externa carece de una auténtica regulación. En cuanto a las poblaciones indígenas, sus deberes y obligaciones se circunscriben a los derechos humanos, pero no tienen un derecho a la estatalidad sino tan sólo a una autonomía política interna.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, en el Capítulo III del libro, sus autores se plantean, no obstante y con acierto, la posibilidad de una declaración unilateral de independencia, ilícita e inconstitucional, conducente a una secesión *de facto*. Aunque, según el Capítulo I, dicha declaración no tiene efectos jurídicos en el ámbito internacional, la confirmación de su invalidez no descansa en un mecanismo específico de verificación y sanción sino en la figura del no–reconocimiento. Se trata de que los Estados y las Organizaciones internacionales no reconozcan como Estados a cualesquiera entidades secesionistas que se declaren independientes al margen de la legalidad internacional, esto es, sin cumplir los criterios de Montevideo de forma efectiva y sin respetar los principios fundamentales del Derecho internacional. En este contexto, el no–reconocimiento institucional, bien como una obligación *per se* de no reconocer, bien como rechazo de la entidad secesionista a su admisión como miembro de la Organización internacional, es fundamental para generar su aislamiento, para impedir que actúe como Estado. En particular, se trata de obligaciones de abstención o de no hacer como, por ejemplo, no entablar con esa entidad relaciones convencionales ni relaciones diplomáticas, rechazar su admisión y participación en Organizaciones internacionales, no emprender con ella relaciones económicas o comerciales, y rechazar todo efecto jurídico a sus actos constitucionales, legislativos o administrativos. Esta afirmación es particularmente oportuna en el caso de la ONU y de sus Organismos especializados, pues la pertenencia a estas Organizaciones internacionales permite a los Estados disponer de elementos básicos y esenciales como un prefijo telefónico, internet (Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), un código postal, el envío de cartas, paquetes o giros postales (Unión Postal Universal (UPI); la posibilidad de utilizar el espacio aéreo *ad extra* (más allá de sus fronteras) o *ad intra* (hacia su interior) (Organización para la Aviación Civil Internacional (OACI); o el Código ISO necesario, por ejemplo, para el reconocimiento de pasaportes.

El reconocimiento es un acto político, libre y discrecional. No obstante, no todos los reconocimientos tienen el mismo peso, pues es obvio que las grandes potencias –sobre todo los Estados Unidos– juegan un papel fundamental en el éxito o en el fracaso de un acto de secesión. En estos términos, el reconocimiento es un acto que conlleva un evidente riesgo de parcialidad e, incluso, de arbitrariedad. Para mayor abundamiento, la influencia de determinados Estados podría derivar en el reconocimiento generalizado de una secesión cimentada en una declaración unilateral de independencia ilegal. De ahí que, en el epígrafe III del Capítulo III del libro, sus autores se planteen si existe algún deber internacional que obligue a los

Estados a no reconocer como Estado a una entidad secesionista que no haya respetado la legalidad internacional para el acceso a la estatalidad: los criterios (efectivos) de Montevideo y el acatamiento de los principios fundamentales del Derecho internacional (prohibición del uso de la fuerza, libre determinación de los pueblos, violación grave de los derechos humanos, e integridad territorial del Estado "matriz").

Pues bien, tal y como se desprende del riguroso análisis realizado en ese epígrafe III, el deber de no–reconocimiento existe para los Estados y las Organizaciones internacionales a través de tres posibles vías, que no son excluyentes sino que operan como vasos comunicantes. *Primo*, a través de una norma consuetudinaria –iniciada con la crisis de Manchukuo y la doctrina Stimson–, y recogida en los artículos 40 y 41 del *Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001*. *Secundo*, en virtud del principio de no injerencia en los asuntos internos del Estado "matriz", en el que se encuentra implícita dicha obligación de no reconocer. En efecto, si un Estado A reconoce a una entidad secesionista, sin que el Derecho interno del Estado "padre" reconozca el derecho a seceder y sin que el gobierno lo consienta, el Estado A estaría vulnerando el principio de no injerencia en los asuntos internos del Estado "matriz". Y, *tertio*, si esa obligación de no reconocer se recoge en una decisión de un órgano de una Organización internacional (por ejemplo, del Consejo de Seguridad de la ONU), instando a sus Estados miembros al no–reconocimiento como Estado de la entidad aspirante a serlo. Es decir, la obligación de no reconocer también puede tener naturaleza institucional.

El Derecho internacional contemporáneo avala, en definitiva, la existencia de una obligación general de no reconocimiento de una entidad secesionista según los parámetros de la legalidad. Y a esta misma conclusión ha llegado la Institución Científica del Instituto Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional (IHLADI) en su Resolución de diciembre de 2016, adoptada en el marco de su III Comisión celebrada en Lima (Perú), y titulada *"La creación de Estados en el Derecho internacional contemporáneo en casos de secesión: efectividad/legalidad"*. En concreto, el punto 6 de dicha Resolución dispone que: *"Los Estados y las Organizaciones internacionales no deben reconocer las declaraciones unilaterales de independencia contrarias al Derecho internacional"*.

Esa obligación general de no reconocimiento tiene, no obstante, una excepción: el límite de no perjudicar gravemente a los derechos fundamentales de la población que habita en el territorio de la entidad secesionista. Una cuestión clave de la que se ocupa puntualmente el Capítulo IV del libro, incidiendo en la problemática global sobre la sucesión de tratados en materia de derechos humanos en supuestos de secesión.

En las secesiones aceptadas o pactadas por la comunidad internacional (también en las separaciones) no se vulnera la legalidad, es decir, se accede a una estatalidad reconocida internacionalmente. En los casos de Estados creados por separación, la regla establecida en la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados de 1978 se basa en el principio de continuidad, esto es, en la transmisión de los derechos y obligaciones de las normas en vigor para el Estado predecesor, con algunas salvedades (art. 34). Esta "regla de la sucesión automática", defendida por una parte de la doctrina y por algunas instituciones internacionales (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH) no refleja, sin embargo, la práctica internacional en materia de sucesión de tratados sobre derechos humanos, si bien es cierto que se considera que el Estado sucesor queda obligado por las costumbres internacionales generales que contienen normas imperativas y por sus tratados codificadores. La práctica de los Estados secesionados o separados demuestra, más bien, una convicción en el deber de someterse a los tratados de derechos humanos que vinculan al Estado predecesor en beneficio de su población, lo cual sí requiere una prestación del consentimiento estatal expresa y formal. Empero, esta práctica no se extiende a los tratados que regulan la nacionalidad de las personas, las lenguas minoritarias y la supervisión de los derechos reconocidos a las minorías nacionales. Por lo que se refiere a estas últimas, a pesar de la creciente presión institucional para superar cualesquiera situaciones discriminatorias, parece que los Estados recientemente secesionados tienden a discriminar a las nuevas minorías, especialmente cuando son personas afines al Estado "matriz", de muy diversas formas: restringiendo su acceso a la nueva nacionalidad, limitando el uso de la lengua minoritaria, vinculando el conocimiento de la lengua nacional a la obtención de la nacionalidad, etc.

En cuanto a las secesiones no aceptadas o rechazadas por la comunidad internacional, como estas entidades están fuera de las instituciones y no tienen relaciones diplomáticas con la generalidad de los

Estados, la exigencia del cumplimiento de las normas sobre derechos humanos, de responsabilidad por su vulneración y de reparaciones a las personas es ciertamente mucho más compleja. ¿Quién o quiénes tienen la responsabilidad de cumplir efectivamente los derechos humanos y, en su caso, de la reparación de sus violaciones? Las posibilidades son tres: una, exigir la responsabilidad en la materia al Estado matriz, es decir, al Estado titular de la soberanía territorial. Opción que coincide con la sostenida por el TEDH; dos, atribuir dicha responsabilidad al Estado que "detenta efectivamente el control" de la entidad no estatal, mediante el uso de la fuerza; y tres, responsabilizar a la entidad secesionista, aplicándole las reglas sobre atribución de responsabilidad internacional cuando el hecho ilícito lo comete un movimiento insurreccional, pero exigiéndole el cumplimiento inmediato de los derechos humanos y sin esperar, por tanto, a que no se convierta en el Gobierno efectivo del Estado. Como sostiene el TEDH, el objetivo y la justificación de esta "doctrina de los derechos humanos adquiridos" buscan evitar un vacío en la protección de los derechos humanos de la población de la entidad *de facto*, procurando siempre que sus salvaguardias sean prácticas, efectivas y ajenas a las modificaciones y creaciones de los Estados.

La bibliografía referenciada en el libro, y utilizada para conjugar de manera orquestada y enriquecida estos cuatro capítulos, suma un total de casi trescientos títulos correspondientes a un selecto compendio –sustantivo y temporal– de cursos generales de Derecho internacional, monografías, artículos doctrinales, jurisprudencia…. publicados en las más prestigiosas editoriales y revistas especializadas, nacionales y extranjeras (Tirant Lo Blanch, Aranzadi, Revista Española de Derecho Internacional, Anuario Español de Derecho Internacional, Revista de Derecho de la Unión Europea, Cambridge University Press, Yale University Press, American Journal of International Law, Chicago Journal of International Law, Anuario Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional, Annuaire Français de Droit International, etc.). Esta constatación bibliográfica demuestra el profundo interés de los autores en localizar la mejor y más contrastada argumentación y respuesta jurídica internacional a los diversos problemas planteados.

Del texto destacan *inter alia* su aparente sencillez, la seriedad en el trato a todas las corrientes incluidas y la detallada selección de contenidos. La escritura, fluida y cuidada, plagada de detalles y recursos narrativos, desencadenan una lectura tremendamente interesante de un tema real, que también lo es. El estilo es vertiginoso y deliciosamente técnico. Los autores nos atrapan con la idea de investigar las líneas temáticas de forma perfectamente estructurada, meticulosa y clara, en todos y cada uno de los ámbitos posibles (doctrina, práctica estatal, marco jurídico internacional, jurisprudencia)….. para no olvidar nada, para "operar" el objeto de análisis con la precisión más contrastada y exquisita. La obra recoge toda la casuística de los siglos XX y XXI, en un ejercicio de simulada facilidad.

Nos encontramos, pues, ante una obra compleja cuyos argumentos (repetidos y explicados prolijamente en este escrito) explicitan fundamentalmente los numerosos problemas jurídico–internacionales inherentes a la creación de Estados, la secesión y el reconocimiento. *Factibilidad* no ha de confundirse, en definitiva, con *facilidad*. Más allá de su narrativa teórica, imprescindible para entender la realidad práctica, el tratamiento del material empírico del libro es muy profuso y clarifica, muy oportunamente, cualquier manipulación política del Derecho internacional en este campo (ideas, conceptos, comentarios, observaciones…. de y para muchos interesados procedentes de distintos sectores, incluidos los medios de comunicación). Esta obra podría convertirse en un punto de referencia para el ámbito científico, docente, divulgativo, etc. Llegados a este punto, nos atrevemos a recomendar su traducción al inglés, en aras de que su contenido pueda ser asimilado y aplicado por un público universal.

Marta IGLESIAS BERLANGA
Profesora Ayudante Doctora – UCM

MORALES LAMA, M.: ***Diplomacia Contemporánea. Teoría y práctica para el ejercicio profesional*****. 12ª ed. Editorial Búho. Santo Domingo, 2018, 581 pp.**

Transcurridos 23 años desde su publicación inicial en 1996, la presente obra del Embajador Morales Lama, quien presidió el IHLADI entre 2010 y 2012, ha alcanzado la duodécima edición en constante

actualización, siendo el primer tratado latinoamericano sobre la materia en lograr tal éxito, lo que la ha convertido en un clásico de la bibliografía diplomática, que destaca, entre otros motivos, por el rigor técnico de su contenido, su sistemática clara y ordenada, su redacción precisa, atractiva y amena y su enfoque altamente pedagógico, que lo convierte en un útil manual para el estudio de la disciplina y le hizo valedor, al año siguiente de su aparición, del Premio Nacional de Didáctica "Manuel de Jesús Peña y Reynoso", otorgado por la entonces Secretaría de Estado de Educación y Cultura de la República Dominicana. A ello contribuye, sin duda, la inclusión de numerosos e ilustrativos gráficos, dibujos y fotografías, así como la reproducción de una serie de modelos de correspondencia diplomática y de otros documentos oficiales, de gran valor pedagógico.

Todas las cualidades mencionadas se explican, en última instancia, porque la obra se beneficia, no solo de los conocimientos teóricos de los que hace gala su autor, que pone de manifiesto cotidianamente en sus interesantes y habituales colaboraciones en el periódico *Listín Diario* de Santo Domingo, sino también de su amplia experiencia en la aplicación práctica de los mismos durante su extensa carrera profesional como embajador dominicano en Israel, Chipre, Brasil y Venezuela, y antes como diplomático acreditado en México, Costa Rica y el Salvador. Igualmente, en el ámbito académico ha desempeñado una importante labor docente, como profesor en distintas y prestigiosas instituciones dominicanas y extranjeras, y de gestión universitaria relacionada con los estudios internacionales, habiendo sido sucesivamente Coordinador de la Maestría en Estudios Diplomáticos de la Universidad Católica (UCSD), Asesor para Asuntos Internacionales de la Rectoría de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), Director del Programa en Comercio Exterior y Diplomacia de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), y Coordinador de la Maestría en Relaciones Internacionales de la Universidad Acción Pro Educación y Cultura (APEC), todas ellas de Santo Domingo. En la actualidad ocupa el cargo de Rector del Instituto de Educación Superior en Formación Diplomática y Consular (INESDYC), institución del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Dominicana, que tiene reconocido el rango de Universidad.

En esta nueva edición, la obra mantiene en lo fundamental su estructura original, si bien, respondiendo al signo de los tiempos y a la preocupación del Dr. Morales Lama por su constante actualización, en la 11ª edición incorporó como novedad un capítulo décimo, titulado "La nueva realidad diplomática", relativo a la forma como los Estados están enfrentando los nuevos desafíos globales, en el que aborda cuestiones como la diplomacia económica y comercial, que añade a la actividad de las misiones diplomáticas funciones tales como la promoción comercial, el impulso de las exportaciones, el apoyo a la internacionalización de las empresas nacionales, o la canalización de las inversiones hacia el Estado acreditante; las mutaciones en las relaciones diplomáticas, que están dando lugar, sobre todo en el ámbito doctrinal, a la aparición de nuevos conceptos desigualmente aceptados a día de hoy, como la paradiplomacia, llevada a cabo por los órganos políticos e entidades territoriales infraestatales, o la postdiplomacia, otro neologismo acuñado para denominar la acción internacional de las organizaciones no gubernamentales; el uso de los medios electrónicos en la comunicación diplomática, lo que ha dado lugar a la denominada diplomacia digital o *e–diplomacy*; el lenguaje profesional de la diplomacia, rico en afirmaciones implícitas, frases convencionales, metáforas y cautelosas gradaciones semánticas para matizar el alcance exacto del sentido de la expresión utilizada; la dimensión estratégica del poder inteligente (*smart power*), consistente en la combinación armoniosa de elementos del poder duro (*hard power*) con otros propios del poder suave o blando (*soft power*), con la intención de que el Estado que recurre a los mismos sea tan temido como querido; y la multilateralidad diplomática, referida a la que se desarrolla en el ámbito de las Organizaciones internacionales, complementaria de la diplomacia de conferencia y cada vez más determinante, cuantitativa y cualitativamente, en las relaciones internacionales.

Este Capítulo vino a reemplazar al que en ediciones anteriores describía el estatus del diplomático dominicano, en particular, añadiéndose a los otros nueve, de los que los dos primeros, dedicados respectivamente al estudio de los conceptos básicos sobre la diplomacia y de sus orígenes y evolución, tienen carácter introductorio, centrándose en la definición y distinción de conceptos tales como la Diplomacia y sus diversas modalidades de ejecución, las Relaciones Diplomáticas, las Relaciones Internacionales, las Relaciones Exteriores, el Derecho Internacional, el Derecho Diplomático y Consular, la Política Internacional y la Política Exterior, entre otros; y, por lo que a la Diplomacia se refiere, analizando las distintas

fases históricas de su consolidación y desarrollo, desde sus inicios, cuando tenía carácter informal, objetivos precisos y alcance regional, como consecuencia de la precariedad de las comunicaciones y las limitaciones de los medios de transportes, hasta la época actual, en la que la Diplomacia contemporánea se encuentra condicionada por la diversificación de la agenda internacional, de modo que algunos de los viejos temas propios de la confrontación geopolítica entre los bloques antagónicos de la postguerra mundial han sido desplazados por nuevas preocupaciones relacionadas con la integración, la globalización de la economía, la cooperación internacional, la protección del medio ambiente y la lucha contra el terrorismo y el narcotráfico; mientras que se han reavivado o recrudecido problemas ancestrales como la pobreza de la población, los conflictos étnicos o las violaciones de los derechos humanos.

Los tres Capítulos siguientes se refieren a los órganos del Estado encargados de las relaciones internacionales, dedicándose el tercero a los ejecutores centrales de la política exterior del Estado, es decir, al Jefe de Estado (las reglas y principios relativas al mismo se aplican también con carácter general a los Jefes de Gobierno, a quienes no se les dedica un epígrafe específico, pues en el sistema constitucional dominicano, como en el de la mayor parte de los Estados americanos, no existe distinción entre ambos cargos, cuyas funciones y responsabilidades las ejerce el Presidente de la República), el Ministro de Relaciones Exteriores y la Cancillería. Mientras que el cuarto trata sobre el servicio exterior del Estado, conformado por los ejecutores externos de dicha política: las delegaciones permanentes acreditadas ante un organismo internacional, las misiones especiales, las misiones diplomáticas permanentes y las oficinas consulares.

