

Derecho Internacional Contemporáneo

TEMAS SELECTOS

COORDINADORES

CARLOS GABRIEL ARGÜELLES ARREDONDO

LAURA ALICIA CAMARILLO GOVEA

CARMELO CATTAFI

DÁMASO MORALES RAMÍREZ



AMEI
Asociación Mexicana
de Estudios Internacionales, A.C.



MÉXICO 2024



CARLOS GABRIEL ARGÜELLES ARREDONDO

Licenciado en Relaciones Internacionales, Universidad Nacional Autónoma de México (FES Acatlán) Maestro en Relaciones Internacionales, Universidad Laval, Quebec, Canadá, Doctor en Estudios del Desarrollo Global, Universidad Autónoma de Baja California. Estudios de Master en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales, Universidad de Barcelona, España. Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Texas en El Paso, la Universidad de Texas en Austin, la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Chile. Ha impartido conferencias en Alemania, Argentina, Belice, Bolivia, Canadá, Chile, China, Cuba, Ecuador, Estados Unidos, India, Irlanda, Israel, México, Paraguay, Rusia y Turquía. Sus líneas de investigación son política exterior, geopolítica, regionalismo y derecho internacional. Sus últimas publicaciones versan sobre *“La Guerra Fría en el Arte y la Cultura”*, *“Antonio Trujol y Serra: de la sociedad europea al sistema internacional contemporáneo”*, *“El sector espacial en Canadá durante los periodos conservadores y liberales en el siglo XXI”* y *“Protección y preservación del medio marino global en tiempos de crisis sanitaria”*. Ha impartido materias como América del Norte, América Latina, geopolítica, integración regional y política exterior de México, entre otras. Reconocimiento con Perfil Deseable de PRODEP (2021-2024). Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del CONAHCYT. Fue Jefe de Carrera de Ciencias Marítimas y Relaciones Internacionales y es Profesor-Investigador en el Instituto de Estudios Internacionales “Isidro Fabela” de la Universidad del Mar (Oaxaca, México).



LAURA ALICIA CAMARILLO GOVEA

Es Doctora en Derecho *cum laude* por la Universidad de Castilla-La Mancha en España, Maestra en Asuntos Internacionales y licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California. Obtuvo la certificación de enseñanza en Derechos Humanos del Centro Internacional para la Enseñanza de Derechos Humanos por el Instituto Internacional de Derechos del Hombre con sede en Estrasburgo, Francia. Líder del cuerpo académico “Estudios jurídicos internacionales”, miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I, profesora titular por oposición de tiempo completo en la Facultad de Derecho Tijuana de la UABC donde actualmente funge también como Directora.

Diseño de Portada:
Johanna García Lizárraga

DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. TEMAS SELECTOS

DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. TEMAS SELECTOS

Carlos Gabriel Argüelles Arredondo

Laura Alicia Camarillo Govea

Carmelo Cattafi

Dámaso Morales Ramírez

COORDINADORES



AMEI
Asociación Mexicana
de Estudios Internacionales, A.C.



MÉXICO 2024

Esta obra fue dictaminada por pares académicos

Derecho Internacional contemporáneo. Temas selectos

Primera edición: Marzo de 2024

© D.R. 2024 Carlos Gabriel Argüelles Arredondo, Laura Alicia Camarillo Govea, Carmelo Cattafi y Dámaso Morales Ramírez

Las características de esta publicación son propiedad de:

Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI)

ISBN: 978-607-99598-7-6

Universidad Autónoma de Baja California (UABC)

Centro de Estudios sobre la Política Exterior de México (CESPEM)

Las opiniones y datos contenidos en este libro son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan el punto de vista de las instituciones que lo publican.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos patrimoniales.

Impreso y hecho en México / Printed and made in Mexico.

Contenido

Presentación	11
<i>Carlos Gabriel Argüelles Arredondo, Laura Alicia Camarillo Govea, Carmelo Cattafi y Dámaso Morales Ramírez</i>	

PRIMERA PARTE

Derecho Internacional y Derechos Humanos

CAPÍTULO 1. El Sistema Universal de Derechos Humanos	17
<i>Laura Alicia Camarillo Govea Gershon Uriel López Aquino</i>	
CAPÍTULO 2. La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano	31
<i>Nataly Elizabeth Rosas Rábago</i>	
CAPÍTULO 3. Tratados y jurisprudencia internacionales en materia de Derechos Humanos	45
<i>Melvin Uziel Porras Reynoso</i>	

SEGUNDA PARTE

Derecho Internacional de la Migración

CAPÍTULO 4. Derecho Internacional de las migraciones	67
<i>Adriana Sletza Ortega Ramírez Melvin Uziel Porras Reynoso</i>	

CAPÍTULO 5. El migrante ambiental, vulnerabilidad, justicia y derecho	85
<i>Lucero de Jesús Ruiz Guzmán</i>	

CAPÍTULO 6. Derecho Internacional en la Migración: Una vista hacia la asistencia y protección consular mexicana	97
<i>Belén Elizabeth Licona Romero</i>	
<i>Carlos Eduardo Hernández Vives</i>	

TERCERA PARTE

Derecho Internacional y América Latina

CAPÍTULO 7. Una década de la Alianza del Pacífico: Perspectivas desde el Derecho Económico Internacional	115
<i>Carlos Gabriel Argüelles Arredondo</i>	
<i>Karla Verónica Félix Jaramillo</i>	
<i>Rafael Velázquez Flores</i>	

CAPÍTULO 8. Globalización y nuevo constitucionalismo en América Latina	135
<i>Walid Tijerina</i>	
<i>Salvador Gerardo González Cruz</i>	

CUARTA PARTE

Derecho Internacional del Espacio y Armamentismo

CAPÍTULO 9. Retos del Derecho del Espacio Ultraterrestre frente al surgimiento y consolidación de nuevas potencias espaciales en la posguerra fría	149
<i>Juan Carlos Velázquez Elizarrarás</i>	

Capítulo 10. El Tratado Sobre la Prohibición de las Armas Nucleares: significado y tendencias	177
<i>María Antonieta Jáquez Huacuja</i>	
<i>Joshua Torres Sandoval</i>	

QUINTA PARTE

Derecho Internacional, Política y Diplomacia

CAPÍTULO 11. El derecho *vs.* la política en el escenario internacional contemporáneo 197
David Jamile Sarquís Ramírez

CAPÍTULO 12. Derecho Diplomático: La inmunidad diplomática en el siglo XXI..... 217
Pedro González Olvera

SEXTA PARTE

Derecho Internacional, Salud y Deporte

CAPÍTULO 13. El Derecho Internacional y el deporte 235
James Graham

CAPÍTULO 14. Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) y el derecho universal a la salud 255
Carmelo Cattafi
Iliana Rodríguez Santibáñez



“Debemos sin embargo llamar la atención sobre el hecho de que el Derecho internacional no debe, ni puede, concebirse como una ciencia enteramente autónoma. La correcta interpretación de los fenómenos de formación, respeto, aplicación, violación, etc., de las normas internacionales, exige el mejor conocimiento de la realidad internacional, que sólo es posible viéndola desde la diversa óptica que dan las distintas ramas de las ciencias sociales que se aplican a su estudio: historia diplomática y política internacional, economía internacional, y, en fin, teoría de las relaciones internacionales”

Modesto Seara Vázquez (1931- 2022)

*Derecho Internacional Público,
Editorial Porrúa, México (2009)*

Presentación

Carlos Gabriel Argüelles Arredondo
Laura Alicia Camarillo Govea
Carmelo Cattafi
Dámaso Morales Ramírez

Estudiar el Derecho Internacional es una parte sustantiva de las relaciones internacionales, con mayúsculas y minúsculas. En efecto, el mundo antiguo y moderno se ha organizado por medio de leyes que permiten la coexistencia pacífica y la solución de controversias. Por siglos, los antiguos reinos y ciudades contemplaron un conjunto de normas jurídicas para regular sus relaciones, y actualmente, los Estados-Nación y los organismos internacionales como sujetos del Derecho internacional también buscan los mecanismos para la coexistencia pacífica. Recordemos el Tratado de Kadesh suscrito en 1259 a. C. entre el antiguo Egipto y los hititas como el primer tratado de paz de la historia. En el devenir de la humanidad encontramos numerosos conflictos, a gran escala y de baja intensidad. Esta conducta la teoría del realismo la analiza como la base de un mundo anárquico. Sin embargo, las teorías del liberalismo y del idealismo encuentran en la naturaleza humana elementos benignos que pueden propiciar la cooperación y darle una salida consensuada a los desacuerdos internacionales.

Efectivamente, esta cooperación la encontramos en las bases del Derecho Internacional y la posibilidad de que las comunidades humanas encuentren los elementos adecuados para la justicia. Comparativamente, el Derecho Internacional se divide en dos áreas: el público y el privado. El primero, son las normas jurídicas que regulan las relaciones entre Estados y organismos internacionales. El segundo, son las relaciones entre el Estado y los particulares. No obstante, en el público ya se incluye al individuo cuando éste forma parte de la protección de los Derechos Humanos, tema con el que esta obra empieza. Pero según algunos juristas como Antonio Truyol y Serra, el Derecho Internacional debería llamarse 'Derecho Interestatal' debido a que no solo las naciones tienen relaciones jurídicas, sino sobre todo los Estados.

En todo caso, la denominación del adjetivo 'internacional' forma parte de la costumbre entre los Estados. Hablando de la costumbre, además de las fuentes materiales, ésta forma parte de las fuentes formales del Derecho Internacional, junto con los tratados, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, la

doctrina y las resoluciones de organismos internacionales. Estos elementos conforman el ordenamiento jurídico a los cuales los Estados y las organizaciones internacionales pueden recurrir en caso de litigio o controversias. Una parte fundamental del arreglo pacífico entre las entidades nacionales son los tratados, que se definen como 'todo acuerdo celebrado por escrito entre dos o más sujetos de Derecho Internacional', siendo la Carta de las Naciones Unidas, firmada en 1945, el tratado internacional más importante de la historia.

En ese sentido, el Derecho Internacional Público se divide en diferentes áreas. Con el adjetivo 'internacional', entre ellas tenemos al Derecho Aéreo, Derecho del Mar, Derecho Marítimo, Derecho Comercial, Derecho Humanitario, Derecho de los Niños, Derecho de las Mujeres y Derecho de los Tratados. Así, como parte central de este libro los editores incluyeron los Derechos Humanos, Derecho de la Migración, Derecho Ambiental, Derecho Económico y Constitucional. Asimismo, el texto abarca Derecho del Espacio Ultraterrestre y Derecho de la Paz, Derecho Diplomático y Consular, Derecho del Deporte y Derecho Universal a la Salud. Por esa razón, el libro lleva por título Derecho Internacional Contemporáneo. Temas selectos. En su clásico libro de *Derecho Internacional Público*, Modesto Seara Vázquez, eminente jurista internacional, establece que todas las ramas del derecho evolucionaron con los cambios de la sociedad, particularmente el Derecho Internacional. Esto es debido a que la sociedad internacional es la base social del derecho y ésta cambia rápidamente. Por lo tanto, las ramas del derecho internacional se tienen que adaptar a los hechos, puesto que primero está el 'hecho' y luego el 'derecho'.

Este libro se concentra básicamente en algunas áreas selectas del Derecho Internacional para resaltar la importancia en la época actual. Entonces, el aspecto central del texto es el jurídico, pero con algunas variables económicas, políticas, históricas, ambientales y sociales como apoyo intelectual. En ese contexto, el objetivo general del libro es contribuir a la literatura jurídica de orden internacional en México y América Latina. Además, también esperamos que esta obra abone a la reflexión sobre los temas que aquejan a la sociedad internacional y regional desde la perspectiva del Derecho Internacional como área nodal de las relaciones internacionales.

El libro se divide en seis partes. En la primera, Derecho Internacional y Derechos Humanos, el primer capítulo escrito por Laura Alicia Camarillo Govea junto con Gershom Uriel López Aquino, exploran el Sistema Universal de los Derechos Humanos, donde analizan los antecedentes, integración, mecanismos y funcionamiento del sistema universal de protección de derechos humanos, enfatizando en el trabajo desarrollado por los órganos creados en virtud de tratados, mejor conocidos como comités. El segundo capítulo, Elizabeth Nataly Rosas Rábago aborda la protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. En su contribución, la autora tiene como objetivo analizar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como uno de los sistemas de promoción y protección de estos derechos, dedicado de manera específica a conocer los casos de presuntas violaciones en el continente americano. El tercer

capítulo escrito por Melvin Uziel Porras Reynoso aborda los Tratados y jurisprudencia internacionales en materia de Derechos Humanos. El autor tiene por objeto estudiar a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y a la jurisprudencia internacional emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y su aplicación en el derecho interno para garantizar la protección de derechos humanos, ejemplificándolo con el sistema jurídico mexicano.

La segunda parte del libro, denominada Derecho Internacional de la migración, se compone de tres capítulos. El capítulo cuatro a cargo de Adriana Sletza Ortega Ramírez y Melvin Uziel Porras Reynoso aborda el Derecho Internacional de las migraciones. En su estudio los autores tienen el propósito de ofrecer una visión general del Derecho Internacional (DI) aplicable en materia migratoria. El capítulo cinco es escrito por Lucero de Jesús Ruiz Guzmán con el tema el migrante ambiental, vulnerabilidad, justicia y derecho. La autora tiene por objetivo analizar cómo al percibir a la migración ambiental desde la perspectiva de la seguridad nacional se atenta contra la dignidad y seguridad humana del migrante ambiental. El capítulo seis denominado Derecho Internacional en la Migración: Una vista hacia la asistencia y protección consular mexicana es escrito por Belén Elizabeth Licona Romero y Carlos Eduardo Hernández Vives. Este capítulo aborda el derecho internacional desde la asistencia y la protección consular mexicana.

La tercera parte del libro, Derecho Internacional y América Latina, empieza con el capítulo siete, a cargo de Carlos Gabriel Argüelles Arredondo, Karla Verónica Félix Jaramillo y Rafael Velázquez Flores, quienes abordan el tema una década de la Alianza del Pacífico: perspectivas desde el Derecho Económico Internacional. En su intervención los autores tienen el objetivo de explicar el desarrollo de la Alianza del Pacífico (AP) desde la perspectiva del Derecho Económico Internacional (DEI). Asimismo, el capítulo ocho escrito por Walid Tijerina y Salvador Gerardo González Cruz analiza la conexión entre la Globalización y el nuevo constitucionalismo en América Latina.