Por su parte, en el Capítulo VI se aborda el análisis con detalle de la función diplomática, desde su inicio con el envío del agente diplomático, la solicitud de beneplácito y la acreditación del embajador mediante la presentación de las cartas credenciales y la carta de retirada de su antecesor, hasta su finalización, pasando por los deberes que asumen los agentes diplomáticos con su propio Estado, con el Estado receptor, con sus colegas Jefes de Misión extranjeros y con los demás miembros de su Misión, y por las atribuciones con las que cuenta y los privilegios e inmunidades que le corresponden para el ejercicio efectivo de sus funciones, de las que se destaca en el Capítulo VII la concertación de tratados, por constituir la manifestación más objetiva y jurídicamente relevante de la relación entre los Estados de la comunidad internacional, acerca de los que se exponen los aspectos más relevantes de su celebración, entrada en vigor y eficacia.

Por último, los Capítulos VIII y IX se refieren, respectivamente, a la estilística y al ceremonial, protocolo y etiqueta diplomáticos. En el primero de ellos se analizan en particular las normas, formas y términos que se usan en la correspondencia diplomática; así como el contenido y las características de los distintos tipos de correspondencia diplomática oficial que mantienen las misiones diplomáticas entre sí o con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor (la nota firmada, la nota verbal, el memorándum, el *pro–memoria*, el comunicado y el *non–paper*); así como la intercambiada entre la Cancillería y sus misiones en el exterior o entre Jefes de Estado. Mientras que el al Capítulo IX se explican los aspectos más relevantes del protocolo y la etiqueta diplomáticos, tratando cuestiones como la determinación de la precedencia u orden de antelación de las distintas dignidades o cargos que coinciden en un mismo lugar y, en particular, el Decanato del cuerpo diplomático acreditado en un Estado; los tratamientos apropiados para cada autoridad civil o religiosa; el uso de los emblemas nacionales, es decir, la bandera y el escudo, en los locales de la Misión y en la residencia del Jefe de ésta; el ceremonial preceptivo en las audiencias que conceda el Jefe del Estado receptor y de las visitas de un Jefe de Estado o de un Ministro de Relaciones Exteriores a otro Estado; los tipos y el uso de las tarjetas de visita; las reglas que rigen las invitaciones a actos sociales y la celebración de las conmemoraciones nacionales; la regulación por la legislación dominicana de los banquetes y las comidas en el ámbito diplomático y oficial; el recibimiento a los buques de guerra extranjeros que visiten un Estado extranjero; la asistencia a las ceremonias religiosas cuando las mismas formen parte de los actos oficiales del Estado, o a los entierros, duelos y pésames cuando fallezca el Jefe de la Misión, el Jefe del Estado acreditante o el Jefe o un alto cargo del Estado receptor; y el uso de las condecoraciones.

Complementan estos Capítulos un glosario de las locuciones y términos latinos y franceses más frecuentes en las comunicaciones diplomáticas y una serie de interesantes apéndices que ilustran

determinadas cuestiones tratadas en algunos de ellos, incluyendo uno relativo a la indumentaria adecuada para la asistencia a los actos públicos, los elementos básicos a tener en cuenta a la hora de organizar un acto social; al desarrollo de las comidas de etiqueta, las comidas de trabajo, las recepciones, los cócteles y otros actos; y a las reglas sobre presentación y saludos. Otro que reproduce modelos de la correspondencia diplomática más habitual y de otros documentos oficiales. Y otros que tratan acerca de la ubicación de las banderas según el tipo de acto y sobre la aplicación práctica de la precedencia a la hora de situarse cuando se viaja en automóvil o carruaje, al recibir en el aeropuerto a un Jefe de Estado o al sentarse a una mesa. En estos apéndices se incorpora también el trabajo sobre "La protección diplomática: Su validez y alcance en el escenario internacional contemporáneo" con el que el autor contribuyó a los *Estudios de Derecho Internacional*, publicados en 2012 en homenaje al Dr. Hugo Llanos Mansilla, miembro del IHLADI y Presidente entre 1994 y 1996. Cierran la obra dos anexos en los que se transcriben instrumentos convencionales y legislación dominicana sobre la materia, la bibliografía y un índice analítico.

Rubén CARNERERO CASTILLA
Profesor contratado doctor – UCM

NOTICIARIO DEL IHLADI

XXX CONGRESO DEL INSTITUTO HISPANO–LUSO–AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL (SEVILLA – ESPAÑA–, DEL 18 AL 22 DE JUNIO DE 2018)

Presidente De Honor
S. M. **Felipe VI**
Rey De España

Vicepresidenta De Honor
Excma. Sra. **Doña Susana Díaz Pacheco**
Presidenta de la Junta de Andalucía

Miembros De Honor:

Excmo. Sr. **Don Miguel Ángel Castro Arroyo**
Rector Magnífico de la Universidad De Sevilla
Excmo. Sr. **Don Alfonso María Dastis Quecedo**
Ministro de Asuntos Exteriores de España
Excmo. Sr. **Don Fernando García Casas**
Secretario de Estado de Cooperación Internacional y para Iberoamérica y el Caribe
Excmo. Sr. **Don José Ignacio Landaluce Calleja**
Presidente de la Comisión de Asuntos Exteriores del Senado de España
Excmo. Sr. **Don Guido Raimondi**,
Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Excmo. Sr. **Don Philippe Couvreur**
Secretario (Greffier) de La Corte Internacional de Justicia
Excmo. Sr. **Don Paulo Speller**
Secretario General de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, La Ciencia y la Cultura
Excmo. Sr. **Don Francisco Eguiguren Praeli**
Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Iltmo. Sr. **Don Alfonso Castro Sáenz**
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla
Excmo. Sr. **Don José Antonio Escudero López**
Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España
Excmo. Sr. **Don Yves Daudet**
Presidente del Curatorium de la Academia de Derecho Internacional de La Haya
Excmo. Sr. **Don Roberto De Filgueiredo Caldas**
Antiguo Presidente y Actual Juez de la Corte Americana de Derechos Humanos

A los que me han ayudado en el Comité Científico, Embajador Dr. José Antonio Yturriaga Barberán y Catedráticos Profes. Dres. Valentín Bou Franch, Carlos Jiménez Piernas y María del Carmen Márquez Carrasco.

A todos los que, con más o menos resistencia, los he podido convencer para alguna tarea científica dentro del Congreso. Al periodista Dr. Chema Suárez Serrano, por aceptar ser el Maestro de Ceremonias.

Pero, sobre todo, permítanme que mencione de forma expresa, por ser de justicia, a aquellos que han invertido tiempo y dinero para estar, desde hace dos años, al pie del cañón, a mis infatigables queridas compañeras de esfuerzos (el signo femenino de los tiempos), Profª Dra. Ana Cristina Gallego Hernández, la Profª Adriana Fillol Mazo y la Doctoranda Doña Noelia Arjona Hernández. Ha sido un tiempo increíble, maravilloso, lleno de intensidades y vacío de desaliento. Sólo por lo poco que hemos llorado y por lo mucho que nos hemos reído todo este tiempo ya mereció la pena transitar por los caminos ignotos de la política, del protocolo, del ruido y rodar por los sueños de sus mentes jóvenes y esperanzadas, incluso ilusionadas. Gracias, desde lo más profundo. Sois todo un ejemplo de dignidad y de esfuerzo titánico.

Por último, a todos los que estáis aquí, porque compartís con nosotros la utilidad de estas sesiones. A los que habéis venido desde tan lejos y a los que os habéis acercado desde provincias limítrofes, esperamos no defraudaros. Compartamos estos espacios y estos tiempos, juntos, aquí en la centenaria Facultad de Derecho de la milenaria ciudad de Sevilla.

Nuestro Instituto nació con la misión del estudio y la difusión de las concepciones y principios de Derecho Internacional y con la vocación de contribuir a su desarrollo progresivo, a su codificación y a la convivencia pacífica e imperio de la justicia.

Somos depositarios de aquellos antiguos maestros que soñaron con un espacio iberoamericano que abrazara tres continentes, que entrelazara el Norte y el Sur, el Este y el Oeste, que habitara en los espacios de la reflexión y de la aplicación, que bebiera de aquellos pensadores salmantinos y europeos de los siglos XVI y XVII,

para poder reflejar una imagen justa del "universo mundo", que permitiera siempre dimensiones a la medida del hombre y que nos animaran a que fuéramos capaces de estimular las conciencias de los políticos, de los hombres de estado, de los militares, de los hombres y mujeres responsables de luchar por un orden internacional justo, donde el sujeto y el objeto sea siempre el ser humano, en su dimensión individual y colectiva, en su dimensión social y cultural.

Tenemos mucha tarea, así que empecemos.

Muchas gracias

DISCURSOS PRONUNCIADOS EN LA SESIÓN INAUGURAL

Discurso pronunciado por el Secretario General del IHLADI, profesor doctor Sixto A. Sánchez Lorenzo

Ilustrísimas autoridades, señoras y señores

Tomo la palabra en la solemne inauguración del XXX Congreso del IHLADI por primera vez en mi condición de Secretario General de esta Institución, responsabilidad que me fue conferida en el Congreso celebrado en Lima en 2016, y en la que sustituyo al Secretario emérito, Dr. Prometeo Cerezo de Diego, que afortunadamente nos acompaña en esta ocasión.

Ha transcurrido poco más de un año y medio, en que hemos tratado de ir atendiendo a las demandas que se nos hicieron en Lima. En este tiempo hemos vivido buenos y malos momentos, y entre estos últimos la desaparición de compañeros y amigos tan admirados como Enrique Lagos, Luis Savid Bas o Juan Carlos Beltramino, a quienes quiero rendir un entrañable tributo. Hemos dedicado nuestros esfuerzos a actualizar la presencia del IHLADI en los medios y redes, publicar su Anuario con los contenidos y resoluciones del debate científico habido en Lima, fomentar la conclusión de acuerdos institucionales para reforzar la acción formativa y de transferencia de conocimiento del Instituto y colaborar en la organización del Congreso que hoy inauguramos.

Sevilla quintaesencia el vínculo iberoamericano. Esta ciudad multicultural, que representa la diversidad de influencias de la cultura ibérica, a la vez cristiana, judía y musulmana, guarda la memoria de las Indias. Desde su río que es ya mar, partieron y arribaron las naves del Nuevo Mundo, y partieron y arribaron gentes de ambos continentes en un trasiego constante de enriquecimiento mutuo. Las aguas del Guadalquivir, hoy como ayer, son el cauce de culturas ancestrales que nos hablan

durante milenios, desde Tartessos, Grecia, Fenicia, Cartago, Roma, Bizancio, Califatos y Medinas, Sinagogas y Madrazas, Catedrales y Escuelas. Un crisol antiguo y venerable que se abrió a un Nuevo Mundo para enriquecer aún más una memoria que excede con mucho la de otros imperios y lenguas. Las lenguas de Cervantes y Camoens, siempre hermanas aunque no siempre hermanadas, sellan hoy nuestros vínculos culturales en un espacio mucho más amplio, que ya no es de pasado, sino de futuro, gracias al aporte de otros ríos caudalosos, cual Amazonas y Orinoco.

Pese a la diversidad de culturas y a las distancias geográficas, existe una voz iberoamericana, un talante que ha heredado inexorablemente una vocación ecuménica y universalista, una inclinación innata a la integración y el mestizaje, al enriquecimiento a través de la comunicación. Es posible que esa voz haya enmudecido en ciertos momentos, o que su tono quedo, y por momentos agónico, no haya permitido que se alzara en el concierto de las naciones. Pero el futuro anuncia, como dijimos en Lima, una voz específicamente iberoamericana, la proyección de una luz teñida de los colores de una cultura propia, que se mide en valores y en una interpretación del mundo y de la sociedad que tiene su peculiaridad. Es una voz que no alza muros, sino que tiende a derribarlos; que busca títulos de legitimidad, y no de fuerza; que ubica al individuo en el centro de atención del ordenamiento jurídico. Así lo hicieron los padres del Derecho internacional, un saber que legaron desde el pensamiento aristotélico y tomista los pensadores del siglo XVI, que se expresaban en la misma lengua que Cervantes, y cuya lectura tan recomendable sería hoy para ciertos adalides de la unilateralidad, sino de la brutalidad, como presunto medio de solución de conflictos.Fue Sevilla la que alumbró a Bartolomé de las Casas, le proporcionó los latines y las humanidades, y el pasaje a La Española con Nicolás de Ovando. En América sería el primero en ser ordenado sacerdote y allí se erigiría en protector de las Indias contra los abusos coloniales.

Es esa voz, ese talante, el que debe traslucirse en los debates y en las resoluciones que adoptaremos durante este Congreso, y en el que abordaremos temas muy vinculados y especialmente sensibles en la realidad actual del Derecho internacional: Derechos humanos y terrorismo; Derechos económicos, sociales y culturales en situaciones de emergencias; Derechos humanos y alteraciones climáticas; grupos vulnerables en situaciones de riesgos y amenazas. Todas las Comisiones y las temáticas se enlazan en un punto común, que sitúa la protección del individuo frente a la violencia contingente, ya venga del propio ser humano, de la naturaleza o de la combinación perniciosa de ambas influencias. Y en el centro, el ser humano más vulnerable en un marco de profundad desigualdad que el Derecho internacional debe corregir, y que nosotros debemos ayudar a corregir poniendo de nuestra parte conocimiento, crítica, técnica y muchas dosis de determinación y compromiso. Rendiremos con ello tributo a la memoria de aquel sevillano ilustre.

Quiero agradecer su contribución a esta tarea de los patrocinadores y padrinos del Congreso, a los miembros de la Comisión Organizadora que han llevado a cabo una labor ímproba, y a todos los presentes, miembros, asociados y observadores. Deseo y confío en que su contribución a los debates y a la adopción de nuestras resoluciones sea fructífera y satisfactoria.

Cándido, el personaje de Voltaire, cruzó tierras y mares para buscar Eldorado, como lo hicieron algunos conquistadores que salieron de estas tierras y acaso el propio Bartolomé de las Casas. Fue testigo de desastres que marcarían la mentalidad colectiva de Europa, como el terremoto de Lisboa, y el viaje no lo llevó a Eldorado, como pretendía, sino a la sabiduría, a una sencilla convicción de que en el mejor de los mundos posibles la tarea esencial del ser humano es cultivar humildemente su jardín. Ese será nuestro propósito en los próximos cinco días.

Muchas gracias

Discurso pronunciado por el Presidente saliente del Instituto, D. Luis García–Corrochano

Señor Rector de la Universidad de Sevilla

Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla

Señor Secretario General del IHLADI

Señor Secretario General Emérito del IHLADI

Señor Presidente de la Comisión Organizadora del XXIX Congreso del IHLADI

Señores ex presidentes del IHLADI

Señores miembros, asociados, observadores e invitados,

Ha pasado ya año y medio desde que cumplimos un anhelo, realizar nuevamente en la ciudad de Lima un Congreso del IHLADI, luego de los recordados congresos en que las décadas del 70 y 80 del pasado siglo organizara don Andrés Aramburú Menchaca, y que fueron de larga y grata recordación.

El Congreso de Lima, organizado con entusiasmo por el Capítulo peruano, nos deparó un estupendo resultado científico, con las ponencias de connotados colegas, como fue el caso de la Dra. Ana Gemma López Martín, la Dra. Beatriz Ramacciotti, el Dr. Hugo Llanos Mansilla y el Dr. Darío Moura, ponencias cuyo alto nivel jurídico dieron lustre a nuestra actividad académica.

Hubo también momentos para compartir entre los colegas del IHLADI, donde nuestra habitual camaradería se sintió reforzada en las actividades culturales y sociales que complementaron a nuestros quehaceres científicos.

Hubo también, al finalizar el Congreso de Lima, un hecho de enorme trascendencia para nuestro Instituto. Al cabo de tres décadas de indesmayable servicio al IHLADI, garantizando la continuidad bienal de nuestros congresos, nuestro histórico Secretario General, el Dr. Prometeo Cerezo, dejaba el testigo de tan alta responsabilidad, que por aclamación de los miembros presentes, fue confiado a nuestro querido colega el Dr. Sixto Sánchez Lorenzo. Este relevo generacional sin duda ha de marcar una nueva época en nuestro Instituto.

El Congreso de Lima finalizo acogiendo con agrado y entusiasmo la propuesta de nuestro colega, el Dr. Pablo Antonio Fernández Sánchez, catedrático de la Universidad de Sevilla, para celebrar nuestro siguiente congreso en la capital hispalense. De esta manera, tuvimos un final muy feliz, pues terminaba un congreso y teníamos ya asegurada la realización del siguiente.

Hoy, henos aquí, en la querida Sevilla, tan próxima a América desde el encuentro inicial de ambos mundos, desde donde arte y artesanía, pensamiento y tradiciones, inundaron nuestro continente y sus huellas son signo de esa proximidad que perdura a lo largo de los siglos. Y aquí, en la cuna de un maestro insigne del derecho internacional, a quien habremos de homenajear, me refiero por supuesto a nuestro entrañable maestro Juan Antonio Carrillo Salcedo, vamos a celebrar nuestro XXIX Congreso.

Y lo hacemos en momentos que suponen un reto para nuestra disciplina, pues el derecho internacional viene siendo constantemente puesto a prueba por los embates de la política internacional, juego de intereses que en demasiadas ocasiones ignora los aportes que a la convivencia civilizada, al entendimiento entre las diferentes culturas y a la posibilidad de un desarrollo justo y armonioso para la humanidad, ha venido haciendo el derecho internacional desde hace cinco siglos, y que desde los padres fundadores, hasta el egregio maestro al que habremos de rendir sentido homenaje, ha sido el hilo conductor del derecho internacional.