La cuarta parte del volumen se concentra en el Derecho Internacional del Espacio y el armamentismo. En el capítulo nueve, Juan Carlos Velázquez Elizarrarás toca el tema retos del Derecho del Espacio Ultraterrestre frente al surgimiento y consolidación de nuevas potencias espaciales en la posguerra fría, donde explora la historia del Derecho Internacional del espacio y su aplicación en la época de posguerra fría y cómo se aplica este derecho en la actualidad. El capítulo diez a cargo de María Antonieta Jáquez Huacuja y Joshua Torres Sandoval se enfoca al Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares su significado y tendencias. En su texto, los autores mencionan que las acciones de desarme y la no proliferación nucleares deben darse con prontitud de cumplimiento de compromisos y tener obligaciones en la materia.

La quinta sección de esta obra se denomina Derecho Internacional, política y diplomacia, con el capítulo once titulado el derecho *vs.* la política en el escenario internacional contemporáneo: el caso de Ucrania, a cargo de David

Jamile Sarquís Ramírez. El autor tiene el propósito de reflexionar de manera crítica sobre las implicaciones de este proceso, especialmente en lo referente a la relación que existe entre la política y el derecho en el ámbito internacional. El capítulo doce escrito por Pedro González Olvera se orienta al Derecho Diplomático y la inmunidad diplomática en el siglo XXI. En su análisis, el autor hace una revisión jurídica, histórica y contemporánea de la figura de la inmunidad diplomática en las relaciones entre Estados.

La última parte del libro, la sexta sección aborda la conexión del Derecho Internacional con la salud y el deporte. En el capítulo trece, James Graham habla del puente entre el Derecho Internacional y el deporte, donde reflexiona sobre cómo el deporte internacional está ligado estrechamente con el 'derecho de gentes'. El capítulo catorce cierra el libro con el tema de los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) y el derecho universal a la salud, a cargo de Carmelo Cattafi e Iliana Rodríguez Santibáñez. El objetivo de los autores es, a través del método descriptivo y analítico, demostrar por qué razones hay dificultades para lograr a plenitud el derecho humano a la salud y cómo los ODS, aun sin ser vinculantes, trazan metas suficientes para que los Estados puedan disminuir las desigualdades en esta materia, y conceder vigencia entre otros principios, al de la universalidad del derecho humano a la salud.

Quisiéramos expresar nuestra especial gratitud a todos los autores que aceptaron colaborar en esta obra, pues sin su gran contribución científica el documento no habría sido posible. A la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC) por el apoyo brindado para la elaboración de este libro. También, a la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI) y a sus expresidentes, en particular al Embajador Pedro González Olvera y a la presidenta en funciones Dra. Adriana Sletza Ortega Ramírez, así como al Secretario General de la misma asociación, Mtro. Isaac Flores Delgado, por su apoyo editorial. Un agradecimiento del Dr. Rafael Velázquez Flores del Centro de Enseñanza y Análisis de la Política Exterior de México (CESPEM), por las facilidades para la impresión de la obra. Al Dr. Alberto Lozano Vázquez, director del Instituto de Estudios Internacionales 'Isidro Fabela' de la Universidad del Mar, por sus sugerencias para la organización del contenido del libro.

Finalmente, estamos conscientes que en un volumen no se pueden abarcar todos los tipos de Derecho Internacional. Sin embargo, los autores y editores abrigamos la esperanza de que habrá algunos que, al leer las temáticas jurídicas abordadas en este trabajo, encontrarán la inspiración necesaria para consagrarse al antiguamente llamado 'Derecho de Gentes' e investigar más para contribuir a la paz y al bienestar del género humano.

PRIMERA PARTE

Derecho Internacional y Derechos Humanos

CAPITULO 1

El Sistema Universal de Derechos Humanos

Laura Alicia Camarillo Govea*
Gershom Uriel López Aquino**

Introducción

La protección de los derechos humanos como parte integrante de los valores, preocupaciones y aspiraciones de las naciones en su conjunto surge al finalizar la Segunda Guerra Mundial como reacción a las masivas violaciones de los derechos de las personas y a las atrocidades que se llevaron a cabo durante este lamentable episodio en la historia de la humanidad. Considerando lo anterior, los Estados fundamentaron su compromiso con la causa de la promoción y defensa de los derechos de las personas, instaurando un evolutivo régimen de garantía internacional que limita la actuación soberana estatal frente a la población que se encuentra dentro de su jurisdicción.

Con la suscripción de tratados centrados en la protección de los derechos humanos, la creación de órganos, procedimientos y mecanismos de diversa naturaleza para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados, se desarrollaron paulatinamente auténticos sistemas internacionales de protección de derechos, tanto regionales (Sistema Europeo de Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos) como de aspiración general. En este último contexto nace y se desarrolla el sistema universal de protección de los derechos humanos dentro del seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

El objetivo del presente capítulo es analizar los antecedentes, integración, mecanismos y funcionamiento del sistema universal de protección de derechos

* Profesora - Investigadora de la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC). doctora en Derecho por la Universidad de Castilla la Mancha en España. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1 (SNI), Es líder del cuerpo académico "Estudios Jurídicos Internacionales" y actualmente funge como directora de la Facultad de Derecho Tijuana de la UABC.

** Profesor del curso "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" en la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC). Es Maestro en Ciencias Jurídicas por la UABC. Actualmente cursa el Doctorado en Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho Tijuana de la UABC.

humanos, enfatizando en el trabajo desarrollado por los órganos creados en virtud de tratados, mejor conocidos como comités. El capítulo está dividido en tres apartados centrales. El primero ofrece un marco de antecedentes histórico de la formación de la ONU y los principales documentos que sientan las bases del sistema. El segundo está dedicada al análisis de la integración del sistema universal y las funciones relacionadas a los derechos humanos de algunos órganos principales de la ONU y la conformación del sistema de tratados de las Naciones Unidas. El tercero aborda aspectos relacionados con la supervisión y control de los tratados del sistema universal a través del funcionamiento de los comités de Naciones Unidas. Finalmente, se arrojan las conclusiones del análisis realizado.

Antecedentes de la formación del sistema universal

Aunque ya desde el siglo XIX aparecen instituciones jurídicas internacionales que aspiraban a poner límites a la soberanía de los Estados en nombre de consideraciones humanitarias, el derecho internacional clásico seguía fuertemente anclado en torno la concepción de la subjetividad internacional exclusiva del Estado y por ello, se consideraba como un sistema exclusivamente interestatal. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional consideró necesario implementar medidas para que los actos inhumanos perpetrados durante el conflicto bélico no se repitieran, y con ese objetivo se celebraron diversas conferencias y reuniones entre los países para trabajar en favor de la paz y la seguridad de los pueblos y regiones. Sin lugar a duda, este segundo conflicto bélico mundial marca un antes y un después en la actuación las naciones sobre la protección de los derechos fundamentales y la dignidad de las personas.

En agosto de 1944 se llevó a cabo la conferencia de *Dumbarton Oaks* (también conocida como Conversaciones de Washington de la Organización de Paz Internacional y Seguridad) donde se reunieron los representantes de la Unión Soviética, Reino Unido, China y Estados Unidos con la finalidad de elaborar un proyecto para sustituir a la entonces –y fallida– Sociedad de Naciones instaurada en 1919. Como resultado de las conversaciones se sentaron las bases, principios y estructura para el funcionamiento de una nueva organización cuyo objetivo principal fuera la adopción de un conjunto de derechos universales (Sanz y Tejeda, 2015) surgiendo así la Organización de las Naciones Unidas (ONU) creada hasta 1945 en el marco de la Conferencia de San Francisco, en donde los representantes de 50 países se reunieron para la adopción de la Carta de las Naciones Unidas.

A pesar de que la Carta de las Naciones Unidas no define qué debe entenderse por derechos humanos o libertades fundamentales, no incluye una declaración o catálogo de derechos fundamentales y tampoco establece un sistema de protección de derechos, sin duda, sirvió de referencia conceptual y jurídica para el desarrollo progresivo de instrumentos de protección de derechos humanos (Bou Franch y Castillo, 2010). La Carta de Naciones Unidas fue fundamental en el inicio de la tutela internacional de los derechos humanos, y “cualquiera que

sea el papel que quepa asignar a la regulación de determinados derechos de la persona humana en el pasado, el hecho es que hasta la Carta de las Naciones Unidas no encontramos un reconocimiento internacional de principio de los derechos humanos. Éste es indiscutiblemente uno de los méritos históricos de la Carta” (Truyol, 2000: 44).

Una de las primeras acciones de la ONU fue la redacción de un catálogo de derechos fundados en la dignidad humana, así como en los compromisos internacionales de los Estados previstos en la Carta de las Naciones Unidas; el resultado fue la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948 en París, Francia. La DUDH marcó una nueva etapa en el derecho internacional, por ser el primer instrumento de carácter universal que enuncia derechos que se les reconocen a todas las personas. A través de la Declaración Universal la comunidad internacional aceptó, por primera vez en la historia, la responsabilidad de velar por la protección y el cumplimiento de los derechos humanos (Álvarez, 2006).

Los postulados de la Declaración Universal lograron consolidar progresivamente una especie de modelo o “estándar de referencia” (Carrillo, 2001) con innegable significado, peso y valor jurídico en tanto que es una interpretación autorizada de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. Aun a pesar de no ser un tratado internacional y por tal motivo no ser vinculante para los Estados suscriptores, la Declaración Universal es *per se* el “parteaguas” en la protección de los derechos fundamentales con una proyección universal (Camarillo, 2018).

Las naciones consideraron indispensable proceder a la aprobación de instrumentos de derechos humanos que tuviesen carácter plenamente jurídico y pudiesen vincular a los Estados parte. Por tal razón, la comunidad internacional impulsó la firma tratados a fin de hacer efectivos de protección de los derechos humanos, que “constituyeron un cambio en el tratamiento de los derechos humanos por la comunidad internacional, ya que se trata de normas que imponen obligaciones jurídicas directamente vinculantes para los Estados parte” (Håkansson, 2016: 98).

De esta manera, se han aprobado numerosos documentos y convenciones internacionales de protección de derechos humanos, algunos de ellos, por su importancia, se consideran textos indispensables. Tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que junto con sus protocolos facultativos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, comprenden lo que se ha denominado la 'Carta Internacional de Derechos Humanos', documentos de mayor trascendencia dentro del sistema universal; además, se han suscrito un gran número de tratados temáticos tanto de carácter regional como universal, y creado organizaciones internacionales con el fin de propiciar la cooperación entre todos los Estados. Aunado a la adopción de tratados internacionales se han formado órganos de diversa naturaleza para asegurar el cumplimiento de las obligaciones estatales lo que cimienta el desarrollo de sistemas internacionales de

protección de derechos humanos. En ese escenario se instaura el sistema universal de protección de los derechos humanos bajo el auspicio de la ONU.

La integración del Sistema Universal de Derechos Humanos

Se denomina “sistema universal de protección de derechos” al conjunto de normas, órganos y mecanismos de control internacional, autónomos de los sistemas estatales, que se instituyen para la promoción, protección y desarrollo de los derechos humanos (Escobar, 2007), que surgen y se establecen en el ámbito de la ONU. Este sistema se integra por una gran cantidad de mecanismos encaminados a velar por la protección de los derechos humanos. Tomando en consideración su estructura, el sistema universal se integra por los organismos de derechos humanos de la ONU (en particular, el Consejo de Derechos Humanos, la Subcomisión —hoy Comité asesor—, los Relatores y Grupos de Trabajo que de éstas dependen), por los Comités de expertos establecidos en virtud de ciertos tratados en materia de derechos humanos y eventualmente a documentos elaborados por el Secretariado de las Naciones Unidas y resoluciones sobre derechos humanos adoptadas por el Consejo Económico y Social (ECOSOC), la Asamblea General y el Consejo de Seguridad (O'Donnell, 2012).

El término 'universal' procede de la Declaración Universal de los Derechos Humanos e indica que estos derechos son propios de todas las personas por igual, sin exclusiones ni discriminaciones de ningún tipo (Bregaglio, 2013), con un diseño de alcance general, es decir, en todas las naciones, pueblos y regiones que integran la ONU. A diferencia de los sistemas regionales de protección de derechos humanos que tienen órganos permanentes y específicos y que son claramente identificados, el funcionamiento del sistema universal es más complejo, ya que cuenta con una gran cantidad de órganos, instrumentos y mecanismos que se encargan de sostener y desarrollar este sistema. Además, este sistema desarrollado por la ONU establece regulaciones con aspiraciones de carácter general o universal, a pesar de que muchos de sus órganos solo tienen facultades e incidencia respecto de los Estados que reconocen sus atribuciones mediante la aceptación expresa o a través de la adopción de protocolos adicionales que dotan de mayor efectividad a los tratados que los crean.

La Carta de las Naciones Unidas establece en su artículo primero, como uno de sus principales propósitos de la ONU el realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión. De esta manera, los diferentes órganos de las Naciones Unidas están llamados a velar por el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. A continuación, destacamos relevantes funciones relacionadas a los derechos humanos de algunos principales órganos de la ONU.

De conformidad con el artículo 10 de la Carta de Naciones Unidas, la Asamblea General tiene la competencia de discutir cualquier asunto dentro de

los límites del propio instrumento internacional o que se refieran a los poderes o funciones de cualquiera de los órganos creados por la Carta. De igual forma, según el artículo 13.1.b le compete promover estudios y recomendaciones para fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Con ello, la Carta de las Naciones Unidas permite a la Asamblea General iniciar estudios y realizar recomendaciones en materia de derechos humanos cuando lo estime pertinente.

El Consejo de Derechos Humanos es un organismo creado el 15 de marzo de 2006 en votación de la Asamblea General de las Naciones Unidas (en sustitución de la criticada Comisión de Derechos Humanos), cuyo fin es la promoción, defensa y protección de los derechos humanos. Tiene una serie de procedimientos, mecanismos y estructuras para llevar a cabo sus objetivos, entre los que destaca el Examen Periódico Universal (EPU), así como los procedimientos especiales.¹

La Secretaría General es el órgano administrativo principal de la ONU. Entre sus funciones está el auxiliar a los principales órganos de la ONU administrando los programas y las políticas que éstos elaboran. Así, administra operaciones de mantenimiento de la paz, es mediadora en controversias internacionales, examina tendencias y problemas económicos y sociales y prepara estudios sobre derechos humanos y desarrollo sostenible. Uno de los principales organismos con los que cuenta la Secretaría General es la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)² que colabora con los gobiernos, los congresos o parlamentos, las autoridades judiciales, las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones no gubernamentales y una diversidad de actores de la sociedad civil para concientizar y velar porque se respeten los derechos humanos.

Sin embargo, como ya se señaló, aunque en el sistema universal existen órganos y mecanismos creados a partir de la Carta de las Naciones Unidas, así como otros mecanismos extra-convencionales, el desarrollo progresivo de los derechos humanos bajo la cobertura de ONU se ha llevado a cabo de manera más especializada a través de la suscripción de tratados internacionales de carácter vinculante para los Estados parte y los cuales prevén la creación de órganos integrados por expertos independientes para vigilar el cumplimiento sus disposiciones.

Con el establecimiento de órganos de vigilancia de los tratados internacionales y un creciente número de organismos internacionales, se desarrolla una nueva forma de interacción entre sujetos del derecho internacional, que no se

¹ Son mecanismos que examinan, vigilan, asesoran e informan sobre la situación de violaciones de los derechos humanos en un país determinado (mandatos por país) o sobre una cuestión temática (mandatos temáticos).

² Véase: Resolución 48/141 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993. La labor de la OACDH se armoniza, asimismo, con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los ulteriores instrumentos de derechos humanos, incluida la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y el documento final de la Cumbre Mundial de 2005 (Asamblea General, resolución 60/1 de 16 de septiembre de 2005).

daba en el derecho internacional clásico. Las actuales relaciones internacionales ya no centran únicamente en los Estados, sino que se han integrado nuevos sujetos al escenario mundial, que, junto al avance de las nuevas tecnologías, el fenómeno de la globalización y el establecimiento y fortalecimiento de regímenes nacionales e internacionales basados en el respeto y protección de los derechos humanos, han transformado el vínculo de los Estados como en ninguna otra época.

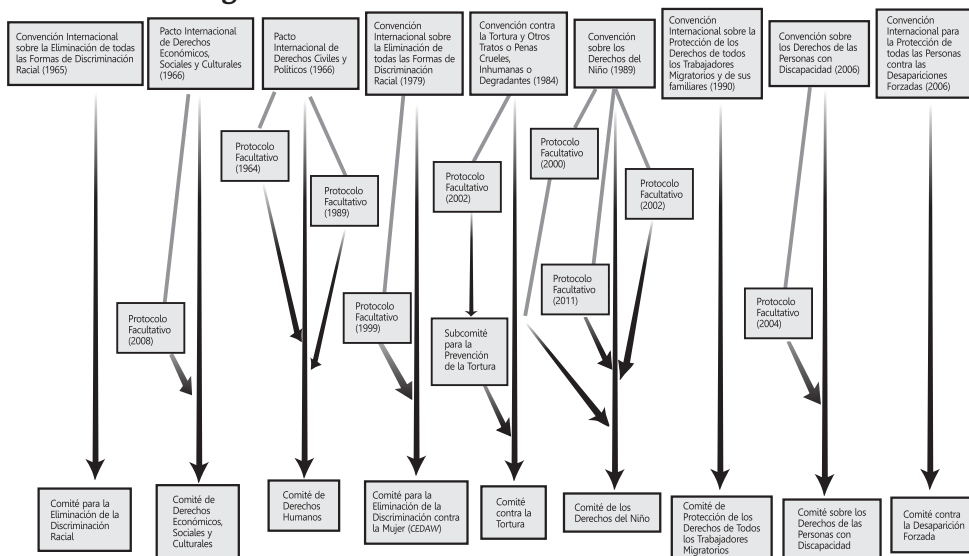
El Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

La necesidad de asegurar la efectiva protección de los derechos proclamados en la DUDH dio origen a la suscripción de tratados internacionales, de carácter vinculante para los Estados suscriptores, en el ámbito de la ONU que forman parte del denominado sistema de tratados de las Naciones Unidas (ACNUDH, 2012) que se conforma por nueve convenciones internacionales, sus protocolos facultativos y sus respectivos órganos creados en virtud de tratados (*treaty bodies* en inglés), mayormente conocidos como Comités, para lograr un desarrollo progresivo de las obligaciones estatales.

En términos generales, las nueve convenciones sobre derechos humanos de Naciones Unidas comprenden tres partes: una sustantiva, una relativa al órgano creado para su observancia y otra sobre las disposiciones generales del tratado, en donde se contempla lo relacionado a las reservas, entrada en vigor y, en su caso, denuncia del instrumento (Castañeda, 2012). Estos tratados plasman obligaciones internacionales de promover y proteger los derechos humanos con vocación universal. Con la ratificación de los Estados se manifiesta el consentimiento y compromiso de hacer efectivos los derechos en el ámbito doméstico. Además, con la creación de órganos en virtud de tratados, se apoya, asiste y supervisa el cumplimiento de las obligaciones de los Estados suscriptores en el plano nacional donde recae la tarea primordial de difusión y protección de los derechos humanos para el disfrute de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

La conformación de los comités de Naciones Unidas

Los comités de Naciones Unidas se integran por expertos independientes cuya principal función es supervisar el cumplimiento de los tratados que les dan vida y que han sido suscritos y ratificados por los Estados. Si bien, los tratados *per se* son obligatorios, cuando se refieren a derechos humanos, por su objeto y fin, tienen una naturaleza especial que requieren el aseguramiento de sus disposiciones. Por ello, a través de la instauración de un comité por cada tratado, los Estados reconocen el apoyo subsidiario y delegan facultades decisorias en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. En la siguiente figura se muestra la composición del sistema de tratados de derechos humanos Naciones Unidas, en la que se incluyen los tratados, protocolos facultativos y comités que supervisan los tratados.

Figura 1. Sistema de tratados de Naciones Unidas

Fuente: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012).

El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, Ginebra. Folleto informativo N° 30/Rev.1.

Es necesario aclarar que los comités referidos no son parte de la estructura formal de la ONU, es decir, no forman parte de los órganos principales de las Naciones Unidas, sino que se crean a partir de un mandato convencional de donde se origina su funcionamiento. Los comités se integran por personas expertas independientes elegidas de entre los diferentes países y sistemas jurídicos de los Estados parte de las convenciones, de reconocida integridad moral y competencia en materia de derechos humanos, que ejercen su mandato a título personal, lo que quiere decir que no defienden ni actúan en representación de ningún Estado. De esta manera, se procura asegurar la imparcialidad de sus votaciones en las resoluciones que emiten como integrantes de los diferentes cuerpos colegiados. La cantidad de miembros la establece la base convencional que les da vida o el reglamento que rige su actividad; son propuestos y elegidos por un periodo fijo renovable. Para el ejercicio de sus funciones los comités se componen por el presidente, vicepresidentes y relatores, con las facultades establecidas en sus respectivas regulaciones.

La supervisión y control de los tratados del sistema universal: El funcionamiento de los comités de Naciones Unidas

Dentro del trabajo que realizan bajo el mandato de supervisar y monitorear el cumplimiento de las obligaciones de los Estados suscriptores de los tratados de la ONU, los comités cuentan con mecanismos en los que se basa su funcionamiento para dotar de efectividad las disposiciones convencionales. Las atribuciones conferidas a estos órganos a través de sus diferentes mecanismos han cobrado cada vez mayor importancia en constatar violaciones a los derechos

humanos de las personas bajo la jurisdicción estatal. Para efectos del presente trabajo se examinan las funciones con relación a los informes de los Estados, observaciones finales, observaciones generales, denuncias interestatales y la resolución de quejas particulares o comunicaciones individuales.

Examen de informes periódicos

Los nueve principales tratados de derecho humanos de las Naciones Unidas brindan, sin excepción, un mecanismo de presentación de informes estatales de carácter obligatorio, a diferencia de los procedimientos de quejas individuales, en donde es optativo el aceptar la competencia de los órganos de tratados para tal efecto. La finalidad de este mecanismo es revisar el nivel de cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en cada uno de los tratados. Es decir, se genera una obligación de rendir cuentas acerca del grado de aplicación en el orden jurídico interno de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales. Esta obligación de rendir cuentas se concreta en la presentación de un informe inicial, así como informes periódicos en los plazos establecidos ante el órgano previsto en cada uno de los tratados. Estos informes deben brindar información sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que el Estado haya adoptado y que sirvan para hacer efectivos los derechos consagrados en el respectivo tratado del que sean parte. También se informa sobre los progresos realizados y los obstáculos encontrados en la aplicación del tratado.

Algunos aspectos en común previstos en los nueve tratados internacionales con relación a la presentación de los informes son:

- 1) Son de carácter obligatorio en el sentido de que todos los Estados parte tienen que rendir cuentas ante el órgano de control.
- 2) Los Estados tienen que informar de las medidas adoptadas y de los progresos logrados en la efectividad de los derechos reconocidos.
- 3) Se desarrolla un dialogo entre el órgano competente para examinar el informe y los representantes estatales y;
- 4) Se faculta al órgano de control para realizar los comentarios generales que estime pertinentes y para que formule las recomendaciones al respecto (Berraondo, 2004).

Cada tratado establece un periodo distinto en cuanto a la remisión del informe, pero hay una exigencia común en todos de enviar el primer reporte al año de entrar en vigor el instrumento internacional. Los reportes o informes son remitidos al comité encargado de la supervisión del tratado respectivo, quien tiene la responsabilidad de verificar el cumplimiento de las obligaciones estatales. Con el objetivo de tener más claridad de en los reportes, los comités han permitido la participación de las organizaciones no gubernamentales (ONG's) nacionales e internacionales que brindan información valiosa sobre la situación

de los derechos humanos en el derecho interno de los Estados, contando con otros medios complementarios de información respecto a los presentados en los reportes estatales, conocidos como “informes sombras” (*Shadow Report* en inglés).

Una vez que se recibe el reporte, conforme a un cronograma previamente establecido, se produce una sesión en forma de audiencia que preside el órgano de control al que va dirigido el informe estatal. En esta reunión el representante del Estado que remite el informe recibe las preguntas de los miembros del comité. Una vez que concluye la sesión, el comité elabora un informe sobre la valoración de la información recibida por parte del Estado denominado observaciones finales. La formulación de estos comentarios finales plantea lineamientos que guían la manera en que los Estados pueden cumplir con sus obligaciones convencionales. El examen de los informes nacionales es un procedimiento clave para supervisar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las convenciones de derechos humanos de la ONU.

Los procedimientos adoptados para llevar a cabo dichos exámenes han evolucionado con el tiempo y aún están evolucionando. En particular, la decisión del Comité de Derechos Humanos de adoptar observaciones finales –una práctica seguida por otros órganos creados en virtud de tratados– ha ayudado a crear conciencia sobre el contenido de las obligaciones de derechos humanos y el nivel de cumplimiento de las obligaciones a nivel nacional (Kalin, 2012). Sin duda la presentación de los informes refleja el compromiso y la obligación de los Estados ante la comunidad internacional en la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción.

Observaciones finales

Los comités realizan sesiones públicas para la presentación de los informes periódicos por parte de los Estados suscriptores, una vez que concluye esta sesión con los representantes estatales, se analiza el informe presentado y realiza una reunión privada para discutir las observaciones finales que son redactadas por un relator especial, para después ser adoptadas por consenso por sus integrantes. La formulación de estas observaciones relativas a cada país pone fin a los trabajos de examen de los informes periódicos de los Estados realizado por los comités.

En cuanto a la estructura del contenido de las observaciones finales, en general se asimilan en la mayoría de los casos, sin embargo, cada comité adopta algunas características en relación con los lineamientos de la convención que supervisa, por ejemplo, las que formula el Comité de Derechos Humanos están estructuradas de la siguiente manera: primero hay una introducción respecto a la presentación o no del informe periódico del Estado. Esto es seguido por una sección corta sobre “aspectos positivos”, destacando los logros clave, y luego por una sección que enumera los “principales temas de preocupación y recomendaciones”. En esta sección, el comité expone sus preocupaciones a medida que surgen del análisis del informe del Estado y otra documentación disponible, así

como las respuestas proporcionadas por la delegación durante el diálogo, y las vincula con las disposiciones pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Las observaciones finales concluyen con recomendaciones específicas para ser implementadas por los Estados y avanzar con el cumplimiento del tratado respectivo, además se realiza una solicitud para que el Estado proporcione, en el plazo de un año, información relevante sobre la implementación de algunas recomendaciones seleccionadas. Aunque no existe una obligación expresamente señalada en los tratados para implementar las observaciones finales formuladas por el comité respectivo, debido al rol asignado a estos órganos de tratados en virtud de los convenios pertinentes (así como la naturaleza vinculante de las obligaciones del tratado sobre las cuales se basan) deben de ser consideradas como guías importantes en la aplicación de los derechos humanos contenidos en estos instrumentos internacionales.

Sin duda, la aplicación de las recomendaciones formuladas en las observaciones finales, dependen de la importancia que se otorgue a la protección de los derechos humanos en el derecho interno de los Estados, sin embargo, la práctica demuestra que algunos Estados las asumen con gran seriedad y las consideran como parte de su obligación al acatar o hacer todo lo posible para dar cumplimiento con las observaciones o recomendaciones que realizan los comités.

Observaciones generales

Otra de las funciones que realizan los comités y que cobra mayor importancia dentro del sistema universal de protección, son las observaciones generales, que en la práctica equivalen a un ejercicio de interpretación sobre el contenido y el alcance de las obligaciones contenidas en ciertas disposiciones de un determinado tratado. Tales observaciones o recomendaciones han sido generalmente bien aceptadas por los Estados parte. En este aspecto, dentro del derecho internacional de los derechos humanos se introduce una innovación en relación con las reglas generales del derecho internacional que atribuyen el monopolio de la interpretación de un tratado internacional a los Estados parte del mismo. Las observaciones generales se pueden considerar como un medio por el cual un órgano integrado por expertos en derechos humanos de la ONU con base en su experiencia y conocimiento establece un criterio sobre un derecho o tema que surge de las disposiciones del tratado cuya implementación supervisa y presenta este criterio en el contexto de una declaración formal de su entendimiento al cual concede una alta importancia (Alston, 2001).