Son tiempos de incertidumbre y desafío para la Comunidad Internacional, cuando se pone en entredicho la importancia de los compromisos destinados a la protección del ambiente; cuando se alzan muros y barreras para contener la movilidad humana que generan conflictos, catástrofes, pero también la legitima aspiración a una vida mejor; cuando se desanda el camino de la integración que tantos beneficios produce; cuando se relativiza una conquista fundamental como el Estado democrático de derecho; cuando intervenir en ciertas situaciones, además de una obligación jurídica deviene en un imperativo moral para proteger el valor supremo de la dignidad

humana. Frente a todo ello, el derecho internacional se erige como un faro capaz de iluminar los caminos a un mundo más solidario, inclusivo e integrador.

Que el presente Congreso, las ponencias e intervenciones, sean evidencia del compromiso del IHLADI con los más altos valores del derecho internacional que cultivamos con esmero, defendemos con denuedo y nos esforzamos por transmitir a través de la enseñanza, la investigación y el trabajo académico.

Muchas gracias.

Discurso de inauguración del XXX Congreso del IHLADI pronunciado por el Dr. Pablo Antonio Fernández Sánchez

Sr. Rector Magnífico de la Universidad de Sevilla, Iltmo. Sr. Decano de esta Facultad de Derecho, Sr. Secretario General del Instituto Hispano–Luso–Americano y Filipino de Derecho Internacional, Miembros y Asociados del IHLADI, Autoridades, colegas, amigos, señoras y señores.

Uma saudação especial que gostaria de enviar aos nossos colegas do Brasil e de Portugal, de Portugal e do Brasil, abraçados pelo mesmo oceano e umbilicalmente ligados à Espanha, como parte integrante da Península Ibérica.

Muchísimas gracias a todos, por estar con nosotros, por apoyar el 500 aniversario de nuestra Facultad de Derecho, fundada en 1518 y por apoyar el XXX Congreso y la XXX Asamblea General del Instituto Hispano–Luso–Americano y Filipino de Derecho Internacional, fundado en 1951, como foro académico internacional.

Antes de continuar quisiera expresar el sentir de S.M. El Rey por no poder estar presidiendo este acto inaugural. Como ya sabemos todos por la prensa, S.M. se encuentra en Estados Unidos, donde tiene previsto reunirse con el Presidente Trump, mañana, martes día 19 de junio, en la Casa Blanca.

Me pide que le excusemos, que Su deseo hasta el último minuto era estar con nosotros pero que, finalmente, un acto de Estado se lo ha impedido. Me ruega que les transmita a todos sus cordiales saludos y los mejores éxitos para estos días de encuentro.

Excmo y Mgfco. Sr. Rector de la Universidad de Sevilla, muchas gracias por estar con nosotros. Se lo digo de corazón, con gratitud.

Yo nunca había tenido el placer de saludarle, aunque parezca extraño que un *Par* nunca se haya encontrado con su *Primus inter Pares.* Tampoco le había visto nunca por nuestra Facultad, por tanto, es un privilegio contar con su presencia. Conocernos, es una forma de reconocernos porque, Sr. Rector, esta Facultad de Derecho,

para nuestra Universidad, es la Comunidad de Madrid, no Cataluña. Por tanto, nos duele cuando la Universidad se duele y la Universidad debería dolerse cuando nos dolemos.

Como decía Gregory Peck en "Matar a un Ruiseñor", "nunca se llegará a comprender a una persona hasta que no se comprenda su punto de vista".

Seguro que hay muchas divergencias, muchas incomprensiones, muchas malas interpretaciones, pero nos unen muchas más cosas que nos separan. Se da la coincidencia de que ambas instituciones están representadas por dos "Castros", apellido que procede de una estirpe que cuenta entre sus miembros al Cid Campeador, quien preside nuestra antigua y hermosa portada en la vieja Fábrica Real de Tabacos. Ya sólo por eso, merecería la pena explorar un cosmos común.

Con humildad, con respeto, con sentido institucional, le pido que venga más veces a vernos, que hable con nosotros. Seguro que sabremos entendernos. Somos mujeres y hombres de leyes, es decir, de orden, de aceptación de jerarquías, de sentido institucional, de búsqueda de justicia.

El Iltmo. Sr. Decano no ha podido estar con nosotros, pero quiero dirigirme a él. Querido amigo, gracias por haber hecho de esta Facultad, más allá de la propia Ley de Universidades, un lugar físico donde se desarrolla una docencia y una investigación de mucha calidad, con mucha más geografía que competencias pero que por ello se trasciende y se exporta.

No hay un solo área de conocimiento jurídica que no tenga varios sabios en su seno. Sí, he dicho bien, sabios. Es más, también digo que la Facultad, nunca en su historia ha tenido tantos y tan buenos sabios juntos como ahora. El Sr. Decano ha sabido impulsar, acoger, crear el alma colectiva de esta institución. Yo se lo agradezco y agradezco todo su apoyo a nuestras actividades. Por eso estoy seguro que su grandeza moral le permitirá tener la altura política que deben revestir las instituciones.

Autoridades, colegas, Miembros y Asociados del IHLADI, Observadores, Invitados Especiales, Acompañantes, compañeros, amigos, señoras y señores, el Instituto Hispano–Luso–Americano y Filipino de Derecho Internacional en su última Asamblea General, celebrada en Lima, Perú, en 2016, decidió acoger mi propuesta de celebrar este XXX Congreso y XXX Asamblea General en esta Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Y aquí estamos, en su inauguración.

Cada dos años, nos reunimos más de un centenar de colegas de toda Iberoamérica para debatir en torno a un tema y en el marco de cuatro ponencias, que deben tener como resultado la aprobación de cuatro Resoluciones, ampliamente difundidas y referenciadas por la comunidad científica internacional.

Este año, siguiendo la tradición, vamos a tratar sobre algunos de los problemas de uno de los proyectos que, como Presidente de la Comisión Organizadora, yo mismo propuse por ser una línea de investigación que dirijo en el marco de la investigación del Departamento al que yo pertenezco: "La protección de los derechos humanos en situaciones de riesgos y amenazas".

Podían haber sido muchas las ponencias que hubiéramos requerido pero, finalmente, hemos seleccionado sólo cuatro: una sobre Terrorismo y Derechos Humanos, a cargo de un colega mexicano, otra sobre Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Situaciones de Emergencias, a cargo de un colega chileno, otra sobre Direitos Humanos e Alterações Climáticas, a cargo de una colega portuguesa y, finalmente, otra sobre Grupos Vulnerables en Situaciones de Riesgos y Amenazas, a cargo de un colega español.

Todas estas ponencias tendrán distintas aportaciones complementarias para que la Asamblea General pueda aprobar las pertinentes Resoluciones que luego serán distribuidas, en español, portugués, inglés y francés, por todo el mundo.

Por cuestiones estatutarias, desde hoy, tomo prestado el collar de Presidente (bueno, nosotros le llamamos el *collarón*) hasta dentro de dos años. Cuando entré en el IHLADI, a propuesta de mi maestro, el Prof. Carrillo Salcedo, mi proponente me pidió que ayudara a revitalizar todo lo posible al Instituto. Esperaba de mi que fuera activo e incluso provocador. Espero estar consiguiéndolo, en la modesta capacidad de una persona y de una vida. Nuestro perseverante antiguo Secretario General, Prof. Dr. Prometeo Cerezo de Diego y el actual Secretario General, Prof. Dr. Sixto Sánchez Lorenzo me lo han puesto muy fácil.

El persistente rechazo al uso de las nuevas tecnologías, me lo ha complicado un poco, debo reconocerlo, pero, seguiré presionando para que nos modernicemos, porque modernizarse es rejuvenecerse, energizarse, es decir, pensar en el futuro, reflexionar sobre los problemas de la sociedad que nos contemporiza, pensar en las generaciones venideras, que, hoy más que nunca, reivindico como sujetos plenos de derecho.

Hoy, en esta hora en que comienzo la misma responsabilidad que tuvo mi maestro, el Prof. Carrillo Salcedo, quiero rendirle tributo de agradecimiento, de admiración y de amistad, más allá del tiempo.

Nos movemos hoy, en espacios muy parecidos a los que tuvieron nuestros predecesores en el Siglo XVI, cuando se creaba esta venerable Facultad de Derecho en la que nos residenciamos y cuyos 500 años celebramos: Vitoria, Suárez, Vives, Erasmo...

Ellos asistían en esos momentos al nacimiento de nuevos paradigmas para un orden de lo que entonces se llamaba el universo mundo, cuyos espacios geográficos se ampliaban casi cada día, donde las nuevas estructuras políticas suplantaban de

forma natural los viejos regímenes medievales, feudales y supersticiosos, con poderes sin reglas. Y fueron capaces de encontrar fundamentos para el *totus orbis*, para la *communitas orbis* e, incluso para el *corpus mysticum.*

Nosotros, ahora, nos encontramos con que a aquel régimen que empezó a construirse en aquel Siglo de Oro, y que se perfeccionó tras la Segunda Guerra Mundial, se le queda estrecho el traje. Necesitamos nuevos paradigmas para encajar bien los nuevos actores, las nuevas acciones, las nuevas responsabilidades, las nuevas funciones. Cuando los robots se hacen autónomos, cuando los drones nos visitan por encima de nuestras cabezas y haciendas, cuando las empresas han privatizado la justicia llamándola arbitrajes, cuando somos observados en nuestra intimidad por desaprensivas herramientas cibernéticas, cuando nuestras instituciones no sirven frente al poder económico de los grandes *holdings* financieros, etc. etc., es que tenemos que pensar mucho más, mucho mejor y en otras direcciones.

Esto es lo que debemos pretender hacer desde nuestro Instituto, por eso, queridos colegas, no es suficiente una reunión cada dos años o un Anuario contradictoriamente bianual. No es suficiente con tratar temas de actualidad si ello no va acompañado de nuevas visiones, de nuevas aproximaciones, de nuevos paradigmas, pero, sobre todo, de nuestros debates, de nuestras discusiones, de nuestro aprendizaje mutuo.

Pero, de momento, estamos aquí y ahora para hablar de lo mismo que hablaban hombres que se desarrollaron en esta ciudad que nos acoge, como Bartolomé de las Casas, Fray Isidoro de Sevilla, Miguel de Mañara y tantos otros. De derechos humanos en estado de necesidad, en circunstancias de vulnerabilidad, en situaciones de riesgos y amenazas. Nuestra sociedad nos lo reclama.

Por ello, quisiera dar las gracias a quienes han hecho posible que hoy estemos inaugurando este XXX Congreso y XXX Asamblea General del IHLADI. Quiero empezar por la Universidad de Sevilla, personalizándolo en la Vicerrectora de Relaciones Institucionales, Prof. Dra. Elena Caro, quien, siendo consciente, por ser conocedora de la importancia de este evento, nos apoyó desde el primer momento. Mi gratitud expresa a ella y por ello.

A la cinco veces centenaria Facultad de Derecho, personalizándola en su Decano, Prof. Dr. Alfonso Castro, quien desde antes de que esto se iniciara ya me pedía algún evento para conmemorar nuestra efeméride. Siempre sentí su aliento, su apoyo, su determinación, incluso cuando flaqueaban las aportaciones económicas, las últimas siempre en llegar.

Al Director de Caixaforum, Don Moisés Roiz, que desde el primer momento también nos permitió contar con el apoyo de su Institución. Igualmente, al Grupo Joly, en la persona de su propio Presidente, Don José Joly, al Ayuntamiento de

Sevilla, al Instituto Universitario de Estudios de América Latina de la Universidad de Sevilla, que quiso sumarse también a este evento.

Permítanme que destaque a quienes han colaborado con este Congreso integrándose en el Comité de Honor, prestando su nombre y su cargo para mostrar su apoyo, algunos de los cuales nos acompañan esta mañana aquí:

LAUDATIO AL PROFESOR ALFREDO MARTÍNEZ MORENO

Loa al profesor Alfredo Martínez Moreno pronunciada por el Secretario General del IHLADI, profesor doctor Sixto A. Sánchez Lorenzo

Alfredo Martínez Moreno es uno de los grandes juristas iberoamericanos. El calificativo de jurista, no obstante, se le queda corto. Hombre multifacético y renacentista, se nos muestra en perfiles diversos, como académico, diplomático y hombre de letras.

En lo académico o universitario, el Dr. Martínez Moreno desempeñó una labor docente intensa en las cátedras de Derecho Internacional y Derecho de la Integración.

Como jurista y diplomático alcanzó las más altas magistraturas, llegando a presidir la de la Corte Suprema de Justicia y ostentar la cartera de Ministro de Relaciones Exteriores de El Salvador. A su país representó en los más importantes foros y organizaciones internacionales, y dejó en particular un sello indeleble como miembro de la Comisión de Derecho Internacional de N.U. y como presidente de la II Comisión de la Conferencia sobre los Fondos Marinos, en que se ganó el apelativo de "el héroe de Ginebra" por su habilidad para concitar el consenso en un ámbito tan comprometido como el régimen de los estrechos internacionales.

No debo olvidar su vocación y acción como lingüista. No en vano, el Dr. Martínez Moreno dirigió la Academia Salvadoreña de la Lengua durante casi cuarenta años. No solo fijó, limpió y dio esplendor a la lengua de Cervantes como vigilante de la lengua, entonces y ahora. Su oratoria, de dulce cadencia, siempre ha sido un ejemplo impecable del buen decir, y es su escritura literaria la forma inmaculada se ve acompañada del talento poético. Imprescindibles, a mi modo de ver, son sus "Jácaras tristes". Tras ellas asoma el ser humano que en ninguna de sus facetas ha podido esconder. Porque si el Dr. Martínez Moreno destacó en todos los ámbitos de su actividad, ninguno de ellos sobrepuja su autoridad moral.

Muchas lecciones de criterio y buen hacer nos dejó en nuestra reuniones y Congresos, y sería crimen contrario a las reglas más elementales del *ius cogens* no haberlas aprovechado. Cuando un veinteañero Martínez Moreno mantuvo la ilegitimidad de la invasión china de El Tibet, el New York Times reconoció que este joven salvadoreño había salvado el decoro de las N.U., por entonces una institución incipiente. Desde luego, aquel joven no perdió ni el decoro, ni la integridad, durante el resto de su vida y hasta hoy. Solo una vez en mi vida vi temblar y casi balbucir a D. Alfredo, le vi perder la perfecta compostura del hombre que sabe lo que ignora, el estoicismo de quien ha vivido mucho en primera persona: Fue en el año 2006, en Granada, cuando pusimos en sus manos los manuscritos originales de Francisco Suárez y Francisco de Vitoria. Se le humedecieron los ojos al gozar del privilegio de tocar los escritos que certificaban el acta de nacimiento del Derecho internacional, su gran vocación. Yo guardo esa imagen entrañable que define mejor que todas mis palabras al personaje, a la gran persona a la que homenajeamos hoy, más allá del gran jurista, diplomático, académico y escritor.

Muchas gracias

Carta enviada por el Dr. Alfredo Martínez Moreno, Miembro de Honor del IHLADI

San Salvador, 12 de diciembre de 2016

Honorables

Profesor y Doctor Prometeo Cerezo de Diego

Profesor Luis García Corrochano

Apreciados miembros, asociados y observadores del XXIX Congreso del IHLADI.

He lamentado profundamente no haber podido asistir al Congreso de Lima, por problemas médicos.

Ya se había comprado el pasaje, hechas las reservaciones de hotel, obtenido el seguro médico, habilitado las tarjetas de crédito para su uso en el Perú y estaba listo para el viaje, cuando una reunión de médicos amigos, tomando en cuenta mi edad, 93 años cumplidos, como la hinchazón de las piernas, el antecedente de un coágulo en la rodilla derecha, y el hecho de tener, entre otros problemas de salud, cuatro arterias calcificadas, inoperables por la edad, acordaron prohibirme hacer el viaje, por riesgo de una trombosis.

Mis sentimientos de pesar fueron mayores, pues yo deseaba despedirme personalmente del Instituto y de sus apreciados integrantes.

Con letra temblorosa, expreso sinceramente lo siguiente:

Desde que ingresé al venerable organismo, en el IV Congreso en Bogotá (1962), con el patrocinio delos ilustres y recordados maestros don José de Yangüas Messía, Luis García Arias y Eduardo Jiménez de Aréchaga, he asistido a todos los Congresos, excepto uno, en Mérida, Venezuela, por tener que asistir en la misma fecha, en ausencia del Presidente de la República, para decir, como Canciller, el discurso de estilo en el debate general de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Luego de incorporarme en Bogotá, se me nombró ponente, por primera vez, en la reunión de Santiago de Compostela, en la que presenté el estudio "Aspectos jurídicos de las integraciones económicas", citando a los iusinternacionalistas que existían en esa época en el mundo sobre la materia, pero poniendo el aporte personal de la experiencia como negociador e impulsor del Programa de Integración Económica Centroamericana, que en algunos aspectos se anticipó a los sistemas de integración europeos.

En ese Congreso, el eminente catedrático de Filosofía del Derecho, a la sazón ministro de Educación y asociado del Instituto, don Luis Legaz y Lacambra, condecoró a los ponentes con la Orden de Isabel la Católica.

Mi veneración por el Instituto se fundamenta en numerosas causas, pero especialmente por dos razones principales: el valioso aporte científico que ha hecho al desarrollo progresivo del derecho de gentes, bajo la inspiración de los grandes teólogos – juristas del siglo XVI, con Vitoria y Suárez a la cabeza, especialmente en el campo novísimo de materias de actualidad.