En esencia, el objetivo que se pretende con estas observaciones es facilitar y hacer más accesible la jurisprudencia que surge del trabajo de los comités, a través de esta función se proporcionan un contenido detallado de manera exhaustiva y coherente a las disposiciones de un tratado de derechos humanos redactadas en términos amplios, lo que no es posible cuando un órgano de un tratado hace un comentario sobre el informe de un Estado en particular. De hecho, este tipo de observaciones prestan asistencia interpretativa a las resolu-

ciones adoptadas en las comunicaciones o quejas individuales. De esta manera, con las observaciones generales los comités buscan:

- Dar mayor claridad de interpretación en cuanto a los objetivos, el significado y el contenido de los tratados respectivos (incluyendo interpretaciones autorizadas acerca del significado concreto de determinados artículos de los tratados).
- Promover la aplicación de los tratados al señalar a los Estados Parte las deficiencias que se revelan de los informes periódicos.
- Asistir a los Estados Parte en el cumplimiento de sus obligaciones en la materia (Color Vargas, 2013).

Una parte minoritaria de la doctrina internacional considera que las Observaciones Generales que emiten los comités se constituyen como una interpretación autorizada de las convenciones de las Naciones Unidas que supervisan. La trascendencia de reconocer a los comités como interpretes autorizados radica en la importancia de sus pronunciamientos al desentrañar el alcance contenido de los derechos convencionales debido a que no se puede entender el verdadero alcance de cada uno de los derechos contenidos en las convenciones, si se analizan de manera aislada o separada, dejando de lado la interpretación efectuada por el intérprete autorizado de la misma, que ha sido reconocido como tal por los propios Estados parte del tratado (SCJN, 2011).

Denuncias interestatales

El procedimiento de denuncias interestatales consiste en la presentación ante un comité de una comunicación (reclamo) de un Estado parte en la que alega que otro Estado parte no está cumpliendo con las obligaciones establecidas en el tratado respectivo. La función de los comités se traduce en procurar una solución amistosa mediante sus buenos oficios, y en caso de que estos fallen, existe la posibilidad de crear una comisión de conciliación ad hoc, que puede ser nombrada con el consentimiento de los Estados parte implicados, y solamente tiene capacidad para exponer sus puntos de vista sobre las posibilidades de una solución amistosa, consideraciones que pueden ser rechazados por los Estados. En otras palabras, el procedimiento en su totalidad no es más que un procedimiento puramente de mediación o conciliación internacional, sin ninguna posibilidad de una decisión final sobre las cuestiones de derechos humanos relacionadas con el caso en concreto.

Los comités que pueden ejercer esta función son: el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura, el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Comité contra las Desapariciones Forzadas. Cabe hacer referencia que este procedimiento nunca ha sido utilizado debido a que los gobiernos no lo consideran “políticamente correcto” en el marco de sus relaciones

diplomáticas tradicionales. Es por ello por lo que se suprimió esta función de los comités en los tratados más recientes.

Comunicaciones individuales

El procedimiento de reclamación individual implica que los Estados parte confieren a los comités de la ONU la facultad de adoptar una determinación respecto a la alegación de un individuo sobre la existencia o no de una violación de derechos contenidos en los tratados que supervisan. Actualmente, esta función se establece en los nueve principales tratados sobre derechos humanos de las Naciones Unidas de los cuales ocho están en vigor.

Si bien, la función de estos órganos para decidir sobre denuncias individuales es comparable a la de los tribunales, se puede hacer las siguientes consideraciones; se le designa formalmente como “comités”, no como tribunales, reciben comunicaciones en lugar de casos, están compuestos por expertos y no por jueces, su procedimiento es confidencial y de forma escrita, sin elementos orales y emiten dictámenes o recomendaciones en vez de sentencias.

Uno de los primeros aspectos que tienen que ser considerados por los comités al examinar una comunicación que se les presenta, son los relacionados con la admisibilidad de la reclamación individual que en su mayoría tienen condiciones rigurosas similares a las internas de los Estados, por lo que las reclamaciones de particulares están sometidas a condiciones de admisibilidad, debiendo por ello el órgano de control comprobar: 1) reconocimiento de su competencia por el Estado denunciado, 2) el agotamiento de los recursos internos 3) que el mismo asunto no ha sido sometido o está pendiente de otro procedimiento de arreglo (Camarillo, 2018).

Una vez que es admitida la reclamación individual, el procedimiento es catalogado como controvertido, que implica que el Estado, en caso de encontrarse responsable de la vulneración alegada, debe dotar de efectividad las medidas de reparación instruidas por el comité respectivo y considerarlas como un piso mínimo en beneficio de las víctimas.

Reflexiones finales

Como se pudo analizar, el funcionamiento del sistema universal de derechos humanos depende de una gran cantidad de normas, órganos y mecanismos de control internacional, autónomos de los sistemas estatales que se crean para la progresiva promoción y defensa de los derechos humanos y que se circunscriben con el trabajo de la ONU. Con la instauración de órganos de expertos independientes conocidos como comités se refuerza los compromisos asumidos por los Estados en los diferentes tratados suscritos en el seno de la ONU. Las atribuciones que se encomienda a estos comités de supervisar, interpretar y aplicar las disposiciones convencionales cobran una creciente importancia en los Estados que reconocen en su funcionamiento una ayuda para hacer efectivos los tratados del sistema universal en su derecho interno.

Fuentes consultadas

- Alston, P. (2001). The Historical Origins of the Concept of General Comments in Human Rights Law. In L. Boisson de Chazournes and V. Gowland Debbas (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*. The Hague: Martinus Nijhoff.
- Álvarez, L. (2000). *Historia del derecho internacional público*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho Internacional-Universidad Javeriana.
- Berraondo, M. (2004). *Los Derechos Humanos en la Globalización: Mecanismos de Garantía y Protección*. España: Alberdania.
- Bou Franch, V., y Castillo M. (2010). *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bregaglio, R. (2013). Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. En G. Bandeira Galindo et al. (coords.). *Protección Multinivel de Derechos Humanos*. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Camarillo, L. (2018). *Acceso directo del individuo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Tirant lo Blanch.
- Castañeda, M. (2012). *Introducción al Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. En Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. México: CNDH.
- Color, M. (2013). *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Escobar, C. (2007). La protección internacional de los derechos humanos. En M. Díez de Velasco. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 16 ed. Madrid: Tecnos.
- Hakansson, C. (2016). El impacto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En M. Del Carmen Hernández (coord.). *Derechos Humanos perspectivas y retos*. México: Tirant lo Blanch.
- Kalin, W. (2012). Examination of state reports. In Keller, Helen y Ulfstein, Geir, (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*. United Kingdom: Cambridge University Press.
- O'Donnell, D. (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*. México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012). *El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Folleto informativo N° 30/Rev.1.
- Sanz, N., y Tejeda, C. (2015). *México y la UNESCO/la UNESCO y México, historia de una relación*. México: UNESCO Oficina en México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2011). Resolución del expediente varios 912/2010. Voto particular formulado por el ministro Sergio A. Valls Hernández. De rubro; Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- Truyol, A. (2000). *Los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos.

CAPITULO 2

La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano

Elizabeth Nataly Rosas Rábago*

Introducción

Los derechos humanos se han protegido a través de los ordenamientos jurídicos de los Estados, sin embargo, es desde mediados del siglo XX que se ha reforzado la protección a través de instrumentos y organismos internacionales; actualmente fungiendo como mecanismos de protección complementaria cuando los medios internos resultan ineficaces o insuficientes para la protección de los derechos humanos. Actualmente, se está desarrollando un cambio gradual en el carácter subsidiario de la protección internacional, abriendo cada vez más espacio a una tutela amplia y directa por parte del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (en adelante SIDH).

La motivación para encontrar nuevos mecanismos de control tendientes a lograr el respeto de los derechos se debió a las severas violaciones de derechos y libertades fundamentales de los individuos por parte de los Estados generando con ello un control externo de la actuación del Estado mediante el Derecho Internacional, surgiendo así el SIDH, logrando con ello, un cambio de paradigma al transitar de una época en que la violación de derechos humanos era una cuestión única y exclusivamente concerniente al Estado, hasta nuestros tiempos en que se convirtió una cuestión de interés de toda la comunidad internacional.

Los derechos humanos comienzan a consolidarse como tales en el siglo XVIII tras las revoluciones americana y francesa. Frente a la figura del Estado moderno, los derechos de las personas van a ir progresivamente limitando el poder del Estado, y en consecuencia van a ir construyendo el Estado Constitucional de Derecho (Prado, 2009). Los mecanismos de control utilizados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son muy variados, pero las

* Doctora en Derecho con mención honorífica por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestra en Ciencias Jurídicas y Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California. Actualmente es Profesora-Investigadora de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho Tijuana de la UABC, perfil PRODEP, integrante del Sistema Nacional de Investigadores y asesora del Comité de Prevención y Atención de la Violencia de Género de la UABC, Campus Tijuana.

instituciones que tienen a cargo dicho control se encargan de determinar si un Estado ha respetado o no el derecho y, estableciendo sobre la responsabilidad internacional del Estado, en donde la resolución acompaña las medidas de reparación que se deben de adoptar a favor de las víctimas cuyos derechos han sido violados. Un principio básico del Derecho Internacional es que toda violación de un derecho implica la obligación de reparar (Ullman, 2009).

El objetivo del presente capítulo es analizar al SIDH como uno de los sistemas de promoción y protección de los derechos humanos, dedicado de manera específica a conocer los casos de presuntas violaciones a derechos humanos en el continente americano. En primer lugar, se establecerán los elementos contextuales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), como el tratado internacional en el que se funda el SIDH y las obligaciones estatales. En segundo lugar, se definen los elementos y requisitos para que las personas accedan al SIDH y se identifica la importancia y las características de las reparaciones que se adoptan en favor de las víctimas. Por último, se explica sobre la interacción que se lleva a cabo entre los tribunales nacionales y los tribunales internacionales al adoptar sus resoluciones; así como de la consecuencia de la responsabilidad internacional de los Estados.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

La CADH fue adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, instrumento que consolida al SIDH debido fundamentalmente a que es el instrumento que le da vida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), considerándola la institución judicial autónoma encargada de aplicar e interpretar dicho instrumento. La Convención Americana forma parte fundamental del SIDH debido a que de ella se desprende la competencia de la Corte IDH la cual será objeto de este estudio a través de las resoluciones condenatorias que ha emitido al Estado Mexicano. La CADH tiene como propósito consolidar regímenes de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, no sólo respetando los derechos y libertades en ella reconocidos, sino además estableciendo las disposiciones de derecho interno suficientes para hacer efectivo el goce de los derechos contenidos en la Convención Americana y demás instrumentos de la materia.

Asimismo, establece los medios de protección mediante los cuales la CIDH y la Corte IDH se declaran como los órganos competentes para conocer del cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención. Del artículo 33 de la CADH se desprenden los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La CADH representa el instrumento fundamental del sistema debido al catálogo de derechos consagrados en ella, a la incorporación a través de la Convención del órgano contencioso, la Corte Interamericana de Derechos humanos y por su importante visión progresiva de la protección de los derechos humanos.

En ese sentido, El Estado mexicano se destaca por ser uno de los actores con mayor participación en la suscripción de instrumentos tendientes a la protección de derechos humanos en el marco del contexto internacional en donde el sistema se encamina a un entrelazamiento entre los Estados en diversos aspectos, entre ellos, los jurídicos. El Estado mexicano se desenvuelve dentro de una pluralidad de sistemas jurídicos que representan los valores de las sociedades modernas que integran mecanismos que facilitan la cooperación (De Paz González, 2016).

México suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1981 y con posterioridad aceptó expresamente la competencia de la Corte Interamericana en 1998, para hechos subsecuentes al depósito de la ratificación, por ende, a partir de esa fecha, se pueden presentar casos ante el SIDH. El eje rector para el desarrollo de la protección de los derechos humanos desde el contexto internacional es la suscripción de tratados internacionales. Estos instrumentos no crean derechos, pues lo único que hacen es reconocerlos como anteriores a la celebración del tratado e inherentes o intrínsecos a las personas, por cuanto, los derechos humanos no derivan de la voluntad del Estado, ni le son atribuidos por la comunidad internacional, sino que, derivan de la misma naturaleza humana, y son inherentes a la calidad de hombre, además, son irrenunciables e inalienables (Ahlf Ortiz, 2018). A partir del reconocimiento de la Corte Interamericana, México ha incurrido en responsabilidad internacional en diversos casos que han generado reformas al ordenamiento jurídico, cambios a prácticas estatales, capacitaciones, sanciones a los responsables de violaciones a derechos humanos, entre otras.

Acceso de las personas a la protección interamericana de derechos humanos

El ideal de justicia surge en la sociedad desde los primeros tiempos, el derecho internacional de los derechos humanos ha llevado al individuo desde una situación frágil y secundaria, hacia la actualidad en la que tiene una presencia y participación activa, colocando a la persona humana como un verdadero sujeto con legitimación internacional para la defensa de sus derechos, sobre todo en el plano de los derechos humanos. Por su parte, resulta fundamental en un Estado de Derecho desarrollarse con base en el respeto de su ordenamiento jurídico, por esta razón es indispensable que se encuentre apegado a principios cuya finalidad última sea salvaguardar los valores jurídicos primordiales como lo son la justicia, la equidad e igualdad en aras de lograr el bien común y consolidar el Estado de Derecho con el irrestricto cumplimiento del derecho por parte de la sociedad y sus gobernantes.

Contribuye a la satisfacción de estos principios, crear seguridad jurídica para la sociedad, respetar la jerarquía normativa establecida por la Constitución, la existencia del equilibrio en los poderes del Estado y contar con un catálogo de derechos humanos que permitan esta armonización que constituye al Estado de Derecho. Es preciso lograr un justo equilibrio o armonía que permita la existencia del Estado de Derecho, en el que la justicia es el fin último perseguido

por el derecho, es el elemento fundamental del cual debe partir toda creación del derecho.

El derecho surge en nuestra sociedad como elemento regulador de la conducta de los seres que la componen. Su visión debe ser muy precisa: buscar en todo momento el establecimiento de condiciones adecuadas para que impere el ambiente de búsqueda de justicia y equidad. Que, si bien no es alcanzado a plenitud por los diversos aspectos que conllevan a su realización, nunca debe perderse la pretensión de justicia, la relación constante e inseparable del ordenamiento jurídico con la justicia.