Pero, además, luego de una larga vida de asistir a innumerables reuniones de carácter jurídico, académico, humanístico y cultural, he llegado a apreciar que nuestro Instituto, a diferencia de otros organismos respetables, se caracteriza fundamentalmente por un espíritu de confraternidad auténtica entre sus integrantes. Las rivalidades, los egoísmos y las envidias no existen en el IHLADI, reina la majestad de la verdadera hermandad. He recorrido el mundo y hasta en algunos lugares lejanos, en África o Asia he encontrado colegas de nuestro Instituto que me han recibido como hermano con toda fidelidad.

Que el rigor científico de sus resoluciones y ese laudable sentido de confraternidad gremial y humana sigan rigiendo e iluminando en el futuro la actuación del por mil títulos venerable Instituto, y que Dios y el espíritu de Vitoria continúen orientando a todos los que honran con su pertenencia o participación al benemérito Instituto.

Un sincero abrazo de despedida y de afecto, con la autenticidad de la más pura estimación. Fraternalmente,

Alfredo Martínez.

DISCURSOS PRONUNCIADOS EN EL ACTO HOMENAJE AL PROFESOR JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO

Juan Antonio Carrillo Salcedo y el Instituto Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional: Discurso pronunciado por el antiguo Secretario General del IHLADI, profesor doctor Prometeo Cerezo de Diego

Es para mí un honor y una satisfacción personal intervenir en este homenaje que el Instituto Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional hace al profesor Don Juan Antonio Carrillo Salcedo, que fue uno de los miembros más distinguido del mismo hasta su muerte.

El profesor Carrillo Salcedo nace en Morón de la Frontera, provincia de Sevilla, el 8 de octubre de 1934 y fallece en Sevilla el 19 de enero de 2013.

Estudió Derecho en la Universidad de Sevilla (1951–1956). Tuvo como maestros a don Manuel Giménez Fernández y a don Mariano Aguilar Navarro, a quienes profesó siempre una gran admiración y estima. A ellos habría que añadir, como él mismo manifestó en más de una ocasión, a don Antonio Truyol y Serra, pues aunque no llegó a ser alumno suyo directo en España, sí lo fue en el curso que el profesor Truyol dio, en el verano de 1959, en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, al que asistió con una beca concedida por el Curatorium de la Academia.

El profesor Carrillo Salcedo destacó desde el primer momento en las clases de la Academia de La Haya y en el Centro de Investigación por la amplitud de sus conocimientos, la brillantez de sus exposiciones, el rigor de sus respuestas, la agudeza de sus preguntas y su visión ya madura para su juventud del orden jurídico internacional. En el examen para la obtención del Diploma de la Academia recibió la calificación de "cum laude", siendo el primer español en obtenerla.

Durante su estancia en La Haya convivió con otro español, Marcelino Oreja Aguirre, con quien le uniría una amistad entrañable, fraterna, que se mantendría hasta su muerte, y si bien, después, no hubo plena coincidencia en sus actividades profesionales, dedicándose el uno a la docencia universitaria y el otro a la carrera diplomática, no obstante, la afinidad de ambas carreras en determinadas cuestiones les permitiría colaborar estrechamente en numerosos trabajos de contenido jurídico y político.

En 1963, el profesor Carrillo obtiene por oposición la cátedra de Derecho internacional público y privado de la Universidad de Granada. El prestigio que adquiere entre sus colegas le permite ingresar en el Instituto Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional como Asociado en el V Congreso celebrado en Santiago de Compostela en 1966.

En 1974 se traslada a la Universidad Autónoma de Madrid, en donde ejerce hasta 1980, fecha en que se traslada a la Universidad de Sevilla. Su ilusión de siempre había sido llegar a ser catedrático de la Universidad de Sevilla.

En 1975, el tránsito de la Jefatura del Estado del general Franco a la Monarquía de Juan Carlos I y la apertura de España al exterior, iba a exigir al nuevo gobierno una gran actividad política, jurídica y diplomática.

En 1976, don Marcelino Oreja Aguirre es nombrado Ministro de Asuntos Exteriores y entonces es más que nunca cuando necesitará contar con la eficaz colaboración de su herma–amigo, el profesor Carrillo Salcedo, que compatibilizará su actividad de la cátedra con el asesoramiento jurídico y la presencia en foros internacionales en representación del Ministro Oreja Aguirre.

Decisiones tan importantes como la firma de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, el ingreso de España en el Consejo de Europa, el Convenio Europeos de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, la firma de los Acuerdos de España con la Santa Sede, la ratificación de numerosos tratados internacionales, etc. necesitaban permanentemente un asesoramiento internacionalista.

Pero dentro de las múltiples ocupaciones europeas y en las Naciones Unidas, en la mente del profesor Carrillo se encuentra también Hispanoamérica y en especial el IHLADI.

En 1977, el IHLADI organiza un Congreso en Madrid contando con el importante apoyo económico del Ministerio de Asuntos Exteriores, dirigido por el embajador Marcelino Oreja.

En este Congreso la sección española se vio reforzada con la incorporación de un nutrido grupo de profesores. En él se contó con la presencia y la valiosa participación del profesor Carrillo Salcedo, que fue ascendido a Miembros del Instituto.

El profesor Carrillo, en el que una de sus preocupaciones fue el estudio del pensamiento de Fray Francisco de Vitoria y de los clásicos españoles de los siglos XVI y XVII, que tan magistralmente fueron estudiados por los profesores Barcia Trelles, Truyol y Serra, Miaja de la Muela y otros, dedicaría unas excelentes páginas en su obra *El Derecho internacional en perspectiva histórica*[1], al descubrimiento de América y a la cuestión de los títulos jurídicos que podían legitimar la presencia del

[1] Carrillo Salcedo, J.A., *El Derecho internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid 1991, p. 17 ss.

Reino de Castilla y su dominio sobre los nuevos territorios descubiertos y sus habitantes.

Sobre este tema, el profesor Carrillo aborda no solo el problema ético de la conquista, sino el hecho de que la misma contribuyera decisivamente a la creación del moderno Derecho internacional al rechazar los tratadistas de la Escuela española del Derecho de Gentes los títulos tradicionales para la adquisición del dominio sobre un territorio y en particular la pretendida autoridad universal del Pontífice, que muchos esgrimían para justificar el dominio de la Corona de Castilla sobre las tierras descubiertas en el continente americano.

Después del Congreso de Madrid–Salamanca, el siguiente, el XII, se celebró en 1980 en Mérida (Venezuela). En él el profesor Carrillo presentó la siguiente ponencia: "Hechos o actos ilícitos internacionales contra la comunidad internacional. Una posible aportación iberoamericana al desarrollo progresivo del Derecho a la responsabilidad internacional de los Estados por hechos o actos ilícitos de los Estados"[2].

En el XVII Congreso, celebrado en Cáceres (España) en 1992, con motivo del V Centenario del descubrimiento de América, el profesor Carrillo asumió la Presidencia de la Comisión organizadora y gracias a su esfuerzo, prestigio y relación con la Casa Real, se consiguió la aceptación de la Presidencia de Honor del Congreso por S.M. el Rey de España, don Juan Carlos I, y la inauguración del mismo con la Presidencia de S.A.R., el Príncipe de Asturias, don Felipe de Borbón y Grecia, que realizaba su primera visita oficial a Extremadura.

Cuatro años después, en el XIX Congreso celebrado en Lisboa en 1996, el profesor Carrillo presentó también la siguiente ponencia: "La noción de Estados amantes de la paz, cincuenta años después de la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas"[3].

Años después, en el XXIV Congreso, celebrado en Granada en 2006, el profesor Carrillo sería elegido Miembro de Honor del Instituto por sus méritos personales y profesionales, y por los destacados servicios prestados al mismo. Se pensó en organizar un homenaje para entregarle el correspondiente Diploma de Honor en una fecha posterior, pero tal fecha se fue dilatando hasta el día de hoy.

El profesor Carrillo Salcedo fue un católico convencido y comprometido, de profundas convicciones religiosas. Su amigo Marcelino Oreja ha dicho de él en un *in memoriam*: "Era un profundo cristiano, a veces crítico pero siempre fiel, que recorrió España por los años 60 difundiendo la *Pacem in terris*, apoyando el compromiso

[2] Carnerero Castilla, R., *Resoluciones del Instituto Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional (Congresos I–XX)*, Publicaciones de la Secretaría General, Madrid, 2000, pp. 114–115.

[3] *Ibíd.*, pp. 146–147.

de la Iglesia con los más necesitados, defendiendo el compromiso social y aplicándolo en todos los momentos y circunstancias".

Carrillo Salcedo destacó igualmente por su elegancia intelectual y por la coherencia con sus principios. Brillante y a la vez sencillo fue grande en su ciencia, su talante, su humanidad y su compromiso con la democracia. La Universidad fue su pasión, lo demás le llegó por la providencia y por sus méritos.

Fue un hombre bueno, intachable en su integridad moral, en su espíritu de justicia, defensa de la verdad, comprometido con los demás, solidario con todos. Nos dejó un ejemplo de vida limpia, tranparente y laboriosa.

Al final, aquejado por una penosa enfermedad supo mantener una ejemplar entereza y resignación cristiana, siempre acompañado por el cariño y las atenciones de su esposa Matilde, que hoy la tenemos aquí presente, y las de sus hijos y nietos. Que el Señor le haya premiado en la otra vida los muchos méritos que adquirió en ésta.

A él le dedico con mi recuerdo y amistad entrañable estos versos latinos que le hice como epitafio:

Parvus in corpore magnus in scientia et in doctrina iuris Gentium magister eximius

Discurso pronunciado por **Antônio Augusto Cançado Trindade,** *Juez de la Corte Internacional de Justicia (La Haya); Ex–Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasília*

Señor Decano de la Universidad de Sevilla,

Señores Presidente y Secretario General del IHLADI,

Estimada Señora Matilde Donaire de Castillo,

Señoras y Señores Profesores y Miembros y Asociados del IHLADI,

Quisiera, de inicio, extender al Instituto Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional (IHLADI) mis cumplimientos y reconocimiento por la sabia decisión de reservar estos momentos *in memoriam* y honor del maestro Juan Antonio Carrillo Salcedo. Aquí en la Universidad de Sevilla me encontré personalmente con él en sucesivas ocasiones, y por última vez poco antes de su fallecimiento, ocurrido aquí en Sevilla, en la mañana del sábado día 19 de enero de 2013. No podría dejar de estar presente el día de hoy, 22 de junio de 2018, en esta ocasión, por iniciativa del IHLADI, para dejar aquí consignados los recuerdos de mi convivencia con un gran

jusinternacionalista y querido amigo personal.

El Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, ex–Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH) de 1986 a 1990, estuvo particularmente atento a la labor también de otros tribunales internacionales, o aún mismo en contacto con ellos, como señalaré en seguida. Como académico, Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Sevilla, se dedicó al estudio de cuestiones de la mayor relevancia para el ordenamiento jurídico internacional de nuestros tiempos, como se puede constatar en sus escritos.

Compartimos, a lo largo de las tres últimas décadas, en nuestros respectivos continentes, la misma visión humanista del derecho de gentes, fiel a la línea más lúcida del jusnaturalismo, y firmemente críticos del juspositivismo. Nuestras afinidades, también en la visión del Derecho, nos aproximaron al máximo, sin embargo de la distancia geográfica. Así siendo, el día de hoy, en esta Conferencia de 2018 del IHLADI, no podría dejar de venir a Sevilla y volver a rendirle un tributo, tal como lo hice en mi país de origen pocos días después de su fallecimiento hace media década[4].

Para los que tuvimos la satisfacción de conocerlo y con él convivir, tratase de una pérdida irreparable. En las tres últimas décadas, me brindó su constante y fiel amistad, y juntos compartimos los mismos ideales, en época más reciente en el seno del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (en representación de nuestros continentes respectivos) así como en el *Institut de Droit International*.

En el *Curatorium* fuimos los dos defensores de la preservación del legado de la Academia de La Haya, su *Recueil des Cours*, a continuar siendo publicado *en papier*, como hasta hoy, afortunadamente, – sin perjuicio de su versión electrónica, que nunca nos convenció. Tanto en el *Curatorium* de la Academia – que ya no es más lo mismo sin él, – como en el *Institut de Droit International*, en ocasiones distintas sostuvimos juntos la continuación del cultivo de la visión humanista del derecho de gentes.

Su sólida obra se caracteriza, en efecto, por la defensa de los derechos humanos y de la democracia. Juan Antonio Carrillo Salcedo vino a dictar el Curso General de Derecho Internacional Público en la Academia de La Haya en 1996, publicado en el tomo 257 del *Recueil des Cours* de la Academia; en la ocasión, procedió a una revaluación crítica de la conceptualización de la soberanía estatal, a la luz de la evolución del derecho internacional contemporáneo.

[4] A.A. Cançado Trindade, "Tributo a Carrillo Salcedo", *Correio Braziliense* – Suplemento `*Direito e Justiça´*, Brasília, 04.02. 2013, p. 1, reproducido *in*: A.A. Cançado Trindade, A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, 2ª. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2017, pp. 431–434.

También publicado en forma de libro en Madrid (*Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2ª. ed., 2001), en él Juan Antonio se concentró en el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho de gentes, abordando, *inter alia*, la conceptualización de las violaciones graves de derechos humanos como crímenes internacionales, a la par de la responsabilidad penal internacional de los individuos responsables.

En la misma época, también publicó en Madrid, poco después del cincuentenario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el libro *Dignidad frente a la Barbarie* (1999). En seguida, poco después de la adopción del Estatuto de Roma de 1998 disponiendo sobre la creación de la Corte Penal Internacional, editó, también en Madrid, el libro *Criminalización de la Barbarie* (2000). Juan Antonio fue siempre crítico en relación con el pragmatismo de los círculos jurídicos de la actualidad, y advertía que "el mal es una realidad y existe, aunque muchos vivan y operen como si él no existiera".

En otro libro, – precedido de dos otros más[5], –*El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica* (1991), el Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo se concentró en los procesos que han condicionado la formación, el desarrollo y la consolidación del derecho internacional contemporáneo. Dedicó especial atención a la significación histórica de la célebre resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 2625 (XXV), del 24.10.1970, conteniendo la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones Amistosas entre los Estados en Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Ya entonces, el Profesor Carrillo Salcedo sostenía el entendimiento de que una resolución como ésta de la Asamblea General expresaba la *opinio juris* de los Estados en cuanto a los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas. En sus escritos, defendió el multilateralismo para posibilitar a la Organización de las Naciones Unidas resolver adecuadamente los problemas que se le presentaban. En toda su trayectoria académica y profesional, Juan Antonio defendió el primado, en el orden de los valores, de las obligaciones atinentes a los derechos de la persona humana.

Doctor *honoris causa* por varias Universidades, fue un verdadero educador, estimado por sus colegas y sus ex–alumnos, además de un caballero, de fino trato personal. La Universidad de Sevilla fue para él lo que la Universidad de Brasília (UnB) fue para mí, a lo largo de la vida académico–profesional. El Profesor J.A. Carrillo Salcedo siempre se mostraba atento a los desarrollos históricos en América Latina, – como pude constatar em nuestros frecuentes encuentros y conversaciones

[5] J.A. Carrillo Salcedo, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 17–331; J.A. Carrillo Salcedo, *El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 13–232.

telefónicas, – incluso por haber, él mismo, dado su contribución al proceso histórico de redemocratización de su propio país. En el año de 2009, recibió la condecoración máxima de su región en España, la Andalucía, que lo distinguió con el título de "Hijo Predilecto".

Jamás me olvidaré de las manifestaciones de solidaridad con que me distinguió. En la época en que actué como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), y en que la presidí (1999–2004), se trasladó él personalmente en una ocasión a la sede de la CtIADH en San José de Costa Rica, para prestarme personalmente su apoyo en las luchas que yo entonces enfrentaba para salvaguardar la integridad de aquella jurisdicción internacional.

A mediados de los años noventa, Carrillo Salcedo y yo participamos juntos de una sesión externa de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, realizada en la ciudad–sede de la CtIADH, San José de Costa Rica. En la ocasión, él examinó el sistema europeo de derechos humanos (habiendo ya concluído su mandato en la CorteEDH, mientras yo empezaba el mío en la CtIADH). En sus conferencias allá impartidas, señaló la necesidad de reformas (antes de la adopción y vigencia del Protocolo n. 11) en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), v.g., dotando la misma de una dimensión *preventiva*. Además, señaló la esperanza de que la ampliación de los Estados Partes en la CEDH siguiera acompañada del cultivo de "los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos" y propios del Estado de Derecho en sociedades democráticas.

En la misma época reciproqué, al visitarlo en seguida aquí en Sevilla, con ocasión de la conmemoración del cincuentenario de la creación de la CtEDH (2000), momento en que esta jurisdicción internacional también enfrentaba serias dificultades. A mediados de la década pasada, fuimos elegidos, juntos, para pasar a integrar el Consejo Editorial Consultivo de la *Revue générale de droit international public*. Al final de cada reunión del Consejo, el mes de mayo en París, salíamos felices juntos para tomar un café en la rue Soufflot, cerca del Panthéon, dónde dialogábamos sobre cuestiones filosóficas. Ya entonces, volvía yo a visitar Juan Antonio aquí en la Universidad de Sevilla, incluso cuando ya padecía de la enfermedad que vino a privar sus amigos de su tan valiosa compañía.