Para el acceso a la justicia internacional de los derechos humanos se deben de cumplir una serie de condiciones para la procedencia. En primer lugar, la ratificación de un instrumento internacional en que se funde la competencia contenciosa de determinados órganos, como lo es la CADH, que desde su artículo 33 y hasta el 73 señalan la existencia de los órganos competentes, procedimiento y organización. En segundo lugar, y en caso del SIDH, que se admita específicamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. El derecho de acceso a la protección internacional de los derechos humanos, significa el derecho de toda persona a obtener justicia, creándose así uno de los elementos principales del derecho que es la posibilidad de acceso a un tribunal competente en los dos ámbitos, nacional e internacional.

Es importante hacer mención de que, aunque en primer momento lo más importante es el reconocimiento de los derechos y libertades del individuo, se requiere asimismo la posibilidad de poder acudir a los órganos establecidos para ello a defender correctamente esos derechos en el campo del derecho internacional de los derechos humanos. El avance progresivo de la protección internacional se produce “tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como en lo que toca a la eficacia y el vigor de los procedimientos en virtud de los cuales órganos de la comunidad internacional pueden afirmar y salvaguardar su vigencia” (Nikken, 1987: 86).

Es así que, partiendo de la premisa de que los derechos humanos son inherentes a la persona humana y es independiente del reconocimiento que de ellos realice el Estado, siempre quedará una posibilidad de ampliar el ámbito de protección de derechos humanos. De este modo puede percibirse al individuo dentro del actual derecho internacional, con un papel mucho más activo del que se le concibió anteriormente, ahora es indiscutible su subjetividad jurídica internacional, debido a que el individuo tiene una mayor participación a través de los mecanismos de que dispone para la defensa de los derechos humanos.

En el caso del SIDH, el artículo 26 del Reglamento de la CIDH dispone que será la Secretaría Ejecutiva de la Comisión quien tendrá la responsabilidad del estudio y tramitación inicial de las peticiones presentadas a la Comisión que llenen todos los requisitos establecidos, y cuando carezca de ellos se podrá solicitar al peticionario o su representante que los complete. Asimismo, el artículo 27 del citado Reglamento establece las condiciones para considerar las peticiones sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Con-

vención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, en relación a los Estados miembros de la OEA.

En este momento es preciso señalar que para presentar una petición en el SIDH es necesario primeramente agotar los recursos internos con que dispone el Estado para la protección de los derechos humanos y, en segundo lugar, la petición es presentada ante la Comisión Interamericana, quien determinará la procedencia para el procedimiento contencioso en la Corte Interamericana. Lo anterior está previsto en el artículo 46 de la CADH, el cual dispone que uno de los requisitos esenciales para la admisión de la petición por parte de la Comisión es que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional.

Asimismo, se prevé una situación de excepción, debido a que sería posible que los Estados pudieran entorpecer procesos o instaurar procedimientos que no garanticen una plena protección de los derechos humanos. Para ello, se menciona en el artículo 46.2 de la CADH, que no se aplicará la regla del *agotamiento de los recursos internos* cuando no exista en legislación interna del Estado el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan violados. Así como cuando no se ha permitido a la víctima el acceso a los recursos de jurisdicción interna, se haya impedido agotarlos, o bien, se haya retardado injustificadamente la decisión de los mencionados recursos.

Además del agotamiento de los recursos internos que ya se ha señalado y que prevé sus excepciones, no se debe presentar el asunto ante otro sistema u órgano internacional, sino ante la CIDH dentro de los 6 meses siguientes contados a partir del agotamiento de los recursos internos, en caso de que no hayan agotado los recursos internos, debe ser en un plazo razonable que se valorará en cada caso concreto. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene un carácter subsidiario, es decir, una competencia compartida entre el Estado y la comunidad internacional. De primer momento, es el Estado el que debe intervenir para que la violación de los derechos que se alega sea solucionada en el ámbito interno. Una vez que el Estado ha fallado con esa misión dentro de su derecho interno, es factible para la presunta víctima de violación a sus derechos humanos acudir ante tribunales internacionales competentes para intervenir, válido desde el punto de vista de la jurisdicción internacional por ser esta coadyuvante o complementaria del derecho interno.

En consideración del ex juez y presidente de la Corte Interamericana, Antonio Cançado Trindade, el derecho de petición individual constituye la piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la CADH y es la mejor garantía que puede tener el individuo de que sus derechos serán respetados, o que en caso de violación de los mismos, podrá obtener una reparación y constituye, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional (Corte IDH, 1998).

Tal como se había mencionado con anterioridad, los peticionarios no tienen legitimación para llevar un asunto por sí mismos ante la Corte Interamericana; ya que, de acuerdo con la CADH, sólo la Comisión y los Estados pueden

enviar un asunto ante la Corte IDH, el individuo no tiene legitimación para un acceso directo al sistema interamericano, a diferencia del sistema europeo donde la víctima puede acudir directamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La facultada para tomar la decisión sobre si elevar o no un asunto ante la Corte, es la Comisión Interamericana, la cual, conforme al Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deberá comparecer y ser tenida como parte ante la Corte, en todos los casos relativos a la función jurisdiccional de ésta.

Por otra parte, debemos de advertir [...] que en el sistema interamericano los individuos gozan de *locus standi* pues comparecen peticionario, Comisión y Estado siendo la Comisión la que presenta la demanda ante la Corte aunado a una serie de prerrogativas que durante el proceso mantienen, es decir, son parte del proceso, empero alcanzar *ius standi* significa que tengan la capacidad de poder comparecer directamente ante la Corte Interamericana en su calidad de demandantes sin el “acompañamiento” que actualmente hace la Comisión Interamericana.” (Camarillo Govea, 2018).

De acuerdo con el artículo 24 del Reglamento de la Corte Interamericana, se determina que la Comisión será representada por los delegados que al efecto designe y podrán hacerse asistir por cualquier persona de su elección. Por otra parte, en relación a la participación de las presuntas víctimas o sus representantes, de acuerdo con el artículo 25 del mencionado Reglamento una vez que les es notificado el escrito de sometimiento del caso, podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso. Asimismo, cuando exista pluralidad de presuntas víctimas o representantes se deberá designar un interviniente común, quien será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas.

La víctima como titular del derecho a recibir reparaciones

Corresponde a la Corte IDH determinar la reparación congruente a la violación de derechos humanos causada por la conducta u omisión de una obligación internacional por parte del Estado, donde establece que se adopten las medidas para que además de garantizar el respeto de los derechos humanos transgredidos, se reparen las consecuencias que produjeron las infracciones, se establezcan las garantías para la no repetición de los hechos y se efectúe el pago de la indemnización correspondiente como compensación de los daños ocasionados.

Como parte de las reparaciones se encuentra, además, el deber de investigar y sancionar de acuerdo a los artículos 1.1, 8, 25 y 46.1 de la CADH, relativos al debido proceso y recurso judicial efectivo, así como al agotamiento de los recursos internos que sean adecuados y eficaces.

La Corte Interamericana ha señalado que:

El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sancio-

nes pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. (Corte IDH, 1987: 36)

De lo cual se desprende la postura de la Corte Interamericana en la que ha detallado que la responsabilidad del Estado conlleva las obligaciones de prevenir, sancionar, investigar y reparar adecuadamente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Por otra parte, se encuentra la obligación de investigar, para lo cual la Corte ha mantenido el criterio de que el Estado debe llevar a cabo una investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos, de manera de que se pueda dar pleno resarcimiento a los derechos humanos violados por las autoridades en cuestión. En el caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, la Corte Interamericana se pronuncia sobre el deber de investigación del Estado:

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción (Corte IDH, 1989: 37).

De manera que, la visión de la Corte Interamericana ha ido en la tendencia de instaurar el deber de investigar las violaciones de derechos humanos como parte de la obligación que se desprende del artículo 1 de la Convención Americana, en tanto se refiere al compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH y a garantizar el libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción del Estado.

El artículo 63.1 de la Convención Americana prevé la obligación de reparación del Estado, cuando se decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

En relación con esta disposición, la Corte se pronunció en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina* indicando que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño conlleva el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado. (Corte IDH, 2013). Es decir, el derecho de las víctimas a recibir reparaciones representa un factor fundamental en las sentencias de la Corte en el sentido de que van mucho más allá de una manera indemnización de carácter pecuniario; la Corte ha desarrollado una importante evolución en relación a la implementación de medidas de satisfacción, de no repetición y la restitución del derecho humano violado, desprendidas de las mismas

implicaciones que tienen las violaciones a derechos humanos en las víctimas y en la sociedad en general.

El diálogo jurisprudencial entre jueces internos e internacionales

La Corte Interamericana se empeña en mantener una relación fluida sobre todo con las Cortes Constitucionales de los Estados Parte de la Convención Americana, a través de los períodos de sesiones que desarrolla fuera de su sede regular en San José de Costa Rica. Los días 3, 4 y 5 de abril de 2006 la Corte Interamericana sesionó en Argentina, así como continuó haciéndolo en otros países de la región, lo cual posibilita, en primer lugar, ver en actividad a la Corte Interamericana porque celebra sesiones y dicta sentencias en esas visitas fuera de su sede; y en segundo lugar, porque ello permite estar en comunicación con los operadores jurídicos del país que están visitando, que permite de manera indirecta un intercambio de opiniones entre la Corte y las instancias locales.

El control de convencionalidad convoca a llevar a los Estados Parte el denominado “diálogo jurisprudencial”, en los que los jueces nacionales van dando pasos desde sus diversas competencias para lograr avances en la protección de los derechos humanos. De igual modo, los Estados parte del sistema interamericano están pasando por problemas análogos, por lo que la existencia de este diálogo jurisprudencial presenta importantes oportunidades de aprendizaje.

Es importante resaltar que los debates argumentativos y contraargumentativos jurisdiccionales se nutren y resuelven con las aportaciones que se van dando en los procedimientos y, finalmente, obtienen una respuesta judicial que se ha nutrido con las aportaciones de todos aquellos que han intervenido en la controversia y, en ese sentido, no puede desconocerse la dinámica participación de todos ellos como parte de ese gran diálogo judicial (SCJN, 2016). El diálogo jurisprudencial ha generado aportaciones fundamentales en la recepción nacional de la jurisprudencia internacional, y también –independientemente de dicha jurisprudencia– el derecho internacional de los derechos humanos ha abonado directamente a que los órganos judiciales nacionales construyan instituciones jurídicas o brinden a la solución de controversias.

Lo cierto es que hay una “circulación mundial” de problemas constitucionales y una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones. Por eso es que se habla de una “propensión ultranacional, sino universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional” (Zagrebelsky, 2007: 92). En este momento del desarrollo del sistema interamericano, resulta una necesidad fundamental que exista este dialogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana y los jueces nacionales, debido a que en materia de derechos humanos dichos señalamientos y criterios contienen la evolución constante de los derechos humanos en la actualidad.

Es claro que los Tribunales Constitucionales y en general todos los operadores jurídicos de un Estado deben mantener una apertura para realizar la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, logrando de ese modo una dimensión más amplia en la protección de derechos humanos. En la medida

de que esto se aplique en los ordenamientos internos, se estará brindando eficaz aplicación al control de convencionalidad, se analizará y resolverá de mejor manera con apego al propio contexto nacional. Se trata de asumir una actitud receptiva y observadora ante las vías y criterios que se han iniciado en otros planos, como lo es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Según Zagrebelsky, permanecer cerrados en tradiciones nacionales resulta perjudicial en vez de benéfico para el desarrollo del estado de derecho. El autor establece que: El poder judicial a través de sus tribunales asientan sus actividades en condiciones político-constitucionales, pero permanecen guiados por los principios universales, por ello, no es posible mantener una visión únicamente al interior de los Estados, porque de ese modo solo se siguen los intereses nacionales y no la protección de los derechos humanos en su amplia expresión. (Zagrebelsky, 2007)

En ese sentido, los órganos internos encargados de la administración de justicia, tienen un rol protagónico, como garantes de los derechos protegidos en los tratados internacionales de derechos humanos, ergo, la separación que existe actualmente entre el derecho nacional y el derecho internacional es cada vez más difusa, y ello implica asumir los retos de la época actual y hacer frente de los criterios de la Corte Interamericana en aras de fortalecer la protección de los derechos humanos en los Estados Parte de la Convención, y que reconocen competencia de la Corte IDH.

Responsabilidad internacional de los Estados por violaciones de derechos humanos

Sin lugar a duda, los Estados son creadores y destinatarios del Derecho Internacional, la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una responsabilidad para ellos. El Estado en el ámbito internacional tiene la condición de soberano de forma idéntica a la de los demás Estados, en consecuencia, las reglas del Derecho ya no serán fruto de su sola voluntad, sino que se formarán a través del acuerdo de voluntades por medio de la celebración de tratados internacionales o la costumbre internacional. Una vez creada la norma internacional, sus disposiciones vinculan al Estado, esto es, a sus órganos, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado (Gutiérrez, 2008).

El principio básico que rige la observancia de los tratados es el consagrado por el artículo 26 de la Convención de Viena, que señala: “Todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe (*pacta sunt servanda*)”. Es por ello que cuando un Estado es parte de un tratado o un instrumento internacional, queda obligado por los principios y normas que rigen al derecho internacional público, ya sea en forma activa o de omisión tratándose de aquello que pueda ir contra el objeto y fin del tratado.

Este principio es uno de los pilares para la suscripción de cualquier tipo de tratado y confiere a cualquier tratado la capacidad para generar un vínculo jurídico formal entre sus partes y como resultado de lo anterior, los Estados se obligan a cumplir con lo establecido en el tratado de buena fe. Además, la obliga-

toriedad de un tratado se traduce en que los derechos y deberes de dicho tratado generan relaciones de reciprocidad y no solo deberes unilaterales (Rojas Amandi, 2020).

Los tratados internacionales de derechos humanos revisten un carácter especial y distinto con respecto a otros instrumentos. Al igual que los demás tratados, su suscripción implica un acto soberano de los Estados, que voluntariamente asumen obligaciones (García y Morales 2011). Es decir, los Estados no sólo asumen obligaciones frente a los otros Estados parte del tratado, sino que además y de fundamental trascendencia, adquieren obligaciones con los individuos sujetos a su jurisdicción, y el incumplimiento por sí mismo, genera responsabilidad internacional.

El objeto y fin de los instrumentos internacionales es la protección de los derechos humanos, con independencia de su nacionalidad, ya sea frente a su propio Estado como frente a los otros Estado (García y Morales 2011). Al suscribirse el Estado a un tratado internacional, se compromete por un bien supremo, a respetar las disposiciones que consagran los tratados, traducándose esto en respeto y protección de derechos humanos. De acuerdo al contexto global, la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados se ha intensificado. Por lo que, el proceso de globalización, de normatividad internacional y de resoluciones de mecanismos internacionales, se limita cada vez más la 'soberanía' de los Estados (Mazuelos Bellido, 2015).

En materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que un Estado sea parte de determinado instrumento trae como consecuencia por lo menos tres efectos: a) el reconocimiento de nuevos derechos, libertades y garantías, o la ampliación de las ya existentes, con un nuevo contenido; b) la asunción de obligaciones relativas al respeto, protección y realización de tales derechos y libertades, respecto de las personas sujetas a su jurisdicción como frente a la comunidad internacional, cuya inobservancia por acción u omisión, configura un acto ilícito internacional y una injusticia interna; c) en ciertos casos, la inserción en sistemas legales supranacionales con competencia para controlar el cumplimiento de las obligaciones y los compromisos asumidos (Gialdino, 2003).

El artículo 1.1 de la Convención Americana establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

El artículo mencionado se encuentra en vinculación directa con los artículos 25 y 29 de la CADH, en relación a que en ellos se consagran la protección judicial y las normas de interpretación. Cuando un Estado pasa a ser parte de un instrumento internacional adquiere con ello dos clases de deberes: primero, la

obligación de no violar los derechos garantizados por la CADH y los demás tratados internacionales de los cual el Estado sea parte; segundo, la obligación de adoptar las medidas necesarias y razonables para asegurar su pleno respeto, tal como lo señala el artículo 2 de la Convención.

Existen varios retos pendientes para lograr avanzar a una efectiva aplicación de esos tratados, y entre ellos, se encuentra considerar las implicaciones que tienen los órganos de supervisión y monitoreo de estos tratados, para que se cumpla con el objeto y el fin por el que fueron creados, que es hacer realidad las disposiciones convencionales (Olano García, 2016). La CADH dispone respecto al desarrollo progresivo, con lo cual el artículo 26 establece que los Estados se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

El Estado Mexicano tiene la responsabilidad de garantizar la promoción y protección de los derechos humanos, para lo cual se infiere la necesidad de actuación para garantizar que se imparta la justicia sin excepción alguna. En consecuencia, las autoridades incurren en violaciones a las obligaciones internacionales cuando realizan investigaciones deficientes o no cuentan con los recursos suficientes para que las víctimas tengan acceso a la protección de sus derechos humanos.

La conducta ha de ser atribuible al Estado de conformidad con el Derecho Internacional y, en ese sentido, como norma general se entiende que la única conducta que le es imputable es la de sus órganos de gobierno o la de aquellos que han actuado bajo la dirección, instigación o control de esos órganos cuando sus comportamientos sean incompatibles con las obligaciones contraídas en el ámbito internacional y sea cual fuere el nivel de la Administración o del Gobierno en el que se insertasen (Gutiérrez, 2008).

La responsabilidad internacional se suscita al violarse el derecho internacional, el Estado que causa esa violación debe reparar el daño material o moral. Esta responsabilidad internacional comprende tres partes: 1) Violación del derecho internacional, 2) Imputabilidad de tal violación a un Estado y 3) Existencia de un daño material o moral (Seara, 1998). De lo anterior se desprende que dicha violación incurre a normas de carácter internacional, que no sólo se refieren a acciones concretas realizadas por el Estado, sino también a sus propias omisiones. Por lo que, se considera atribuible al Estado una actuación según el Derecho Internacional por el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que se realice por acción directa o por omisión, en cualquiera de las funciones inherentes a él, como lo son las funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o cualquiera atribuible a la organización y funcionamiento del Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, dejó asentada, entre otras obligaciones, la de asegurar a las víctimas de actos violatorios de derechos humanos una adecuada reparación. Declarando, además, que “todo menoscabo a los derechos reconocidos en

la Convención Americana que pueda ser atribuido según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye hecho imputable al Estado, que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención” (Corte IDH, 1987).

En el caso Penal Castro *vs.* Perú, que tuvo su fallo el 25 de noviembre de 2006, la Corte IDH condena al Estado a abonar sumas fijadas en concepto de daño material e inmaterial a víctimas de torturas, muertes y tratos inhumanos, y a sus familiares. Sobre este mismo caso, el juez Cançado Trindade sostiene en su voto concurrente que la responsabilidad significa responder de los propios actos, o de más omisiones cuando existe obligación de obrar, y suministrar respuestas adecuadas a los compromisos asumidos, no cualquier respuesta. Las responsabilidades internacionales nacen cuando se violan los derechos y las garantías declarados en los pactos, en el preciso instante en que se producen los hechos, es decir, en que sucede el ilícito internacional (Gelli, 2007).

En conclusión, en las decisiones judiciales dictadas por la Corte IDH a través de estos años, y en donde se ha determinado responsabilidad internacional, las medidas de reparación establecidas han generado transformaciones de los ordenamientos jurídicos internos y en la protección de los derechos humanos. Sin duda, la pertenencia de México en el SIDH no ha hecho más que beneficiar el nivel de responsabilidad y de compromiso por parte del Estado en aras de lograr plena garantía de los derechos humanos tutelados por los tratados internacionales de derechos humanos y la interpretación que de los mismos ha realizado la Corte IDH.

Reflexiones finales

Las decisiones judiciales emitidas por la Corte IDH han evidenciado las deficiencias en los ordenamientos jurídicos y con ello se han generado dinámicas desde la comunidad internacional para el impulso de reformas, la investigación y consecución de procesos en aras de determinar y sancionar a los responsables de cometer violaciones de derechos humanos. Por otra parte, la adopción de las diversas modalidades de reparación a favor de las víctimas de violaciones a derechos humanos se traduce en reformas constitucionales, reformas legales y pautas de interpretación que permiten la inserción de los estándares establecidos por la Corte Interamericana al derecho interno.

Asimismo, se ha impulsado desde el derecho internacional, la aplicación directa del *corpus iuris* internacional por parte de las autoridades de los Estados. A través de la figura del control difuso de convencionalidad, instaurado por la Corte IDH como una obligación de las autoridades del Estado, los tribunales y las autoridades nacionales realizan una armonización de sus normas y actos internos, con la Convención Americana. Las medidas de reparación que se han implementado por los Estados, derivadas de las sentencias de la Corte IDH, han mejorado las condiciones de las víctimas y han establecido las condiciones idóneas para evitar futuras violaciones de derechos humanos, no solo fungir como reparadores en casos concreto, también tomando en consi-

deración la adopción de medidas tendientes a evitar que la violación a derechos humanos siga ocurriendo. Las sentencias de la Corte Interamericana acentúan la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico nacional con la Convención Americana y a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana, con la finalidad de brindar una protección más amplia en materia de derechos humanos.

El diálogo jurisprudencial entre los tribunales nacionales e internacionales ha permitido que se enriquezca a través de construcciones sólidas la percepción de los derechos y libertades de las personas en aras de funcionar en colaboración bajo el principio de progresividad, con el objetivo de cumplir con la obligación de adoptar las medidas especiales para asegurar la vigencia de los derechos humanos, asegurando que se modifiquen las causas que permitieron que las violaciones de derechos humanos ocurrieran. Asimismo, el control de convencionalidad ha sido una figura fundamental dentro del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH, en el que ella realiza una aplicación directa, mientras que los tribunales nacionales realizan una aplicación difusa. Por medio del control difuso de convencionalidad se logra dar aplicación a la Convención Americana y a la jurisprudencia por parte de los tribunales y autoridades nacionales a través de la armonización que deben realizar entre sus normas internas y el derecho internacional.

En la actualidad, la conexión entre el derecho nacional y el derecho internacional se encuentra cada vez más presente por la obligación que tienen los Estados parte de la CADH para aplicar la normatividad internacional y la jurisprudencia de la Corte. Es por ello que, específicamente el poder judicial, y en general, todas las autoridades, deben de estar preparadas para utilizar dentro de sus procedimientos e interpretaciones los estándares internacionales de protección de derechos humanos.

El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana por parte de los Estados, es indispensable para impactar en el caso concreto, pero además para generar la promoción y defensa de los derechos humanos en el derecho nacional e internacional y generar las condiciones o adopción de medidas que permitan que no vuelva a repetirse la violación al derecho humano. Por ello, es imprescindible la implementación de mecanismos de coordinación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial para que en forma particular y en el ámbito de sus competencias, garanticen el cumplimiento de las sentencias, se utilice la jurisprudencia interamericana para fundamentar las leyes internas y las decisiones judiciales. Se requiere que el Estado establezca un marco adecuado y que se generen las condiciones institucionales propicias para hacer frente desde el ámbito interno a los compromisos internacionales. Los Estados que incurren en responsabilidad internacional, deben garantizar no solo la aplicación de medidas de reparación en el caso concreto, si no velar por la integración armónica de las normas y prácticas nacionales con el derecho internacional.

Fuentes consultadas

- Ahlf Ortiz, L. (2018). *Temas de derechos humanos*, México: Tiran lo Blanch.
- Camarillo, L. (2018). *Acceso directo del individuo ante la Corte Interamericana Derechos Humanos*. México: Tirant lo Blanch.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1º. Noviembre de 1969.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 4, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de fondo; 29 de julio de 1988.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 5, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, sentencia de fondo; 20 de enero de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. X, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas; 30 de mayo de 1999.
- De Paz, I. (2016). *Constitucionalismo y justiciabilidad de los Derechos Sociales*. México: Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 28. Octubre de 1979.
- García, J. (2011). *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos*. México: Porrúa.
- Gelli, M. (2007). *Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los Derechos Humanos*, en L. L. Suplemento de Derecho Constitucional.
- Gialdino, R. (2003). *Control internacional de los derechos humanos y fuentes constitucionales. Fuentes universales y americanas*, El Derecho.
- Gutiérrez, H. (2008). *Responsabilidad del Estado. Apuntes sobre la responsabilidad del Estado en el derecho internacional por hechos internacionalmente ilícitos atribuibles a las provincias*: Rubinzal-Culzon:
- Universidad de Buenos Aires
- Mazuelos Bellido, A . (2004). "Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.
- Nikken, P. (1987). *La protección Internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*, Cívitas IIDH.
- Olano García, Hernán Alejandro (2016). "Teoría del control de convencionalidad", *Estudios Constitucionales, Chile, Año 14, N° 1*.
- Prado, M. (2009). *Limitación de los Derechos Humanos. Algunas consideraciones teóricas*, *Revista Chilena de Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 26 y 27. Octubre de 2009.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Artículo 24 y 25. Octubre de 2009.
- Rojas Amandi, V. M. (2020). *El principio pacta sunt servanda y su recepción en el sistema jurídico mexicano*. Tirant lo Blanch.
- SCJN (2016). *Diálogo jurisprudencial; tratamiento de las jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, en *Disertaciones sobre la jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*.
- Seara, Modesto (1998). *Derecho Internacional Público*, México: Porrúa.
- Ullman, E. (2009). *Manual de derechos humanos para las fuerzas de seguridad*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Zagrebel'sky, G. (2007). *Jueces constitucionales*, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta.

CAPITULO 3

Tratados y Jurisprudencia internacionales en materia de Derechos Humanos

Melvin Uziel Porras Reynoso*

Introducción

Celebrar, firmar, aprobar, adherirse o ratificar un tratado internacional en materia de derechos humanos no es suficiente para asegurar que un Estado garantiza a sus ciudadanos los derechos reconocidos en el tratado en cuestión, ya que los instrumentos internacionales no actúan por decreto, sino que son los Estados los que deben tomar las medidas necesarias para su protección. El Estado mexicano es ejemplo de lo anterior, ya que ha suscrito un gran número de tratados internacionales en materia de derechos humanos, pero no fue hasta el año 2011 que instituyó en el texto constitucional el reconocimiento expreso del término derechos humanos, siendo clave la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH) en el caso de Rosendo Radilla para lograr esta reforma constitucional, es decir, el haber celebrado múltiples convenciones no reflejaba en la legislación local el debido reconocimiento de derechos humanos, ni la protección de los mismos, por el contrario, México ha sido condenado en diversas ocasiones por su responsabilidad internacional por violar sistemáticamente los derechos humanos de sus nacionales, prueba de ello son las múltiples sentencias emitidas por la Corte IDH en su contra.

El problema radica en que para obtener el reconocimiento, protección o resarcimiento de derechos humanos violentados, las personas que sufrieron abusos deben buscar e impulsar procesalmente su derecho de acceso a la justicia, como el camino para resarcir sus derechos humanos, a través de los tribunales judiciales competentes para que se les repare el daño del cual han sido objeto, ya que difícilmente el Estado lo hará de oficio. Es por esa razón, que el presente capítulo

* Profesor-investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP). Es Doctor en Derecho, cuenta con el grado de Maestría en Derecho Civil y Mercantil, y el Título de Abogado, Notario y Actuario, por la BUAP. Sus áreas de investigación son: Derecho Internacional y Derechos Humanos. Es Miembro de la Academia de la Maestría en Relaciones Internacionales y Derechos Humanos, así como de la Academia de Derecho Económico e Internacional de la Licenciatura en Derecho, ambas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP.

tiene como objeto estudiar a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y a la jurisprudencia internacional emitida por la Corte IDH, y su aplicación en el derecho interno para garantizar la protección de derechos humanos, ejemplificándolo con el sistema jurídico mexicano.

Para lograr tal objetivo se aborda en primer lugar el vínculo entre el derecho internacional y el derecho interno y las teorías que pretenden explicar esta relación, asimismo, se toca el tema de los tratados y la jurisprudencia como fuentes del derecho internacional, posteriormente, se hace el estudio del derecho de acceso a la justicia como el mecanismos de los individuos para el reconocimiento de la dignidad humana, lo que nos lleva a dar un panorama general del papel del Estado mexicano en materia de derechos humanos.

Finalmente, se realiza un estudio sobre la labor de los tribunales nacionales en la aplicación de las fuentes de derecho internacional como auxiliares en la impartición de justicia, para lo cual haremos un análisis de diversos casos y criterios donde se hayan aplicado tratados internacionales en materia de derechos humanos y jurisprudencia de la Corte IDH para resolver controversias judiciales, y con ello, determinar la relevancia e impacto que tiene el derecho internacional en sede interna para lograr la protección de los derechos humanos.