Con la partida del Profesor J.A. Carrillo Salcedo hace media década, los verdaderos cultores del derecho internacional contemporáneo pasaron a estar privados de uno de sus exponentes más lúcidos y eruditos. El derecho de gentes pasó a privarse de uno de los defensores restantes de su vertiente humanista: somos hoy una especie en extinción. Carrillo Salcedo buscaba transmitir a sus alumnos una visión del derecho de gentes que transcendiera la normativa del derecho positivo, incapaz de visualizar la universalidad de la disciplina. Al fin y al cabo, es bien más fácil ser jus-positivista, eludir a sí mismo en cuanto a la "perennidad" del momento presente, en

un espacio circunscrito, y alcanzar cargos políticos mediante la sumisión al orden establecido. También por eso, los juspositivistas abundan, pues no necesitan estudiar ni pensar. Escriben antes de leer, y opinan antes de comprender.

Juan Antonio Carrillo Salcedo compartía mi enorme preocupación con los riesgos de la sociedad masificada de nuestros días. Y persistíamos ambos en situar los principios de derecho por encima de los intereses y de las conveniencias. Y como si todos los años de nuestra fructífera convivencia académica no hubieron sido suficientes, el maestro sevillano me reservó un último testimonio de afinidad intelectual. Una semana antes de su fallecimiento, fue lanzado, en la reunión del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional, en La Haya, el tomo de estudios en homenaje al entonces Presidente del *Curatorium*, Boutros Boutros–Ghali, ex–Secretario General de la ONU (en los años noventa), con ocasión de su nonagésimo aniversario.

Estuve presente en la ceremonia, y sentí mucho la ausencia de Carrillo Salcedo, mi *confrère* en el *Curatorium* (él, en representación de Europa occidental, e yo, en representación de América Latina). Al abrir el referido tomo, pude leer, no sin emoción, su último trabajo: ya gravemente enfermo con 78 años de edad, Juan Antonio Carrillo Salcedo reunió fuerzas para terminar de escribir un artículo (mucho lo estimulé a que lo hiciera), sobre la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, del 03.02.2012, en el caso sobre las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania *versus* Italia, con intervención de Grecia).

El caso, como se sabe, atañe a la tensión entre la invocación de las inmunidades estatales (por la parte demandante) y la reivindicación de reparación por daños de guerra (perpetrados en 1943–1945 por la Alemania nazi) por las víctimas de trabajo forzado y esclavo ante las cortes supremas en Italia y Grecia. En su artículo, Carrillo Salcedo criticó la decisión de la mayoría de la Corte de La Haya, que se inclinó por la primacía de la inmunidad estatal, aún en tales circunstancias. Y se alineó con mi fuerte y solitaria disidencia, en defensa del primado del derecho de acceso a la justicia *lato sensu*, a incluir las reparaciones por crímenes internacionales, por verdaderos crímenes de Estado.

Me sentí menos sólo, al leerlo y verlo respaldar mi contundente disidencia. Pero no podría imaginar que, una semana después, él partiría en definitivo. Partió, es cierto, pero permanecemos juntos en nuestra visión compartida del mundo y del Derecho, una visión esencialmente humanista, transcendiendo las limitaciones del tiempo y del espacio. Y él permanecerá vivo en mi corazón y en mi memoria, y en la de todos los que con él convivieron.

Sevilla, 22.06.2018

Juan Antonio Carrillo Salcedo, científico: Discurso pronunciado por el Presidente del IHLADI, profesor doctor Pablo Antonio Fernández Sánchez

Voy a tratar de codificar la figura científica de Carrillo–Salcedo, transmitir los valores que ha defendido a lo largo de su carrera académica, señalar sus contribuciones a la ciencia a la que se ha dedicado y explorar el marco de sus preocupaciones intelectuales.

Como ya se ha dicho, Carrillo Salcedo nació en un pequeño pueblo en las profundidades de la Andalucía campesina, en octubre de 1934, durante los días de la huelga general revolucionaria cuando el Estado catalán fue proclamado parte de la República Federal de España.

Poco después comenzó la Guerra Civil española, trayendo consigo momentos de privación que sin duda debieron dejar huella en el alma sensible del niño criado en Morón de la Frontera, un pueblo rural y atrasado donde había escasez de todo, incluidos los programas educativos.

Con más fuerza de carácter y determinación que de recursos, logró completar sus estudios secundarios y luego obtener un título de Licenciado en Derecho en la Universidad de Sevilla, obteniendo su doctorado en 1958, cuando Europa ya comenzaba a integrarse y la gris y monótona España de la dictadura intentaba reflotar su economía deprimida.

Se encontró y también buscó profesores de prestigio de España como Manuel Giménez–Fernández, Mariano Aguilar–Navarro y Antonio de Luna y del extranjero, especialmente del mundo francófono (incluido, por supuesto, René–Jean Dupuy) y de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, donde fue el primer español en obtener el diploma "cum laude" en 1959. También miró más allá de eso a personas como Wolfgang Friedmann.

Siempre me he preguntado por qué se refugió en la enseñanza del profesor Giménez–Fernández, quien, después de todo, era canonista y, a diferencia del profesor Aguilar–Navarro, su profesor de derecho internacional, era un hombre al que hoy podríamos clasificar como derechista. También siempre me pregunté por qué estaba interesado en el trabajo de Friedmann. Creo que he llegado a comprender algunos de estos enigmas en la educación de Carrillo–Salcedo.

En primer lugar, Giménez–Fernández debe haberlo sorprendido con sus creencias cristianas firmes y rectas porque, a pesar de disfrutar de los frutos del éxito político (se convirtió en ministro en la República española), supo cómo prescindir de ellos para mantenerse fiel a sus ideas sociales cristianas. Aquí están los que creo que son las dos claves del compromiso de Carrillo–Salcedo con Giménez–

Fernández: su coherencia intelectual con la praxis y la dimensión social de su cristianismo, incluso cuando todavía quedaba un largo camino por recorrer antes de que el Papa Juan XXIII convocara el Concilio Vaticano II.

Carrillo reconoce que Giménez–Fernández les "habló de Jacques Maritain y Emmanuel Mounier, de la concepción personalista de la vida política (...), de la libertad y del pluralismo político en el pensamiento de la Iglesia Católica, de Bartolomé de las Casas y su defensa de los indios americanos y sus derechos, de la concepción institucionalista del derecho basado en la ley natural, muy lejos del positivismo voluntarista".

Con los años, Carrillo seguiría los pasos de Giménez Fernández cuando salió de Madrid para regresar a Sevilla, desilusionado con la vida en la capital de España.

En cuanto a Friedmann, recuerdo que cuando comencé a estudiar derecho internacional, Carrillo Salcedo me pidió que leyera los cursos recopilados de la Academia de La Haya y luego eligiera uno para comentar. No soy consciente de por qué elegí a Friedmann. Pero puedo decir que ahora entiendo mejor por qué él estaba interesado en Friedmann. Sabía de la amistad entre René–Jean Dupuy y Friedmann, y, sobre todo, de los vínculos intelectuales que alimentaban esa amistad.

René Jean Dupuy habló de "Derecho internacional de la 'sociedad relacional' y el Derecho internacional de la 'sociedad institucional'", mientras que Friedmann habló del "Derecho internacional de la convivencia y (d)el Derecho internacional de la cooperación".

Esto fue algo que debió fascinar al profesor Carrillo–Salcedo porque, en el fondo, fue la formulación de su idea de derecho internacional social defendida en sus análisis. Más tarde descubrí la relación personal entre René–Jean Dupuy y Carrillo–Salcedo. Se llevaban bien y se respetaban, por lo que a Carrillo–Salcedo debió haberle sido fácil penetrar en el pensamiento de Friedmann. Aparentemente, el inicio de la búsqueda del conocimiento internacionalista por parte del profesor Carrillo–Salcedo se centró más en la ley aplicada que en la teórica y, sobre todo, en la ética. Su tesis doctoral fue sobre revisión judicial en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Nada podría ser más sorprendente de alguien que terminaría penetrando en los sinuosos caminos de la filosofía aplicada, si tal cosa existe y no es una invención utilizada para definir la carrera científica de Carrillo. Él era un hombre de su tiempo. Creo que siempre lo ha sido, a pesar de su resistencia a Internet.

Las preocupaciones en ese momento y éstas tenían algo que ver con su maestro, Aguilar–Navarro, trataban de usar a Europa como un medio para terminar con el régimen poco inspirador impuesto por el levantamiento armado y mantenido por el poder de la geoestrategia.

Tal vez, influenciado por la forma de pensar de su maestro Aguilar Navarro, Carrillo se dejó engañar por sus circunstancias personales y la circunstancias sociales

de la época; su matrimonio con la hija de un maestro republicano que había sufrido represalias y su abierta admiración por el nuevo Papa Juan XXIII, responsable del Concilio Vaticano II, donde la Iglesia Católica se abrió al mundo moderno, a pesar del uso de la silla gestatoria, no como un signo de los tiempos, sino como un símbolo de permanencia, de la deuda a la historia, también creo que Carrillo aprendió sobre esto en su universidad e incluso en su vida cotidiana, tal vez sin siquiera darse cuenta.

Hay una evidencia muy clara de esto en su obra "Del Derecho Internacional Liberal al Derecho Internacional Social", donde recoge los orígenes de lo que más tarde se llamaría la humanización del derecho internacional, términos que han sido tan a menudo mal utilizados, muchos de ellos sin ningún conocimiento de su verdadera dimensión.

No creo que Carrillo haya limitado su pensamiento intelectual a poner la dignidad humana en el centro de toda actividad de derecho internacional como ya lo habían hecho otros antes que él. De hecho, nunca ha omitido reconocer cuánto ha extraído de la Escuela Española del Siglo XVI sobre los derechos humanos e incluso de otros contemporáneos como el Prof. Truyol y Serra. ¡Por supuesto, la dignidad humana justifica toda acción en el derecho internacional! Sin embargo, el derecho internacional debe regular la dimensión social del ser humano.

Por lo tanto, su línea de argumento de mayor preocupación fue, de hecho, no sólo el ser humano, sino más bien la dimensión social de los seres humanos. Por eso estaba interesado en el todo, no solo en el individuo; de ahí su constante preocupación por los derechos de los pueblos, con sus derechos sociales y culturales y sobre todo con sus derechos civiles y políticos.

Carrillo habló de una civilización universal y sus protagonistas, seres humanos y pueblos. Habló de un orden social internacional. También habló de la humanización y socialización del Derecho Internacional. Su maestro Aguilar–Navarro le había enseñado a ir con la corriente sociológica del derecho internacional.

Esta metodología científica también contribuyó en gran medida a centrar sus esfuerzos intelectuales en la dimensión social. Pero Aguilar–Navarro se mantuvo en el campo de los principios, centrándose siempre en el análisis del aspecto político. Carrillo–Salcedo quería ir más allá de eso.

Esto, en mi opinión, es de lo que se trata en el discipulazgo, de avanzar, de "innovar", como dice la gente hoy en día, de ir un paso más allá, no de reinventar.

No estaba satisfecho con una exploración más profunda en la misma dirección que su maestro, por lo que siguió muy de cerca a otros autores europeos con inquietudes sociales, presentándolos a la enseñanza del español. Y, por supuesto, también reflejó las enseñanzas de una Iglesia que se estaba abriendo al mundo social.

Él mismo dijo en 2004, en una Conferencia en el Centro Cultural de Sevilla, que "el Papa Juan XXIII significó, sobre todo, la desmitificación del papel del Papa y por eso su propia figura no debe ser mitificada".

Desafortunadamente el Vaticano actual no lo ha escuchado y en pocos años hemos visto cómo el llamado Papa Bueno, que quería un entierro humilde en la Cripta del Vaticano con solo una losa que llevara su nombre papal, ha sido elevado a la Basílica de San Pedro y su embalsamado cuerpo impúdicamente expuesto para que los turistas lo veneren como un mito.

Carrillo no era un hombre de mitos y es por eso que no mitificó la soberanía del Estado. Tampoco era realista, en el peor sentido de la palabra, y era por eso que luchaba contra esa soberanía, esa realidad, hablando de un imaginario patrimonio común de la humanidad como si fuera algo que ya se había logrado y era tangible. Una vez más, aquí está su dimensión social.

Carrillo era un hombre de esperanza y por eso creía que las condiciones humanas se pueden mejorar. Y es por eso que dedica todo su tiempo intelectual a recrear ese mundo mejor. Las mejoras deben ser llevadas a cabo por la sociedad, incluido el Derecho.

Muchos consideran que la "Soberanía del Estado y el Derecho Internacional" es el trabajo sobresaliente de Carrillo. En este trabajo, la inquietud científica que ha permanecido con él brilla desde entonces: la tensión entre la soberanía estatal y el orden jurídico internacional. Más tarde, él continuaría especificando el marco de ese orden legal, que es simplemente uno que permite a los seres humanos experimentar su dignidad como tal, en comunidad, que está en el centro de su concepción del orden jurídico internacional.

Por lo tanto, la dignidad del ser humano, como individuo, pero también como parte de lo colectivo, es el tema central de su pensamiento internacionalista. Es por eso que siempre se ha preocupado por los aspectos colectivos a lo largo de su carrera académica, como el derecho al desarrollo y la interdependencia de los pueblos.

Fue uno de los primeros en estar particularmente preocupado con el sistema de control y los procedimientos para garantizar que los derechos sean efectivos. En este sentido, podríamos decir que él era un científico aplicado.

A pesar de lo que algunas personas piensan, debido a su cercanía con Francisco de Vitoria y su profundo conocimiento de la doctrina clásica del derecho internacional, Carrillo–Salcedo no fue un científico teórico que medita en el mundo de las ideas, fue un científico idealista que trata de mejorar las condiciones sociales en las que los humanos viven y se mueven, es decir, utiliza las ideas cuando están disponibles o son instrumentos para mejorar la dignidad de cada ser humano.

Muchas de las obras escritas por Carrillo expresan su concepción del derecho internacional. Sin embargo, en mi opinión, donde mejor refleja una concepción global de la disciplina con los derechos humanos como tema central, es su curso general sobre "Derecho internacional y soberano de los Estados (*Droit International et Souveraineté des Etats*)", que enseñó en la *Académie de Droit International* en 1996, en La Haya, un curso al que tuve – tuvimos – el privilegio de asistir.

Considera que "el Estado, como Institución es siempre la base de la sociedad internacional: la institucionalización gradual de la comunidad internacional no ha desplazado a los Estados soberanos y su estructura sigue indiscutiblemente descentralizada".

Sin embargo, como él mismo dice, no se puede tener "una concepción hiperbólica de la soberanía, que parece mítica y casi mística". Vemos, pues, cómo una vez más ataca los mitos y el misticismo como elementos ajenos a la filosofía aplicada que recorre toda su obra. La soberanía como "la expresión y la garantía legal de la independencia de los Estados, con dos aspectos complementarios; un aspecto positivo, el derecho a ejercer todas las competencias y poderes estatales y un aspecto negativo, una negativa a tolerar cualquier subordinación legal a una voluntad fuera del Estado.

Sin embargo, Carrillo considera la soberanía del Estado como una soberanía funcional, es decir, habilita al Estado para ejercer sus funciones como tal porque se da cuenta que en el orden jurídico internacional, en el mundo moderno, las características de interdependencia y la mera existencia de espacios comunes no sujetos a la competencia de los Estados, significan que hoy en día la soberanía es funcional.

A veces he pensado que estaba exagerando sobre una comunidad internacional hipotética o fantástica. Sin embargo, creo que es consistente con su pensamiento porque siempre ha enfatizado los intereses generales de la sociedad internacional y no los meros intereses comunes de sus miembros, por legítimos que sean.

Por lo tanto, al hablar de los derechos humanos, del medio ambiente o de la regulación del uso de la fuerza, ha enfatizado esta dimensión comunitaria que siempre le ha preocupado.

Conocí a Carrillo–Salcedo hace más de treinta y cinco años en la Universidad de Sevilla. Acababa de llegar de la Universidad Autónoma de Madrid. En la vida universitaria es inusual moverse de la capital a una provincia, pero, como ya he dicho, simplemente seguía los mismos pasos de su muy admirado profesor Giménez–Fernández.

Inmediatamente aceptó el puesto de Decano en la Facultad de Derecho y allí es donde lo recuerdo por primera vez. Era mucho más joven que yo ahora mismo. Yo era sólo un estudiante, pero ansioso por el conocimiento, por lo que estaba listo para seguir a los que me enseñaran.

En aquellos días, bajo su guía, sucedieron cosas sorprendentes para un estudiante de veintitantos años durante la transición a la democracia. Por primera vez, en una clase universitaria sobre derecho internacional, nos habló sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Carrillo–Salcedo vino con el aura de conservador (recordemos la silla gestatoria del Papa Juan XXIII como un símbolo extremo de la historia). Su silla gestatoria le hacía dirigirse a todos nosotros con la forma formal de "usted" en español, crear relaciones formalmente impecables y establecer saludos ceremoniosos.

Sin embargo, como Decano, inauguró nuevas aulas donde, por respeto a la constitución, ordenó a los funcionarios que colgaran retratos de los Reyes en lugar de los crucifijos tradicionales que todavía decoraban todas las aulas y oficinas de la Universidad. Y él era un declarado cristiano.

Yo hice mi tesis doctoral bajo su dirección. Quería ser internacionalista con él y como él, porque me ofrecía un concepto, una teoría, una praxis y un método científico. Y con su ayuda, me convertí en profesor universitario.

He experimentado algunas de las cosas que conformaron su vida académica (y también personal), lo he visto exultante el día que nos dijeron (y digo "nos" porque yo estaba, junto a él, más expectante que él) que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa le había elegido juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Y también lo he visto devastado, hundido, o como dice la gente hoy en día, deprimido, cuando se vio obligado a decidir, en su calidad de Presidente del grupo nacional del Tribunal Internacional de Arbitraje, entre dos amigos que querían unirse a la Corte Internacional de Justicia, o cuando tuvo que evaluar el nepotismo en la Comisión Europea, sabiendo que uno de sus mejores amigos estaba entre los miembros más sobresalientes de la Comisión.

He visto lágrimas en sus ojos, por la muerte de sus seres queridos, y sonrisas en sus labios con el nacimiento de sus nietos. Y lo he visto temeroso, inquieto, lúcido, agrio, dudoso. Es decir, le he visto HOMBRE.

Hemos tenido algunas discrepancias también, pero siempre ha habido respeto, reconocimiento y admiración. Las diferencias nunca se han debido a criterios éticos, morales, científicos o afectivos.

Por lo tanto, estoy en buena posición para decir que Carrillo–Salcedo ha sido un ejemplo de cómo la vida personal puede ser un reflejo de la vida académica, científica y ética que se defiende.

Gracias

In perpetua memoria ad aeternum

CUESTIONES ORGANIZATIVAS DEL XXX CONGRESO

ORGANIZACIÓN DEL XXX CONGRESO

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente

Pablo Antonio Fernández Sánchez (España)

Directores

Arturo Pagliari (Argentina)*

Rafael Nieto Navia (Colombia)*

Oswaldo Molestina (Ecuador)*

Gabriel Mauricio Gutiérrez Castro (El Salvador)*

Ricardo Méndez Silva (México)*

Ana Elizabeth Villalta Vizcarra (El Salvador)**

Jean Michel Arrighi (Uruguay)**

Dário Moura Vicente (Portugal)**

Hugo Ignacio Llanos Mardones (Chile)**

Secretario General

Sixto Sánchez Lorenzo

---

* Su mandato concluye en 2020

** Su mandato concluye en 2022

NUEVOS MIEMBROS Y ASOCIADOS DEL IHLADI

En las elecciones estatutarias celebradas el 22 de junio de 2018 resultaron elegidos los siguientes MIEMBROS, que obtuvieron la mayoría absoluta de los votos:

Óscar Benítez (Argentina)
Hugo Ignacio Llanos Mardones (Chile)
Dário Moura Vicente (Portugal)
Carlos Sapriza (Uruguay)

Igualmente fueron elegidos los siguientes ASOCIADOS:

María Gloria Bottiglieri(Argentina)
Aldana Rohr(Argentina)
Mª. Alejandra Sticca (Argentina)
George Rodrigo Bandeira Galindo(Brasil)
Renato Zerbini Ribeira Leao (Brasil)
José Pina Delgado (Cabo Verde)
Luis Toro Utillano (Chile)
Laura Victoria García Matamoros (Colombia)
Juan José Obando Peralta (Costa Rica)
Juan Manuel Faramiñán Gilbert(España)
José Martín y Pérez de Nanclares(España)
Esperanza Orihuela Calatayud (España)
Fernando Loureiro Bastos(Portugal)
Manuel Jorge Mayer de Almeida Ribeiro (Portugal)
Pascal Peña Pérez (República Dominicana)
Claudia Madrid Martínez (Venezuela).

RELACIÓN DE PARTICIPANTES XXX CONGRESO*

ARGENTINA

Arlettaz, Fernando (O)
Armas Pfirter, Frida (M)
Benítez, Óscar César (M)
Bottiglieri, María Gloria (A)
Dreyzin de Klor, Adriana (M)
Drnas de Clément, Zlata (M)
Espeche Gil, Miguel Ángel (M)
Pagliari, Arturo (M)
Rohr, Aldana (A)
Salas, Graciela Rosa (M)
Sticca, María Alejandra (A)
Uriondo de Martinoli, Amalia (M)
Villegas Delgado, César Armando (O)
Vinuesa, Raúl Emilio (M)

BRASIL

Cançado Trindade, Antonio Augusto (M)
Paixão Silva Oliveira, Liziane (O)
Sorto, Fredys Orlando (M)

CABO VERDE

Pina Delgado, José (A)

CHILE

Aguilar Cavallo, Gonzalo Javier (A)
Cave Schnohr, Rose (M)
Espaliat Larson, Astrid (A)
Fuentes Torrijo, Ximena Carolina (A)
García Pujol, Ignacio (A)
Infante Caffi, María teresa (M)

* (MH) Miembro de honor; (M) Miembro; (A) Asociado; (O) Observador.

Llanos Mansilla, Hugo (M)
Llanos Mardones, Hugo Ignacio (M)
Picand Albónico, Eduardo (M)
Riveros Marín, Edgardo (M)
Toro Utillano, Luis (A)
Villacís, Renán (O)

COLOMBIA

Abelló Galvis, Ricardo (A)
Álvarez Londoño, Luis Fernando (A)

CUBA

Dávalos Fernández, Rodolfo (M)

ECUADOR

Ceprián Molina, Rodolfo (M)
Molestina Zavala, Oswaldo (M)
Salvador Crespo, Íñigo (M)
Segovia Villalba, Gloria Verónica (O)
Segura Ronquillo, Erika (A)

EL SALVADOR

Gutiérrez Castillo, Víctor Luis (O)
Villalta Vizcarra, Ana Elizabeth (M)

ESPAÑA

Arenas Hidalgo, Nuria (O)
Bou Franch, Valentín (M)
Bouza Vidal, Nuria (M)
Carnerero Castilla, Rubén (M)
Casanovas y la Rosa, Oriol (M)
Cerezo de Diego, Prometeo (M)
Cordero Álvarez, Clara Isabel (O)
De Faramiñán Gilbert, Juan Manuel (A)
De Miguel Asensio, Pedro (M)

Esteban de la Rosa, Fernando (A)
Fernández Rozas, José Carlos (M)
Fernández Sánchez, Pablo Antonio (M)
Ferrer Lloret, Jaume (M)
Gracia Pérez, Daniel (O)
Jiménez Piernas, Carlos (M)
Juste Ruiz, José (M)
López Martín, Ana Gemma (M)
Marín Pérez de Nanclares, José (A)
Orihuela Calatayud, Esperanza (A)
Otero García–Castrillón, Carmen (O)
Pérez Vera, Elisa (M)
Ponte Iglesias, María Teresa (O)
Radoslavov Yordanov, Yoveslav (O)
Remiro Brotóns, Antonio (M)
Sánchez Lorenzo, Sixto (M)
Serrano Sánchez, Lucía (O)
Torres Pérez, María (O)
Yturriaga Barberán, José Antonio (M)

ESTADOS UNIDOS

Gómez, Manuel A. (O)

FILIPINAS

Abiertas Tenorio, Chona (A)
Almodiel, Florisa (O)

ITALIA

Seatzu, Franceso (O)

MÉXICO

Aguilar, María Virginia (A)
González Martín, Nuria (M)
Méndez Silva, Ricardo (M)
Mier Hernández, Jorge Alejandro (A)

Villegas Delgado, César Armando (O)

PANAMÁ

Rovi Sánchez, Jazmima (A)

PORTUGAL

Correia Brito, Wladimir Augusto (A)
Loureiro Bastos, Fernando (A)
Mayer de Almeida Ribeiro, Manuel Jorge (A)
Moura Vicente, Dário Manuel Lentz de (M)
Melo Galvão Teles, Patricia Laidley (A)

PERÚ

García Corrochano, Luis (M)
Ramacciotti, Betariz M. (M)
Revilla Montoya, Pablo César (A)
Reyes Parra, Paola Diana (O)

REPÚBLICA DOMINICANA

Aguiar, Cristina (M)
Morales Lama, Manuel (M)

URUGUAY

Flores, María del Luján (M)
Mata Prates, Carlos Alberto (A)
Sapriza Flores, Carlos (M)

COMISIONES DEL XXX CONGRESO

La *Primera Comisión,* sobre "Terrorismo y derechos humanos", quedó instalada con la mesa siguiente:

Presidente: José Antonio de Yturriaga Barberán

Vicepresidente: Rodolfo Ceprián Molina

Ponente: Ricardo Méndez Silva (México)

Secretaria: Ximena Carolina Fuentes Torrijo

La *Segunda Comisión,* sobre "Los derechos económicos, sociales y culturales en situaciones de emergencias", quedó instalada con la mesa siguiente:

Presidenta: Nuria González Martín

Vicepresidenta: Beatriz Ramacciotti

Ponente: Gonzalo Javier Aguilar Cavallo (Chile)

Secretaria: Chona Abiertas Tenorio

La *Tercera Comisión,* sobre "Derechos humanos y alteraciones climáticas", quedó instalada con la mesa siguiente:

Presidenta: María Teresa Infante Caffi

Vicepresidenta: María del Luján Flores

Ponente: Patricia Laidley Melo Galvão Teles (Portugal)

Secretario: Ricardo Abelló Galvis

La *Cuarta Comisión,* sobre "Grupos vulnerables en situaciones de riesgos y amenazas", quedó instalada con la mesa siguiente:

Presidenta: Frida Armas Pfirter

Vicepresidente: Dário Manuel Moura Vicente

Ponente: Rubén Carnerero Castilla (España)

Secretaria: Erika A. Segura Ronquillo

CONCLUSIONES DEL XXX CONGRESO

I COMISION
TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS

El XXX Congreso del Instituto Hispano–Luso–Americano y Filipino de Derecho Internacional,

Considerando que el terrorismo es un crimen internacional que se ha ido extendiendo de forma progresiva en los últimos años, que adopta distintas manifestaciones y que atenta gravemente contra los derechos humanos, las libertades fundamentales, la democracia, el derecho internacional humanitario y el derecho de los refugiados.

Considerando que es un deber de todos los Estados prevenir y sancionar el terrorismo en todas sus formas y que es urgente la necesidad de luchar contra el terrorismo y defender los derechos humanos a través de la cooperación internacional.

Teniendo en cuenta que la Resolución 3034 (XXVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas contiene los criterios fundamentales que deben servir para hacer frente al terrorismo.

Teniendo en cuenta que la Resolución 48/122 (Derechos Humanos y Terrorismo) considera que el terrorismo atenta gravemente contra los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia.

Recordando que la Resolución 59/191 de la Asamblea General de las Naciones Unidas afirma que, en el contexto de su lucha contra el terrorismo, los Estados tienen la obligación de proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas.

Teniendo en cuenta que la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 72/211 ha establecido que las medidas contra el terrorismo y en pro de la protección de los derechos humanos no son objetivos contrapuestos, sino que se complementan y refuerzan mutuamente.

Teniendo en cuenta que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha desplegado una intensa actividad en la lucha contra la financiación del terrorismo, las armas de destrucción en masa que pudieran ser empleadas por terroristas, el reclutamiento de terroristas y la elaboración de listas de terroristas, entre otros puntos de vital importancia, y ha establecido la oficina de un ombudsperson *para dar a los presuntos terroristas el derecho de defensa y de aportar pruebas en su descargo para no figurar en las listas de referencia.*

Considerando que las víctimas del terrorismo tienen derecho a ser asistidas y compensadas por los perjuicios sufridos,

Adopta las siguientes

CONCLUSIONES

1ª. Todo acto terrorista resulta condenable, con independencia de su eventual amparo en motivos ideológicos, políticos o religiosos, y constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales.

2ª. Existe consenso internacional en considerar que el terrorismo atenta contra los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia, y afecta no solo al derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad, sino también a otros derechos como el derecho a la propiedad, los derechos de los refugiados, el derecho al desarrollo y a la paz.

3ª. El Estado tiene el deber de tomar medidas para prevenir y sancionar actos terroristas; luchar contra la apología, captación y adiestramiento de terroristas; combatir su financiación; controlar las fronteras y el tráfico de armas y dinero destinados al terrorismo; y aplicar el principio *"aut dedere, aut iudicare"*.

4ª. Los Estados, las organizaciones internacionales y la comunidad internacional en su conjunto tienen el deber de cooperar en la prevención y persecución de los responsables de actos terroristas.

5ª. Los Estados, las organizaciones internacionales y la comunidad internacional en su conjunto deben promover el respeto por los derechos humanos, que es una herramienta de prevención de actos terroristas.

6ª. Al establecer medidas de prevención, persecución y sanción para luchar contra el terrorismo, los Estados deben respetar los derechos humanos de las personas acusadas de cometer o de ayudar en la comisión de actos terroristas.

7ª. Los Estados deben considerar la conveniencia de ratificar los diecinueve tratados internacionales que se han propuesto en el marco de la ONU y de sus organismos especializados para luchar contra las diversas manifestaciones del terrorismo, especialmente en los ámbitos de la seguridad aérea y marítima, en materia nuclear y en supuestos de atentados, secuestros y toma de rehenes.

8ª. Los Estados tienen la obligación de otorgar una reparación a las víctimas de actos terroristas que ocurran en sus territorios y prestar a estos efectos la necesaria cooperación internacional.

9ª. El Instituto Hispano–Luso–Americano y Filipino de Derecho Internacional se une a la lucha contra todo tipo de terrorismo y a la defensa de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en un espíritu de cooperación internacional.

FIRST COMMITTEE
TERRORISM AND HUMAN RIGHTS

The XXXth Congress of the IHLADI,

Considering that terrorism is an international crime that has progressively extended in recent years, which has taken various forms and seriously undermines human rights, fundamental freedoms, democracy, international humanitarian law and refugee law.

Considering that it is the duty of all States to prevent and punish terrorism in all its forms and that there is an urgent need to combat terrorism and defend human rights through international cooperation.

Bearing in mind that United Nations General Assembly Resolution 3034 (XXVII) establishes basic measures to counter terrorism.

Bearing in mind that Resolution 48/122 (Human Rights and Terrorism) considers that terrorism serious undermines human rights, fundamental freedoms and democracy.

Recalling that United Nations General Assembly Resolution 59/191 asserts that, in the context of the fight against terrorism, States are under the obligation to protect all human rights and fundamental liberties of all persons.

Bearing in mind that in its Resolution 72/123 the United Nations General Assembly has established that counter–terrorism measures and measures for the protection of human rights are not conflicting objectives, but complement and reinforce each other.

Bearing in mind that the United Nations Security Council has been actively engaged in the fight against the financing of terrorism, weapons of mass destruction that could be used by terrorists, the recruitment of terrorists and the compilation of lists of terrorists, among other vital points, and has established the Office of the Ombudsperson to give alleged terrorists the right of defense and to provide evidence in their defense so that the names of such persons may be removed from said lists.

Considering that victims of terrorism have the right to be assisted and compensated for the damage suffered,

Adopts the following

CONCLUSIONS

1st. Any terrorist act is reprehensible, regardless of whether it is motivated by ideological, political or religious grounds, and constitutes a threat to international peace and security.

2nd. There is international consensus that terrorism undermines human rights, fundamental freedoms and democracy, and affects not only the right to life, personal integrity and liberty, but also other rights such as the right to property, the rights of refugees, the right to development and peace.

3rd. The State has a duty to take measures to prevent and punish terrorist acts; to combat the support, recruitment and training of terrorists; to prevent its financing; to control borders and the trafficking of arms and money intended for terrorism; and to apply the principle of "*aut dedere aut judicare*".

4th. States, international organizations and the international community as a whole have a duty to cooperate in preventing and prosecuting those responsible for acts of terrorism.

5th. States, international organizations and the international community as a whole must promote respect for human rights, which is a tool for preventing acts of terrorism.

6th. In establishing measures for the prevention, prosecution and punishment to combat terrorism, States must respect the human rights of persons accused of committing or abetting acts of terrorism.

7th. States must consider ratifying the nineteen international treaties proposed within the framework of the United Nations and its specialized bodies to combat the various manifestations of terrorism, especially matters of air and maritime security, nuclear matters and in cases of attacks, kidnappings and hostage–taking.

8th. States have an obligation to provide compensation to victims of acts of terrorism that occur in their territories and to provide the necessary international cooperation for this purpose.

9th. The IHLADI joins the fight against all types of terrorism and to the defense of human rights and fundamental freedoms, in a spirit of international cooperation

II COMISIÓN
LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN SITUACIÓN DE EMERGENCIAS

El XXX Congreso del Instituto Hispano–Luso–Americano y Filipino de Derecho Internacional,

Reafirmando los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, y expresando, en particular, la necesidad de lograr la cooperación internacional para promover y alentar el respeto de los derechos humanos de todas las personas sin distinción alguna.

Recordando también la Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 25 de septiembre de 2015, titulada "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", en la que se establecieron diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y ciento sesenta y nueve metas de carácter integral, indivisible y universal en tres dimensiones (económica, social y ambiental).

Convencidos de que las medidas que adopten los Estados para afrontar los riesgos y amenazas contemporáneos deben ser guiados por los principios democráticos y las libertades fundamentales que sustentan el *corpusiuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como la equidad, el acceso a la información, la participación, la probidad, la rendición de cuentas, la transparencia, la no discriminación, la inclusión y la igualdad a nivel nacional e internacional, el respeto de la diversidad, la tolerancia, la cooperación y la solidaridad internacionales.

Reconociendo, además, que los riesgos y amenazas tales como las crisis económicas, el debilitamiento de la institucionalidad democrática y del Estado de derecho, la corrupción, la desigualdad, los desastres naturales y aquellos producidos por el ser humano, los desechos tóxicos y la contaminación, entre otros, son riesgos y amenazas que, en un mundo globalizado, se han transformado en transnacionales y, en muchos casos, de nivel planetario, y afectan el disfrute pleno de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de personas y grupos, especialmente, los más vulnerables.

Expresando su preocupación por la afectación creciente del pleno goce y ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a raíz, en algunos casos, de las medidas adoptadas por el Estado para hacer frente a las situaciones de emergencia, y en otros, de la falta de mecanismos adecuados para prevenir dichas situaciones.