El derecho internacional y el derecho interno

El derecho internacional juega un papel fundamental en el derecho interno de los Estados para el reconocimiento de derechos humanos, tradicionalmente en el sistema jurídico mexicano, los asuntos se resolvían conforme a fuentes nacionales, pero con la reforma constitucional de 2011 y algunos criterios jurisprudenciales como el 21/2014 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha abierto esa brecha legislativa que permite la entrada de las fuentes del derecho internacional y su obligatoriedad para los jueces nacionales.

Esta relación entre el derecho internacional y el derecho interno se ha intentado explicar a través de las teorías dualista y monista, la primera dispone que ambos son dos ordenamientos que existen de manera independiente el uno del otro y del hecho de que los dos ordenamientos tienen fuentes y mecanismos de aplicación propios (Herdegen, 2019: 167), además, los dualistas señalan que para que las normas del derecho internacional se apliquen en el derecho interno debe existir consentimiento del Estado donde pretenda aplicarse.

Por su parte, la teoría monista establece que el derecho internacional y el derecho nacional son elementos interdependientes de un sistema cerrado. Pero esta teoría tiene dos corrientes: 1) la favorable al derecho internacional, donde los órganos nacionales tienen que aplicar directamente el derecho internacional, esto se aplica incluso cuando el derecho internacional contraviene la constitución o una ley del derecho interno; 2) la favorable al derecho nacional sobre el derecho internacional, la cual subordina la validez del derecho internacional por completo a la soberanía del derecho de los Estados (Herdegen, 2019: 167).

Podemos considerar que la teoría más cercana a la realidad es la dualista, por ejemplo, para la aplicación de un tratado internacional debe existir el con-

sentimiento de dicho Estado, tal como disponen los principios *pacta sunt servada* (todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe) y el *ex consensu advenit vinculum* (del consentimiento deviene la obligatoriedad de un tratado). Determinado así que, para que se puedan aplicar reglas de derecho internacional debe existir el consentimiento a través de la celebración, adhesión, ratificación o aprobación de un tratado internacional por parte del Estado donde pretenda aplicarse dicha Convención, pues de pretender aplicar un tratado internacional sin ese consentimiento se estaría contraviniendo el principio *res inter alios acta* (un tratado no produce efectos a Estados que no son parte de éste).

Asimismo, la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dispone en su artículo 27: “*El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”, es decir, si un Estado es parte de un tratado internacional vigente debe cumplirlo, incluso si va en contra de su derecho interno.

Esto último es controvertido, pues el texto constitucional de los Estados es el máximo legislativo, y en gran parte de los gobiernos se considera inaceptable que un tratado internacional pueda estar por encima de su constitución, pero esto solo se podría dar en caso de que ambas normas se contradijeran y para su aplicación se tuviera que elegir entre una u otra llegando a una situación antinómica, aquí podría considerarse que el error sería del Estado al permitirse celebrar un tratado que vaya en contra de su derecho interno, materializándose lo que defienden los dualistas, quienes sostienen que no tendría que haber conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno, ya que en el derecho interno solo tendrá aplicación el derecho internacional que consintieron fuera aplicable en su Estado, y sería un contrasentido oponerse a algo con lo que estuvieron de acuerdo. Con la validez interna del derecho internacional se quiere indicar, principalmente, la aplicabilidad interna de las reglas del derecho internacional. Esto implica, que el derecho internacional lo pueden aplicar los órganos nacionales (Herdegen, 2019: 170). Por tanto, doctrinariamente es posible aplicar normativa internacional en sede interna.

Los tratados y jurisprudencia internacional como fuentes del derecho internacional

Tanto los tratados internacionales como las decisiones judiciales (jurisprudencia internacional), son consideradas fuentes del derecho internacional, reconocida en el artículo 38 de Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. **las convenciones internacionales**, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”.

De acuerdo con el artículo 2 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969, se entiende por tratado *“al acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”*.

Es importante destacar que los tratados internacionales tienen diversas denominaciones dependiendo del objeto o finalidad del tratado, pues se les conoce como: convenciones, convenios, acuerdos, declaraciones, pactos, protocolos, por mencionar algunos ejemplos, lo cual deriva del mismo artículo 2 de la mencionada Convención de Viena, al señalar que es un acuerdo cualquiera que sea su denominación, así como también, la tesis jurisprudencial mexicana 2a./J. 10/2007 de la Segunda Sala de la SCJN: *“TRATADOS INTERNACIONALES. ADMITEN DIVERSAS DENOMINACIONES, INDEPENDIENTEMENTE DE SU CONTENIDO”*.

Por su parte, la jurisprudencia internacional son aquellas resoluciones emitidas por un tribunal internacional competente. La palabra jurisprudencia hace referencia a los criterios contenidos en las decisiones de órganos encargados de la aplicación del derecho. En ese sentido, la jurisprudencia es producto de las actividades de interpretación, integración y actualización del ordenamiento, que están llamados a realizar dichos órganos en la solución de casos concretos y en la adaptación del ordenamiento a nuevas exigencias (Carmona, 2009: 245).

Sorensen señala que las sentencias judiciales son un *“medio auxiliar para la determinación de normas de derecho”*, pero debe entenderse que *“auxiliar”* no significa *“secundario”*. Por el contrario, en muchas áreas del derecho internacional, tales decisiones constituyen el mejor medio de determinar qué es Derecho (Sorensen, 1973: 179). Becerra sostiene que las decisiones judiciales y la doctrina son solamente medios auxiliares; no son una verdadera fuente, ya que una sentencia no puede basarse sólo en decisiones judiciales anteriores. Además, las decisiones de la Corte tienen la característica de relatividad: son válidas para las partes y el caso concreto que resuelven (Becerra, 1991: 50).

Por su parte, Sepúlveda nos dice que la jurisprudencia constituye una fuente muy importante de derecho internacional moderno. Pero su carácter es más bien auxiliar, porque una sentencia internacional no puede apoyarse única y exclusivamente en un precedente jurisprudencial. Las decisiones judiciales no son normas, pero son fuente a las que se recurre para encontrar la regla aplicable. Las sentencias judiciales ejercen una influencia considerable para el desarrollo del derecho internacional, por ser una aserción imparcial y valiosa del Derecho por juristas de gran autoridad técnica y moral (Sepúlveda, 2013: 106).

El confiar en las decisiones judiciales y arbitrales para la determinación de las normas de derecho ha llegado a ser una parte importante y habitual de la práctica internacional, ello permite conferir una certidumbre a las normas con-

suetudinarias, que de otro modo no tendrían, y así facilitan en gran parte su aplicación. A través de tales decisiones los principios generales de derecho se incorporan en la práctica al derecho internacional. Así, las decisiones internacionales contribuyen muy directamente al funcionamiento de esta fuente y, en verdad, desempeñan con frecuencia un papel decisivo en el desarrollo del derecho internacional, sin llegar a constituir, sin embargo, una fuente distinta por sí misma (Sorensen, 1973: 179).

Tratados Internacionales en Materia de Derecho Humanos

El movimiento internacional de los derechos humanos se consolidó con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Señala como *“un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”*, en la Declaración, por primera vez en la historia de la humanidad, se indican claramente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar. A lo largo de los años lo establecido en la Declaración ha sido sobradamente aceptado como las normas fundamentales de derechos humanos que todos deben proteger. La Declaración Universal, en concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus protocolos facultativos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, configuran la llamada “Carta Internacional de Derechos Humanos” (NUDH, 2021).

Una serie de tratados internacionales de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 han conferido una base jurídica a los derechos humanos inherentes y han desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales. En el plano regional se han adoptado otros instrumentos que reflejan las preocupaciones específicas en materia de derechos humanos de la respectiva región, y en los que se establecen determinados mecanismos de protección. La mayoría de los Estados también han instaurado constituciones y otras leyes que defienden formalmente los derechos humanos fundamentales. Si bien los tratados internacionales y el derecho consuetudinario son el pilar del derecho internacional de derechos humanos, otros instrumentos, como declaraciones, directrices y principios adoptados en el plano internacional contribuyen a su comprensión, aplicación y desarrollo. El respeto por los derechos humanos requiere el establecimiento del estado de derecho en el plano nacional e internacional (NUDH, 2021).

Al ser Estados parte en los tratados internacionales, estos asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar y defender los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de inferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados detengan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de hacerlo significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el goce de los derechos humanos básicos (NUDH, 2021).

A través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se obligan a establecer medidas y leyes internas armonizadas con las obligaciones y deberes derivados de los tratados. En caso de que los procedimientos judiciales nacionales no combatan los abusos contra los derechos humanos, existen mecanismos y procedimientos en el ámbito internacional para presentar denuncias o comunicaciones individuales, que ayudan a garantizar que las normas internacionales de derechos humanos sean efectivamente respetadas, aplicadas y acatadas en el plano local (NUDH, 2021).

Jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos constituye la interpretación oficial y, en ciertas hipótesis, la de carácter último o definitivo, acerca de las disposiciones de un tratado internacional de derechos humanos, de tal manera que el sentido y alcance de una disposición de este tipo están determinados conjuntamente por el texto que la expresa y por su interpretación; así, ambos conforman el estándar normativo cuyo cumplimiento puede ser exigido, y que debe ser observado por los Estados (Carmona, 2009: 246).

La Corte Interamericana es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales (CIDH 2019: 6). De igual forma, la Corte IDH determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables al Sistema Interamericano. Asimismo, a través de esta vía, la Corte realiza la supervisión de cumplimiento de sentencias (CIDH, 2019: 11).

La Corte Interamericana tiene dos tipos de competencia: la contenciosa (artículo 62 de la Convención Americana) y la consultiva (artículo 64 de la Convención). Esta última es particularmente amplia, una vez que todos los Estados miembros de la OEA (hayan o no ratificado la Convención) y todos los órganos mencionados en el capítulo X de la Carta de la OEA (Asamblea General, Consejo Permanente, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, etc.) pueden formular consultas a la Corte sobre temas distintos (i.e., interpretación de la Convención Americana o de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, determinación de la compatibilidad entre cualesquiera de las leyes internas de los Estados Americanos y la Convención Americana u otros tratados sobre derechos humanos) (Trindade, 1996: 59).

Además, tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Parte en el caso hayan reconocido su competencia contenciosa. (CIDH, 2018: 16). Y tales estados tiene la obligación de cumplir con las resoluciones de la Corte tal como dispone el artículo 68: *“los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”*.

Por otro lado, en la opinión consultiva 15/97, párrafo 25, se estableció que la competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen *“partes”* involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es *“la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”*. El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados Miembros de la OEA y órganos principales de ésta establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte.

Las Corte Interamericana viene a ser el principal órgano que aplica e interpreta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sus sentencias representan la etapa última del esfuerzo que inicia una persona por el reconocimiento de sus derechos humanos, luego de haber tenido que hacer reclamaciones legales en su país (agotamiento de recursos internos), pasando por una primera fase de reclamo ante el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, culmina con aquella sentencia declaratoria de derechos que, además, establece reparaciones integrales por el daño causado que emite la Corte IDH (Recia, 2009: 9). Los poderes judiciales deben incentivar la utilización de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos con el fin de elevar los estándares de calidad al momento de resolver sobre la justiciabilidad y alcances de los derechos económicos, sociales y culturales (IIDH, 2010: 22).

El derecho de acceso a la justicia como camino a garantizar derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos ha hecho una gran labor con la creación de diversos instrumentos internacionales que buscan garantizar el reconocimiento y protección de los derechos humanos, desafortunadamente estos instrumentos no actúan por si solos, pues las violaciones a derecho humanos siguen siendo una realidad en el mundo. En general los individuos no entendemos la importancia de los Derechos Humanos hasta que se nos priva de alguno de ellos, no comprendemos el derecho a la no discriminación hasta que somos víctimas de discriminación, no valoramos el derecho a la propiedad hasta que se nos despoja arbitrariamente de ella, no discernimos la libertad hasta que somos privados de ella irrazonablemente, de igual manera nosotros no comprendemos la trascendencia del derecho de acceso a la justicia hasta que se nos comete un abuso.

Pero a todo esto, ¿Qué es la justicia? A criterio del autor el concepto más adecuado es el siguiente: “*dar a cada cual lo suyo*” mismo que le es atribuido a uno de los siete sabios de Grecia (Kelsen, 2001: 53). Así pues, el Estado juega un papel determinante al hablar de justicia, o mejor dicho administración de justicia, pues es quien establece los mecanismos y las instituciones que realizarán la tarea de garantizar la debida impartición de esta, misma que es una obligación imperativa del Estado, debido a que este es un derecho humano reconocido por diversos instrumentos internacionales para garantizar la dignidad intrínseca del ser humano, tal como indica la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en el primer párrafo del preámbulo señala:

“Considerando que la libertad, **la justicia** y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”

Por su parte, el artículo 10 señala que:

“toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con **justicia** por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

De igual manera, en el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su parte considerativa establecen:

“Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, **la justicia** y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”.

Como se observa, la justicia juega un papel primordial, no solo como un derecho humano aislado sino para el eficaz desarrollo de la dignidad humana, que es la materia prima que buscan proteger los derechos humanos. El derecho internacional reconoce a la *justicia* como un elemento *sine qua non* de la dignidad humana, por lo que, al no respetarse ni garantizarse ese derecho no podemos hablar de una vida digna para los individuos.

El Estado debe garantizar mecanismos para el debido cumplimiento de este derecho mediante la administración de justicia, por lo que, a través de sus operadores de justicia, en el aspecto meramente jurídico, determinan “*lo suyo*” de cada persona. Pero, debemos resaltar que son los particulares los que tienen que activar estos mecanismos, pues, las leyes y tratados que prevén derechos humanos no actúan por sí solos, pues se requiere ese impulso procesal que nos permita acceder al respeto y cumplimiento de tales derechos.