Reconociendo que la protección del patrimonio cultural, en particular, en tiempos de conflictos armados, forma parte del objetivo global de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y teniendo en cuenta la inclusión de la destrucción del patrimonio cultural entre las conductas que configuran el tipo penal del crimen de guerra incluido en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional.

Adopta las siguientes

CONCLUSIONES

1ª. El Estado tiene la obligación de reconocer y garantizar debidamente todos los derechos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, en especial, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en casos de emergencias, riesgos y amenazas.

2ª. Las medidas que el Estado adopte para afrontar las situaciones de emergencia deben tomar en consideración los estándares mínimos en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, de manera que se garantice el pleno disfrute de estos derechos y se maximicen los recursos de que se disponga.

3ª. Las medidas legislativas, administrativas o de otro carácter que adopte el Estado deben procurar la previa participación, amplia e igualitaria, de las personas y grupos afectados, con el fin de llegar a un consenso, así como garantizar el acceso a la información, el acceso a la justicia y a mecanismos eficaces de rendición de cuentas en las demandas relativas a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, especialmente cuando los Estados no hayan adoptado medidas razonables para hacer efectivos esos derechos.

4ª. El Estado debe garantizar que las disposiciones relativas a la no discriminación, en casos de emergencias, impliquen la obligación positiva de dar respuesta a la desigualdad que afecta especialmente a los países en desarrollo, en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

5ª. Las medidas que el Estado adopte, especialmente las preventivas, destinadas a responder o a mitigar los riesgos y amenazas contemporáneos deben considerar como prioridad la protección de los grupos de especial vulnerabilidad o que han sido históricamente discriminados o relegados, como pueden ser niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas mayores, migrantes, refugiados y personas desplazadas, pueblos indígenas, afrodescendientes y personas con discapacidad, evitando que estas medidas afecten desproporcionadamente a aquéllos que se encuentren en un situación más frágil y desventajosa, a causa, entre otros motivos, de la interseccionalidad. Así se podrá contribuir a la Agenda 2030 y coadyuvar al cumplimiento de las promesas de un desarrollo inclusivo y sostenible para todos, donde "nadie se quede atrás".

6ª. La protección del patrimonio cultural en tiempos de conflicto armado requiere que los actos de destrucción sean considerados como crímenes contra la humanidad.

SECOND COMMITTEE
ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN EMERGENCY SITUATIONS

The XXXth Congress of the IHLADI,

Recognizing the purposes and principles of the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and the American Declaration of the Rights and Duties of Man, and voicing, in particular, the need to achieve international cooperation in order to promote and encourage respect for the human rights of all persons without distinction of any kind.

Recalling also United Nations General Assembly Resolution 70/1 of 25 September 2015, entitled "Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development", which established seventeen Sustainable Development Goals (SDGs) and one hundred sixty–nine targets that are integrated, indivisible and universal in the three dimensions of sustainable development (economic, social and environmental).

Convinced that the measures adopted by States to address contemporary risks and threats should be guided by the democratic principles and fundamental freedoms that constitute the *corpus juris* of International Human Rights Law, such as equality, access to information, participation, probity, accountability, transparency, non–discrimination, inclusion and equality at national and international levels, respect for diversity, tolerance, international cooperation and solidarity.

Recognizing, moreover, that risks and threats such as economic crises, the weakening of democratic institutions and the rule of law, corruption, inequality, natural and man–made disasters, toxic waste and pollution, among others, are risks and threats that, in a globalized world, have become transnational and, in many cases, planetary, and affect the full enjoyment of economic, social, cultural and environmental rights of individuals and groups, especially the most vulnerable ones.

Expressing its concern at the growing impact on the full enjoyment and effective exercise of economic, social, cultural and environmental rights, as a result in some cases of measures taken by the State to address emergency situations, and in others the lack of adequate mechanisms to prevent such situations.

Acknowledging that the protection of cultural heritage, particularly in times of armed conflict, is part of the global objective for maintaining international peace

and security, and taking into account the inclusion of the destruction of cultural heritage among the criminal acts that constitute the war crimes included in the Rome Statue which established the International Criminal Court.

Adopts the following

CONCLUSIONS

1st. The State has the obligation to recognize and duly guarantee all the rights of persons under its jurisdiction, especially economic, social, cultural and environmental rights, in cases of emergencies, risks and threats.

2nd. The measures adopted by the State to address emergency situations must take into consideration minimum standards in terms of economic, social, cultural and environmental rights so as to guarantee the full enjoyment of these rights and to maximize the available resources.

3rd. Legislative, administrative or other measures adopted by the State should seek the prior, extensive and equal participation of affected individuals and groups in order to reach consensus, as well as to ensure access to information, access to justice and access to effective accountability mechanisms in claims relating to economic, social, cultural and environmental rights, especially where States have not taken reasonable steps to ensure these rights.

4th. The State must ensure that provisions relating to non–discrimination, in cases of emergencies, imply a positive obligation to respond to the inequality particularly affecting developing countries in the areas of economic, social, cultural and environmental rights.

5th. The measures adopted by the State, especially preventive measures, aimed at responding to or mitigating contemporary risks and threats should consider as a priority the protection of groups of special vulnerability or those that have been historically discriminated against or relegated, such as children and adolescents, women, older persons, migrants, refugees and displaced persons, indigenous peoples, Afro–descendants and persons with disabilities, avoiding that these measures disproportionately affect those who find themselves in a more fragile and disadvantaged situation, due, among other things, to intersectionality. This would contribute to contribute to the 2030 Agenda and help meet the promises of inclusive and sustainable development for all where "no one will be left behind."

6th. The protection of the cultural heritage in times of armed conflict requires that the acts of destruction be considered crimes against humanity.

III COMISIÓN
DERECHOS HUMANOS Y ALTERACIONES CLIMÁTICAS

El XXX Congreso del Instituto Hispano–Luso–Americano y Filipino de Derecho Internacional,

Considerando que en el XXIX Congreso del Instituto Hispano–Luso–Americano–Filipino de Derecho Internacional, celebrado en la ciudad de Lima en el año 2016, se aprobó la Resolución presentada por la Comisión I relativa al cambio climático y sus efectos.

Considerando que el derecho del medio ambiente, por vía del desarrollo progresivo del derecho internacional, ha llevado a consagrar el derecho al medio ambiente y ha establecido su vínculo directo con la protección de los derechos humanos.

Considerando que recientes decisiones judiciales han reconocido la existencia del derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, principio que los Estados deben proteger.

Considerando que las políticas y legislaciones nacionales, así como los acuerdos regionales y mundiales, deben seguir haciendo contribuciones a la solución de estos problemas.

Considerando que los Estados isleños, cuya existencia independiente y cuya viabilidad están en peligro, presentan problemas de particular complejidad, en la medida que su población puede sufrir desplazamiento forzado por razones ambientales o climáticas.

Considerando que todo proyecto de aplicación de geoingeniería para modificar los componentes de la atmósfera y los recursos biológicos de los océanos debe considerar la aplicación del enfoque precautorio y la evaluación del impacto ambiental.

Considerando que existe una pluralidad de actores que realizan actividades que generan impactos de diverso alcance sobre el medio ambiente, y que pueden vincularse con fenómenos de cambio climático.

Considerando que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y el Comité Jurídico Interamericano han trabajado y aprobado proyectos relativos a la protección del medio ambiente y en materia de responsabilidad internacional.

Considerando que el corpus iuris *relativo a la responsabilidad internacional por el hecho internacionalmente ilícito, así como a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional, es fundamental para abordar el cambio climático.*

Considerando que tribunales regionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos han adoptado decisiones judiciales relativas a la protección del medio ambiente para garantizar un medio ambiente sano, principio ya reconocido por la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y Tribunales Arbitrales.

Adopta las siguientes

CONCLUSIONES

1ª. El derecho internacional juega un papel fundamental en la determinación del derecho de la humanidad a contar con respuestas apropiadas para garantizar su vida y su desarrollo.

2ª. La efectividad del derecho internacional del medio ambiente afronta crecientemente los desafíos del cambio climático y sus efectos sobre las personas y los recursos naturales.

3ª. La perspectiva de derechos humanos es ineludible en el tratamiento del cambio climático.

4ª. Las amenazas a los bienes comunes deben ser afrontadas mediante mecanismos multilaterales y son una oportunidad para que el derecho internacional despliegue sus capacidades y efectos.

5ª. El cambio climático es un fenómeno global, cuyo origen se estima vinculado a la actividad humana, en especial a la industrial y a la producción de gases de efecto invernadero, y sobre el cual existe el consenso de que plantea vulnerabilidades inéditas para la comunidad internacional y, en especial, para ciertos pueblos y regiones.

6ª. La diversidad de intereses que involucra el cambio climático no debe impedir la búsqueda de acuerdos que contemplen mecanismos vinculantes y voluntarios que permitan la adopción y aplicación de políticas para afrontar estas nuevas amenazas.

7ª. El régimen internacional establecido a partir de la Convención Marco sobre el Cambio Climático (1992) y los tratados posteriores (Protocolo de Kioto y Acuerdo de París), así como los acuerdos adoptados en las conferencias especializadas (COP 21, 22 y 23), constituyen una base fundamental para abordar los fenómenos globales mediante la cooperación y la adopción de medidas aplicables al conjunto de los Estados y de agentes no estatales sujetos a su control y competencias.

8ª. El derecho internacional debe continuar abordando las diferentes necesidades relacionadas con la mitigación y la adaptación al cambio climático, y debe apoyarse en las diferentes disciplinas que aportan conocimiento respecto de este fenómeno con el fin de elaborar respuestas más eficaces e inclusivas.

9ª. El acceso al agua potable debe ser garantizado, teniendo en cuenta que el cambio climático plantea nuevas necesidades a este respecto, y asimismo debe darse respuesta a las demandas relativas a la falta de servicios que limitan los derechos fundamentales de las personas y su entorno.

10ª. Los Estados tienen la obligación de garantizar los derechos de acceso a la información, a la participación y de acceso a la justicia en materia ambiental.

11ª. El impacto del cambio climático, a veces visible a través de los desastres naturales, plantea desafíos a los Estados con relación a la responsabilidad que poseen en los espacios sujetos a su soberanía, jurisdicción y control.

12ª. El derecho a vivir en un medio ambiente sano debe ser garantizado, junto con la promoción de su protección, preservación y mejoría en armonía con los principios contenidos en los sistemas regionales de derechos humanos, que deben ser implementados en los derechos internos de los Estados.

13ª. El surgimiento de nuevas áreas de trabajo en materia de cambio climático debe ir acompañada de la promoción de un marco evolutivo del derecho internacional, no solamente en materia de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito, sino también en el ámbito de la prevención, mediante la adopción de medidas que fomenten conductas más eficaces y adecuadas para mitigar sus efectos.

THIRD COMMITTEE
HUMAN RIGHTS AND CLIMATE CHANGE

The XXX Congress of the IHLADI,

Considering that the XXIX IHLADI Congress, held in the city of Lima in 2016, approved the Resolution presented by Commission I on climate change and its effects.

Considering that through the progressive development of international law, environmental law has led to the recognition of the right to the environment and has established its direct link with the protection of human rights.

Considering that recent judicial decisions have recognized the existence of the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment, which is a principle that States must protect.

Considering that national policies and legislations, as well as regional and global agreements, should continue to contribute to the solution of these problems.

Considering that island States, whose independent existence and viability are in danger, present problems of particular complexity, to the extent that their populations may suffer forced displacement due to environmental or climate reasons.

Considering that any geoengineering application project to modify the components of the atmospheric and biological resources of the oceans should consider the application of the precautionary approach and the assessment of its environmental impact.

Considering that there are multiple actors that carry out activities that generate impacts of varying scope on the environment, and that those can be linked to the phenomenon of climate change.

Considering that the International Law Commission of the United Nations and the Inter American Juridical Committee have worked on and approved projects related to the protection of the environment and in matters of international responsibility.

Considering that the corpus iuris on international responsibility for wrongful acts, as well as on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, is essential to address climate change.

Considering that regional courts such as the Inter American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights have adopted judicial decisions regarding the protection of the environment to guarantee a healthy environment, a principle already recognized by the International Court of Justice, the International Tribunal for the Law of the Sea and Arbitral Tribunals.

Adopts the following

CONCLUSIONS

1st. International Law plays a fundamental role in the determination of the right of humanity to receive appropriate responses so as to guarantee its life and development.

2nd. The effectiveness of the law of the environment increasingly confronts challenges from climate change and its effects on persons and natural resources.

3rd. The human rights' perspective is unavoidable when dealing with climate change.

4th. Threats to common goods must be dealt with through multilateral mechanisms, which provide an opportunity for international law to deploy its capacities and effects.

5th. Climate change is a global phenomenon whose origin is estimated to be related to human activity, in particular, to industrial and greenhouse –producing

activities, and there is a consensus that it raises unprecedented vulnerabilities for the international community, especially for certain peoples and regions.

6th. The diversity of interests involved in climate change should not be an obstacle to the search for binding and voluntary agreements aimed at the adoption and application of policies to deal with these new threats.

7th. The international regime established by the Framework Convention on Climate Change (1992) and further treaties (Kyoto Protocol and Paris Agreement), as well as the agreements adopted in specialized conferences (COP 21, 22 and 23), constitute a fundamental basis for dealing with global phenomena through cooperation and the adoption of measures applicable to all States and to non–state actors subject to their jurisdiction and control.

8th. International Law must continue to deal with the different needs related to mitigation of and adaptation to climate change, and must be based on the various disciplines of knowledge over this phenomenon with the aim of elaborating more effective and inclusive responses.

9th. Taking into account the new needs arising from climate change, access to safe drinking water must be guaranteed and response must be given to the demands related to the lack of services which limit the fundamental rights of people and their environment.

10th. States are under the obligation to guarantee the right of access to information, as well as to participation in, and access to, environmental justice.

11th. The impact of climate change, which may be rendered visible by means of natural disasters, creates challenges for States regarding their responsibilities over spaces subject to their sovereignty, jurisdiction and control.

12th. The right to live in a healthy environment must be guaranteed and implemented in the domestic legal systems of States, together with its promotion, preservation and improvement in harmony with principles enshrined in regional and human right systems.

13th. The emergence of new areas of work within the sphere of climate change must be accompanied by the promotion of an evolutive framework of international law, not only within the field of responsibility of States for illegal acts, but also within the ambit of prevention, through the adoption of measures that promote more effective and adequate means of mitigating their effects.

IV COMISION
GRUPOS VULNERABLES EN SITUACIONES DE RIESGOS Y AMENAZAS

El XXX Congreso del Instituto Hispano–Luso–Americano y Filipino de Derecho Internacional,

Considerando que, conforme al derecho internacional, los Estados tienen la obligación de respetar, promover y proteger los derechos humanos fundamentales de toda persona que se encuentre en su territorio o bajo su jurisdicción en cualquier circunstancia, incluidas las situaciones de riesgos o amenaza.

Considerando que el cumplimiento de dicha obligación resulta especialmente importante por lo que se refiere a las personas y grupos vulnerables y a la necesidad de evitar la vulnerabilidad cumulativa.

Considerando que en tales supuestos la protección de los derechos de la población, en general, y de las personas y grupos vulnerables, en particular, requiere la adopción de medidas para la prevención de sus violaciones, la mitigación de los efectos de tales violaciones, así como para la reparación de sus consecuencias,

Adopta las siguientes

CONCLUSIONES

1ª. Los Estados deben poner en práctica políticas y programas dirigidos a promover y garantizar el respeto a los derechos humanos de personas y grupos vulnerables o vulnerabilizados en su vida cotidiana, como medida más eficaz para evitar o atenuar la discriminación que puedan sufrir en situaciones graves de riesgo o amenaza.

2ª. Los Estados deben poner en práctica políticas y programas de protección social destinados a reducir la vulnerabilidad, frente a las secuelas de las situaciones de riesgo y amenaza, de personas y grupos sujetos a su jurisdicción, especialmente de aquellos que se encuentran más expuestos a sufrir la vulneración de sus derechos fundamentales. Las situaciones de violencia contra la mujer y la feminización de la violencia indígena deben ser especialmente atendidas.

3ª. La protección jurídica de personas y grupos vulnerables en caso de riesgo y amenaza no requiere la atribución por parte del ordenamiento jurídico de derechos adicionales en su favor, sino la adopción de las medidas necesarias para hacer efectivos en tales situaciones los derechos que ya tienen reconocidos por el derecho internacional consuetudinario y convencional.

4ª. Las medidas específicas a favor de personas vulnerables que eventualmente puedan adoptar los Estados con objeto de garantizar el disfrute de sus derechos en situaciones de riesgo y amenaza no pueden en principio considerarse contrarias al derecho internacional, en la medida en que persigan evitar la discriminación de tales personas en razón de sus necesidades objetivas particulares.

IV COMMITTEE
VULNERABLE GROUPS IN RISK AND THREAT SITUATIONS

The XXXth Congress of the IHLADI,

Considering that, under international law, States have the obligation to respect, promote and protect the fundamental human rights of every person who is in their territory or under their jurisdiction in any circumstance, including situations of risk or threat.

Considering that the fulfillment of that obligation is particularly important since it refers to vulnerable people and groups and the need to avoid cumulative vulnerability.

Considering that in such cases the protection of the rights of the population, in general, and of vulnerable individuals and groups, in particular, requires the adoption of measures for the prevention of their violations, the mitigation of the effects of such violations, as well as for the repair of its consequences,

Adopts the following:

CONCLUSIONS

1st. The Statesmust implement policies and programs aimed at promoting and guaranteeing the respect of the human rights of people and groups who are vulnerable in their daily lives, as a more effective measure to avoid or mitigate the discrimination they may suffer in grave situations of risk or threat.

2nd. The States must implement social protection policies and programs aimed at reducing vulnerability, in the face of the consequences of risks or threat situations, of persons and groups under their jurisdiction, especially those who are more exposed to suffer the violation of their fundamental rights. The situations of violence against women and the feminization of indigenous violence must be especially addressed.

3rd. The legal protection of vulnerable persons and groups in case of risk or threat does not require the attribution by the legal system of additional rights in their favor, but the adoption of the necessary measures to make effective in such situations the rights that they already have recognized by the customary and conventional international law.

4th. The specific measures in favor of the vulnerable people that States may eventually take in order to guarantee the enjoyment of their rights in situations of risk or threat cannot in principle be considered contrary to international law, insofar they seek to avoid the discrimination of those people because of their particular objective needs.

RESOLUCIÓN SOBRE LA CORRUPCIÓN POLÍTICA

El XXX Congreso del Instituto Hispano–Luso–Americano y Filipino de Derecho Internacional,

Consciente de que la corrupción es uno de los flagelos que afecta en forma grave a la democracia y sus instituciones, la estabilidad económica, la confianza ciudadana y el goce efectivo de los derechos humanos en su integridad, en especial de los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, y en particular de aquellas de las personas más vulnerables,

Adopta la siguiente conclusión:

El Estado, en el marco de la reafirmación de los principios democráticos como base esencial del Estado de Derecho y de garantía de la observancia de los derechos humanos, debe adoptar medidas tanto preventivas como sancionatorias, a nivel interno y a través de la cooperación internacional, con el fin de procurar una lucha efectiva contra el fenómeno delictivo de la corrupción y su impunidad, que debilita la democracia y sus instituciones y perjudica a los derechos humanos en su integridad y, en particular, al goce de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas más vulnerables. Los Estados deben considerar como contrarios y violatorios de los derechos humanos no solo aquellos actos de corrupción susceptibles de sanción penal, sino aquellos que se limitan a la esfera administrativa. Deben ser consideradas como agravantes el uso del poder público para bloquear investigaciones administrativas o el acceso a la información.

RESOLUTION ON POLITICAL CORRUPTION

The XXX Congress of the IHLADI

Taking into account that corruption is one of the gravest menaces to democracy and its institutions, economic stability, citizen confidence and the effective and full exercise of human rights, especially social, economic, cultural and environmental rights, of the most vulnerable people;

Adopts the following conclusion:

The State, within the framework of reaffirmation of democratic principles as an essential basis for the rule of law and as a guarantee of the observance of human rights, shall adopt both preventive and sanctioning measures. They shall be adopted internally and through international cooperation, in order to seek an effective fight against the criminal phenomenon of corruption and its impunity, which weakens democracy and its institutions and harms all human rights and, in particular, the benefits of economic, social, cultural and environmental rights of the most vulnerable people.

RESOLUCIÓN SOBRE DERECHO AL OLVIDO

El XXX Congreso del Instituto Hispano–Luso–Americano y Filipino de Derecho Internacional,

Considerando que el interés en la autodeterminación informativa reclama el reconocimiento al titular de datos personales divulgados en línea el derecho a exigir su supresión ("derecho al olvido"), especialmente cuando: a) esos datos ya no sean necesarios a los fines para los que fueron recogidos o tratados anteriormente; b) el titular haya retirado el consentimiento en el que se basa el tratamiento de los datos; c) el titular se oponga al tratamiento y no prevalezcan otros intereses legítimos para el mismo; o d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente. La preservación de la privacidad del titular de los datos personales divulgados en línea debe ser garantizada, en dichas circunstancias, sobre cualquier otro interés, salvo el caso de la existencia de un interés público involucrado.

Teniendo en cuenta que son frecuentes las situaciones en que la difusión de información personal en línea desborda las fronteras estatales,

Adopta la siguiente conclusión:

El "derecho al olvido" constituye un derecho fundamental de la persona humana en la sociedad de la información, que debe ser reconocido incluso cuando el responsable o encargado del tratamiento de datos no esté establecido en el Estado del foro, siempre que las actividades de tratamiento en cuestión estén relacionadas con la oferta de bienes y servicios en dicho Estado o con el control de la actividad del titular de los datos en ese Estado.

RESOLUTION ON THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

The XXX Congress of the IHLADI,

Considering that the interest in informational self–determination requires the recognition to the holder of personal data made available online of the right to demand their erasure ("right to be forgotten"), particularly when: a) such data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise previously processed; b) the data holder has withdrawn the consent on which the processing is based; c) the data holder objects to the processing and no other legitimate interests in the processing prevail; or d) the personal data have been unlawfully processed. The safeguard of the privacy of the holder of personal data made available online should be guaranteed, in such circumstances, over any other interest, except insofar as a public interest is involved.

Bearing in mind that cases frequently arise in which the online dissemination of personal data transcends state boundaries,

Adopts the following conclusion:

The "right to be forgotten" is a fundamental right of each human person in the information society, which should be recognized even when the data controller or processor is not established in the forum State, insofar as the processing activities at stake are related to the offering of goods or services in the said State or the monitoring of the data holder's behaviour in that State

RESOLUCIÓN SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

El XXX Congreso del Instituto Hispano–Luso–Americano y Filipino de Derecho Internacional,

Recordando los principios rectores sobre "las Empresas y los Derechos Humanos" aprobados por la Resolución 17/4 de Naciones Unidas de 16 de junio de 2011 y otras directrices y declaraciones relativas a la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos a través de medidas de debida diligencia y respeto al derecho de reparación de las víctimas,

Adopta la siguiente conclusión:

Los Estados han de fomentar un diálogo constructivo con las empresas, la sociedad civil y otros actores relevantes para abordar eficazmente la problemática entre empresas y derechos humanos con la finalidad de contar con un plan a nivel nacional en el que se tome en cuenta todos los avances producidos en el ámbito universal y regional acerca de la responsabilidad social de las empresas.

RESOLUTION ON COMPANIES AND HUMAN RIGHTS

The XXX Congress of the IHLADI,

Recalling the guiding principles on "Business and Human Rights" approved by United Nations Resolution 17/4 of June 16 2011 and other guidelines and statements regarding corporate responsibility to respect human rights through due measures diligence and respect for the right to reparation of victims,

Adopts the following conclusion:

States must promote a constructive dialogue with business, civil society and other relevant actors to effectively address the problem between business and human rights in order to have a national plan that takes into account all the advances produced in the universal and regional sphere about corporate social responsibility.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

NORMAS GENERALES DE PUBLICACIÓN DEL *ANUARIO HISPANO LUSO–AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL (AHLADI)*

1. El *Anuario Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional* está abierto a la publicación de trabajos científicos originales sobre Derecho internacional de los que sean autores tanto los miembros y asociados del Instituto Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional como cualquier especialista en la materia ajeno al mismo.

2. Los originales deberán presentarse antes del 31 de mayo de cada año impar, en formato WORD. Los trabajos tendrán una extensión máxima de 40 páginas (a doble espacio, en DIN A–4, y letra Times New Roman 12 para el texto y 10 para las notas a pie de página con interlineado sencillo). Los párrafos deben ir con sangría especial en primera línea de 1 cm, y espaciado 0 en párrafo anterior y 6 pto en posterior.

En la primera página deberá figurar el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o autores, seguido de su condición de miembro o asociado del Instituto y, en su caso, su filiación institucional o el nombre del centro de trabajo, así como un sumario en el cual se recogerán todos los epígrafes y subepígrafes del trabajo. Los epígrafes y subepígrafes se numerarán de la siguiente manera y sin autoformato:

I. Minúscula negrita

1. Minúscula cursiva

3. Los trabajos deberán remitirse acompañados de un resumen en español y en inglés, de una extensión máxima de 500 palabras, así como hasta 5 palabras clave. El título del trabajo y las palabras claves también deberán presentarse en ambos idiomas.

4. Los originales deberán estar redactados en español o en portugués.

5. Sólo se publicarán trabajos originales inéditos. Los trabajos aceptados para su publicación en el Anuario podrán ser reproducidos en otra publicación haciendo constar en nota a pie de página la referencia completa del *AHLADI* en el que fueron inicialmente publicados.

6. Se deberá aplicar el siguiente sistema de referencias bibliográficas. Cada vez que se cite por primera vez, se indicará para los libros y en este orden: nombre (sólo las iniciales) y apellidos del autor en minúsculas; título completo de la obra, en cursiva; número de la edición en su caso; lugar y fecha de publicación; y páginas a las que se refiere la cita. Ej.: J.A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 2004, pp. 123–129.

Para los artículos de revistas (o capítulos de libros) se indicará y por este orden: nombre (sólo las iniciales) y apellidos del autor en minúsculas; título completo del artículo entre comillas; título de la revista (o título completo del libro) en cursiva; número, tomo o volumen, y año de publicación; número de página inicial y final en las que se encuentre el trabajo; y páginas a las que se refiere. Ej.: A. Gómez Robledo, "La Convención de Ginebra sobre la plataforma continental", *AHLADI*, vol. 1, 1959, 62–69, pp. 65–66.

7. Los títulos de las obras y de los artículos citados deberán indicarse siempre en su lengua original. Tampoco se traducirán las citas textuales en otras lenguas. Se proporcionará en texto y notas, siempre que sea posible, la versión oficial de los casos y textos normativos citados.

8. Todos los originales presentados se someterán a la correspondiente evaluación científica, a cargo de dos expertos ajenos al Instituto, quienes decidirán sobre la conveniencia de su publicación, atendiendo a los objetivos, la metodología y los resultados obtenidos por el trabajo. En el proceso interno de evaluación se garantizará el anonimato.

En el plazo máximo de 45 días desde la recepción del original el Anuario comunicará al autor la aceptación o rechazo del mismo, proponiéndole, en su caso, las modificaciones o mejoras necesarias para su posible publicación. El tal caso, el autor dispondrá de un nuevo plazo de 10 días para volver a enviar el original modificado.

Una vez aceptado el original, se entenderá como definitivo y no podrá ser modificado por el autor.

9. Los autores no recibirán honorarios; sólo un ejemplar del *Anuario* que contenga su contribución.

10. Los originales destinados a la publicación, los libros para reseña y toda la correspondencia deberá dirigirse a la Redacción del *AHLADI*, en la siguiente dirección: Prof. Dra. Ana Gemma López Martín. Facultad de Derecho–UCM. Ciudad Universitaria s/n. 28040 MADRID (España). Correo electrónico: anagema@ucm.es

NORMAS GERAIS DE PUBLICAÇÃO DO *ANUARIO HISPANO LUSO–AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL (AHLADI)*

1. O Anuário Hispano–Luso–Americano de Direito Internacional está aberto à publicação de trabalhos científicos originais sobre Direito internacional dos que sejam autores tanto os membros e sócios do Instituto Hispano–Luso–Americano de Direito Internacional como qualquer especialista na matéria alheio ao mesmo.

2. Os originais devem ser apresentados antes de 31 de maio de cada ano ímpar, em formato WORD. As obras terão um comprimento máximo de 40 páginas (com espaçamento duplo, DIN–4 e fonte Times New Roman 12 para o texto, e notas de rodapé de página 10 com espaçamento simples). Os parágrafos devem ir com recuo especial na primeira linha de 1 cm e espaçados 0 no parágrafo anterior e 6 pts no subsequente.

A primeira página deve incluir o título do trabalho, nome e sobrenome do autor ou autores, seguidos de seu status como membro ou associado do Instituto e, no seu caso, sua filiação institucional ou o nome de centro de trabalho, bem como um resumo que inclui todos osepígrafes e subgrafos do trabalho.As epígrafes e subgrafos serão numerados como segue e sem autoformatação:

I. Em negrito minúscula

1. Itálico em minúsculas

3. O trabalho deve ser apresentado acompanhado de um resumo em espanholas e inglês, de um comprimento máximo de 500 palavras e até 5 palavras–chave. O título do trabalho e palavras–chave também deve ser apresentado em ambos os idiomas.

4. Os originais devem ser escritos em espanhol ou Português.

5. Só inéditas originais trabalhos serão publicados. Artigos aceitados para publicação no anuário podem ser reproduzidos em outra publicação, afirmando em nota de rodapé a referência completa da AHLADI que foram inicialmente publicados de página.

6 É aplicável o seguinte sistema de referências bibliográficas. Sempre que é citado pela primeira vez, será indicado para livros e nesta ordem: nome completo do (somente iniciais) do autor em letras

minúsculas; título completo do trabalho, em itálico; número da edição no seu caso; local e data de publicação; e páginas referidas na citação. Ex.: J.A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 2004, pp. 123–129.

Para indicar os artigos de jornal (ou capítulos de livros) e, nesta ordem: nome completo do (somente iniciais) do autor em letras minúsculas; título completo do artigo em aspas; título da revista (ou o título completo do livro) em itálico; número, volume ou volume e ano de publicação; número de página e o final que é o trabalho; e páginas a que se refere. Exemplo: A. Gómez Robledo, "La Convención de Ginebra sobre la plataforma continental", *AHLADI*, vol. 1 (1959), 62–69, pp. 65–66.

7. Os títulos das obras e dos artigos citados deverão ser indicados no idioma original. Também não serão objeto de tradução as citações textuais em outros idiomas. Proporcionar–se–á em texto e notas, sempre que seja possível, a versão oficial dos assuntos e dos textos normativos citados.

8. Todos os originais apresentados está sujeita a correspondente avaliação científica, realizada por dois especialistas externos ao Instituto, que vão decidir sobre a conveniência de sua publicação, de acordo com os objetivos, a metodologia e os resultados obtidos com o trabalho. No processo de avaliação interno ser garantido o anonimato. No prazo máximo de 45 dias a contar da recepção do Anuário original deve notificar o autor a aceitação ou rejeição do mesmo, propondo, se for caso disso, as modificações ou melhorias necessárias para possível publicação. Nesse caso, o autor terá um novo prazo de 10 dias para reenviar u original modificado.

Uma vez aceito u original, ser entendido como final e não pode ser modificado pelo autor.

9. Os autores não receberão honorários; apenas uma cópia do anuário que contém a sua contribuição.

10. Os originais destinados a publicação, os livros e os artigos para comentários e toda a correspondência devem ser dirigidos a Prof. Dra. Ana Gemma López Martín. Facultad de Derecho–UCM. Ciudad Universitaria s/n. 28040 MADRID (España). Correio eletrônico: anagema@ucm.es

GENERAL RULES FOR PUBLICATION IN THE *ANUARIO HISPANO–LUSO–AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL (AHLADI)*

1. The Anuario Hispano–Luso–Americano de Derecho Internacional (AHLADI) is opened for the publication of scientific original works on International Law of those who are authors both the members and partners of the Institute Hispano–Luso–Americano of International Law and any specialist in the matter foreign to the same one.

2. Manuscripts must be submitted by 31 March each odd year, in WORD format. The maximum length for contributions is 40 pages (A–4 paper, double–spaced, using Times New Roman 12 for text and 10 for footnotes with single–spaced).

The first page should show the title of the contribution, the full name of the author or authors, followed by his condition of member or partner of the Institute and, in his case, his institutional filiation or the name of the centre of work, as well as a summary listing all the headings and subheadings used in the manuscript. The epigraphs and subgraphs will be numbered as follows and without autoformat:

I. Lowercase bold

1. Lowercase italic

3. The articles must be submitted accompanied by a summary in Spanish and English, with a maximum of 500 words and up to 5 keywords. The job title and keywords should also be provided in both languages.

4. Manuscripts must be written in Spanish or Portuguese.

5. Only original works will be published unedited. Papers accepted for publication in the Yearbook may be reproduced in another publication stating in footnote reference page complete AHLADI in which they were originally published

6. The accepted format for references to the literature is as follows. Whenever you cite for the first time, indicate to the books in this order: name (only initials) and surname in lower case, full title of the work, in italics, number of the issue in your case, place and date of publication, and pages referred to the appointment, e.g. J.A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid 2004, pp. 123–129.

For journal articles (or book chapters), the note should state, in the given order: first name (only initials) and surname of the author in lowercase; full title of the article, in quotation marks; the generally–accepted abbreviation of the title of the journal (or book full title) in italics, according to the abbreviations list within the Yearbook; number, issue or volume and year of publication (into brackets); the first and last page numbers of the article quoted; pages referred to, e.g. A. Gómez Robledo, "La Convención de Ginebra sobre la plataforma continental", *AHLADI*, vol.1 (1959), 62–69, pp. 65–66.

7. Titles of books and articles shall be quoted in the original language. Literal quotations in other languages shall not be translated in order to avoid back–translation. Whenever possible the cases and normative texts quoted should be the official versions.

8. All manuscripts submitted will be subject to the relevant scientific evaluation by two experts from outside the Institute, who will decide on the advisability of publication, depending on the objectives, methodology and results of the work. In the internal evaluation process will ensure anonymity.

Within 45 days from receipt of the original author Anuario notify the acceptance or rejection of it, proposing, if any, modifications or improvements needed for publication. On this case, the author will have a further 10 days to re–send the original modified.

Upon acceptance of the original, shall be construed as definitive and cannot be modified by the author.

9. The authors receive no fees, just a copy of the yearbook containing your contribution.

10. Manuscripts to be published, books and articles for review and all correspondence shall be sent to the editors of the AHLADI at the following address: Prof. Dra. Ana Gemma López Martín. Facultad de Derecho–UCM. Ciudad Universitaria s/n. 28040 MADRID (España). Email: anagema@ucm.es.

XXX Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional - IHLADI - Sevilla, 2018