Panorama de los derechos humanos en México

El Estado mexicano no ha contado con los mejores estándares de protección de derechos humanos, pues han sido varios los casos que han llegados a la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos y donde el Estado mexicano se le ha señalado como responsable de violaciones a derechos humanos, como podemos ver en la siguiente tabla (CIDH, 2023):

Tabla 1. Sentencias de la Corte IDH donde establece reparaciones de derechos humanos violados por parte de México	
Casos resueltos	Fecha de la sentencia
González y otras (“Campo Algodonero”) vs México	16 de noviembre de 2009
Radilla Pacheco vs México	23 de noviembre de 2009
Fernández Ortega y otros vs México	30 de agosto de 2010
Rosendo Cantú y otra vs México	31 de agosto de 2010
Cabrera García y Montiel Flores vs México	26 de noviembre de 2010
García Cruz y Sánchez Silvestre vs México	26 de noviembre de 2013
Trueba Arciniega y otros vs México	27 de noviembre de 2018
Alvarado Espinoza y otros vs México	28 de noviembre de 2018
Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs México	28 de noviembre de 2018
Digna Ochoa y Familiares vs México	25 de noviembre de 2021
Tzompaxtle Tecpile y otros vs México	7 de noviembre de 2022

Fuente: Elaboración propia, con datos de la página de la Corte IDH. Casos en supervisión de cumplimiento de sentencias https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm

Cabe destacar que fue el caso de Rosendo Radilla un parteaguas en el derecho mexicano, pues fue posterior a esta sentencia que México tuvo que adaptar su normatividad a los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos, ya que antes de la reforma de 10 de junio 2011, ni la constitución, ni la ley de amparo preveían el término *derechos humanos* dentro de su normativa, fue a partir de las “*recomendaciones*” y presiones internacionales que hemos presenciado cambios en el sistema jurídico mexicano.

En ese sentido, se han adoptado en el país algunas medidas legislativas para intentar encumbrar a los derechos humanos, como lo fue la reforma constitucional de 2011 y la reforma a la ley de amparo de 2013, que en sus artículos primeros, respectivamente, señalan:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las

garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

“**Artículo 1o.** El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (...)”.

Con estas reformas además de reconocer positivamente a los derechos humanos también se reconocen el papel fundamental de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tanto en el texto constitucional como en la ley de amparo, lo que abre un nuevo abanico jurídico de disposiciones legales que pueden ocupar los operadores de justicia y los abogados postulantes, como lo son las fuentes del derecho internacional.

Como se puede observar, México ha sido sentenciado en diversas ocasiones por la Corte IDH como responsable internacional por la violación de múltiples derechos humanos, lo cual demuestra que el Estado mexicano dista de ser garante de derechos humanos, pues a pesar de los mencionados cambios legislativos sigue habiendo un menoscabo en los derechos de sus ciudadanos, pues a más de diez años de las reformas en materia de derechos humanos el país sigue siendo sujeto de procesos ante la Corte IDH.

Aplicación de las fuentes de derecho internacional en el sistema jurídico mexicano

Como ya se ha mencionado en el trabajo, garantizar la protección de los derechos humanos contenidos en los diversos tratados internacionales no se logra con la sola celebración de estos, esa es una *desiderata* que no se cumple por decreto. Con el cambio de paradigma de aplicar fuentes de derecho internacional en el derecho interno, y no solo las fuentes nacionales, los juzgadores cuentan con un nuevo panorama legislativo para poder fundamentar sus resoluciones, y a pesar de encontrar resistencia o desconocimiento por parte del poder judicial en la aplicación de los instrumentos internacionales, tal como señalaba el exministro, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juan N. Silva Meza, quien sostenía (SCJN, 2013: XII):

“Sin embargo, estos procesos de asimilación de los tratados y convenciones, que siguen siendo poco conocidos entre los operadores jurídicos nacionales, no generan cambios por decreto. Al igual que las autoridades estadounidenses involucradas en el Caso Avena, en nuestro país **seguimos encontrando resistencias al desarrollo del derecho internacional en Sede interna**. Confiamos en que las resistencias cedan y que la llamada internacionalización de los derechos se normalice”.

Compartimos la opinión del ex ministro en el sentido de que los cambios no se generan por decreto y que la internacionalización de los derechos humanos debe normalizarse en sede interna, es por esa razón, que en esta parte del capítulo nos enfocaremos en estudiar diversos casos y criterios de tribunales nacionales que fundamentan sus determinaciones en tratados internacionales y jurisprudencia internacional emitida por la Corte IDH, para determinar su relevancia en la impartición de justicia y qué tan normalizada esta su aplicación.

Empezaremos hablando del amparo en revisión 4749/2017 resuelto por la Segunda Sala de la SCJN, en donde el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) suspendió una beca a un estudiante de posgrado por considerar que había infringido la condición de *"dedicación exclusiva"* a sus estudios de posgrado por haberse probado que el becario se encontraba laborando al mismo tiempo que cursaba su posgrado, situación que para CONACYT era motivo de suspensión de su beca.

En ese sentido, el promovente recurrió dicha determinación y por la relevancia del caso terminó siendo la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación quien conoció del asunto, quien al resolver señaló los siguientes argumentos:

“En este orden de ideas, vale la pena precisar que del artículo 3º, fracción V, de la Constitución Federal, y de las demás normas internacionales antes referidas se advierte que el Estado tiene las siguientes obligaciones en materia de educación superior: a) Promoverla (artículo 3º, fracción V, Constitucional); b) Apoyar la investigación científica y tecnológica (artículo 3º, fracción V, Constitucional); c) Hacer que sea accesible para todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita (artículo 13, párrafo 2, inciso c), **del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 13, párrafo 3, punto c, del Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo De San Salvador";** d) **Implantar un sistema adecuado de becas (artículo 13, párrafo 2, inciso e), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales);** e) **Mejorar las condiciones materiales del cuerpo docente (artículo 13, párrafo 2, inciso e), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales);**

(...) Como corolario de lo anterior puede colegirse que del artículo 3º, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el numeral 13, párrafo 2, inciso e), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en la Observación General No 13, se advierte una obligación por parte del Estado Mexicano relacionada con el otorgamiento de becas, entre otros apoyos, para el estudio de licenciaturas y posgrados (como parte de la educación superior), y en contrapartida, se reconoce el derecho de las personas a acceder al otorgamiento de ese tipo de becas”.

De la presente ejecutoria se puede observar que, la Segunda Sala tuvo que fundamentar su resolución no solo en la constitución sino también en el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General Número 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, y el Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo De San Salvador”, resolviendo en favor del estudiante, que no existía razón constitucional o convencional que justifique la restrictiva derivada del requisito de “*dedicación exclusiva*”, pues tales tratados expresamente la obligación para el Estado de implementar un sistema adecuado de becas, por lo que, concluyó que tal restricción resultaba inconstitucional.

Otro ejemplo lo encontramos en materia mercantil, cuando las partes suscriben un título de crédito la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que: “*los intereses moratorios se computarán al tipo estipulado para ellos*”, de igual forma la tesis jurisprudencial XVI.3o.C.J/1 de rubro: “USURA. LOS INTERESES MORATORIOS NO LA ACTUALIZAN”, ambas disposiciones permitían el cobro de los intereses moratorios pactados en el título de crédito disponiendo que no causaban usura.

En ese tenor, tenemos una ley de nivel federal y una jurisprudencia de un tribunal colegiado que permitían el cobro de intereses moratorios estando a lo pactado por las partes y que no causaban usura; pero, de la contradicción de tesis 294/2015 se originó la tesis jurisprudencial de la primera sala 1a./J. 54/2016, que señala: “USURA. SU PROHIBICIÓN APLICA TANTO PARA LOS INTERESES ORDINARIOS COMO PARA LOS MORATORIOS PACTADOS EN UN PAGARÉ. El artículo 21, numeral 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la usura, así como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre; en este sentido, ninguna ley debe permitir que al amparo de la libertad contractual, una persona obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otro, un interés excesivo derivado de un préstamo”.

De esta jurisprudencia se desprende que la primera sala determinó que los intereses moratorios sí resultaban ser usureros, ya que contravenían el artículo 21, numeral 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prohíbe la usura, aquí es donde podemos apreciar que a través de las disposiciones de un tratado internacional se superan disposiciones de una ley federal e incluso de una jurisprudencia de tribunal colegiado, pues el anterior criterio se vio superado. Con estos ejemplos queda de manifiesto la relevancia de los tratados internacionales para fundamentar criterios de los altos tribunales de justicia en su toma de decisiones.

Ahora bien, por lo que respecto a la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH, resulta oportuno señalar que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis Jurisprudencial P./J. 21/2014, estableció:

“JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE

QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, **resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona (...).

El pleno estableció claramente que la jurisprudencia emitida por la Corte IDH de derechos humanos es vinculante para los jueces mexicanos, sin importar si México fue parte en el litigio, al ser una extensión de la Convención Interamericana, es decir, se pueden aplicar criterios e interpretaciones de la Corte Interamericana en asuntos contenciosos donde fueron parte otros países, lo cual abre un gran abanico normativo para la protección de los derechos humanos.

Además, la Corte Interamericana en la sentencia del caso de Rosendo Radilla señaló que en relación con las prácticas judiciales ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH, 2009: 92).

En ese sentido, una vez determinada que la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria su aplicación para los jueces mexicanos, procederemos a analizar criterios nacionales de diversas materias que se fundan en jurisprudencia interamericana. El primer criterio que comentaremos es en materia penal, mismo que podemos consultar en la tesis aislada de XXII.P.A.18 P de tribunal colegiado que lleva como rubro: “FEMINICIDIO. EN CUMPLIMIENTO A LAS RECOMENDACIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EN LA SENTENCIA DICTADA EN EL CASO GONZÁLEZ Y OTRAS (CAMPO ALGODONERO) VS. MÉXICO, LOS DATOS DE VIOLENCIA PREVIA Y CONCOMITANTE AL ASESINATO DE UNA MUJER, SON ELEMENTOS QUE DEBEN CONDUCIR A LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS EN ESTE DELITO”, esta tesis se funda en la sentencia González y otras *vs.* México, donde la Corte IDH estableció un estándar para la protección de los

derechos de la mujer en la investigación de delitos que se relacionen con homicidios de mujeres, entre otros, con base en una perspectiva de género.

En dicha tesis, el colegiado concluyó que la existencia de datos de violencia previa y concomitante al asesinato de una mujer, son elementos que necesariamente deben conducir a la calificación de los hechos en el delito de feminicidio, pues actualizarlos en la hipótesis relativa al homicidio, conllevaría invisibilizar tanto el contexto de violencia de la víctima, como las acciones afirmativas realizadas en la investigación y juzgamiento de la violencia contra mujeres.

En un segundo caso resuelto por un tribunal colegiado conforme a la tesis aislada II.3o.P.31 P, de rubro: “DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO. CUANDO EN EL PROCESO PENAL LAS PERSONAS IMPUTADAS REFIEREN QUE LA SUFRIERON POR PARTE DE LOS POLICÍAS APREHENSORES, PROCEDE DAR VISTA AL MINISTERIO PÚBLICO PARA QUE REALICE LA INVESTIGACIÓN CORRESPONDIENTE”, el criterio se fundamenta en el caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú* en donde la Corte IDH advirtió que los insultos de los policías a las víctimas respecto a su orientación sexual y expresiones de género son suficientes para determinar el carácter discriminatorio de la detención, esto en atención a que en el caso que resolvió el colegiado, la personas procesadas declararon que los policías que las detuvieron las agredieron física y verbalmente en virtud de su orientación sexual, concluyendo que ante tales situaciones debe procederse a dar vista al Ministerio Público.

El siguiente caso es en materia laboral, sustentado en la tesis aislada I.5o.T.36 L de rubro; “HOSTIGAMIENTO SEXUAL DE UN PROFESOR A MENORES DE EDAD. ES UNA CAUSA GRAVE QUE JUSTIFICA LA RESCISIÓN LABORAL A PESAR DE QUE EL TRABAJADOR TENGA UNA ANTIGÜEDAD MAYOR A VEINTE AÑOS EN EL CENTRO DE TRABAJO”, en esta tesis el colegiado se funda en el Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs. Perú* donde la Corte IDH sostuvo que la violencia sexual contra la mujer se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento y que, además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.

En ese caso un profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México fue denunciado por cuatro alumnas de una preparatoria por diversas conductas de hostigamiento sexual, por lo que la institución educativa rescindió el contrato de trabajo. El profesor se inconformó señalando que tenía más de 20 años de antigüedad en el centro de trabajo y que le era aplicable lo previsto en el artículo 161 de la Ley Federal del Trabajo, que establece que cuando la relación de trabajo haya tenido una duración mayor a ese periodo, la relación sólo podrá rescindirse cuando la causa sea particularmente grave o que haga imposible su continuación, pero se le impondrá al trabajador la corrección disciplinaria que corresponda, respetando los derechos que deriven de su antigüedad.

El colegiado determinó que el hostigamiento sexual en contra de alumnas menores de edad es una forma de violencia contra las mujeres de especial gravedad, pues dicha conducta se genera en una relación de poder y subordinación entre el agresor con aquéllas, lo cual hace insostenible la continuación de la relación de trabajo, a pesar de que el trabajador tenga una antigüedad mayor a

veinte años en el centro de trabajo. Como podemos observar con estos ejemplos, la jurisprudencia de la Corte IDH jugó un papel esencial para que los tribunales nacionales resolvieran atendiendo los estándares que determina la Corte en protección de los derechos humanos en temas tan delicados como la discriminación, el feminicidio y el hostigamiento sexual.

Ahora bien, ha quedado de manifiesto la relevancia de jurisprudencia interamericana, pero no podemos dejar de lado a las opiniones consultivas, que no son resoluciones contenciosas pero si interpretan a la Convención Americana de Derechos Humanos, las cuales no resultan obligatorias para los juzgadores mexicanos, ya que su carácter es más orientador lo cual implica que pueden, o no, aplicarlas para apoyar sus criterios, esto de conformidad con la tesis aislada (I Región)⁸⁰.1 CS de rubro: “OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. IMPLICACIONES DE SU CARÁCTER ORIENTADOR PARA LOS JUECES MEXICANOS”.

En este tenor, invocaremos un criterio fundado en el carácter orientador de la opinión consultiva OC-11/90, en el cual la Corte IDH puntualizó que promover un juicio significa el empleo de recursos económicos que no todas las personas pueden costear, pues no basta una asistencia legal gratuita, ya que existen diversos trámites que generan costos que ponen en desventaja a las personas de escasos recursos, lo cual llevo a determinar al tribunal colegiado del primer circuito en la tesis aislada I.5o.C.13 C, que: “PERSONA CON DISCAPACIDAD. CUANDO AFIRMA CARECER DE RECURSOS ECONÓMICOS PARA ENFRENTAR UN JUICIO O DESAHOJAR UNA PRUEBA, NO REQUIERE ACREDITARLO CON PRUEBAS DIRECTAS NI INDICIOS”.

En este asunto, una mujer con discapacidad permanente neuromotora promovió un juicio oral mercantil, en el que reclamó la nulidad de diversos cargos efectuados a su cuenta de débito. La actora afirmó carecer de recursos económicos suficientes para cubrir los gastos de una pericial, sin ofrecer pruebas para acreditarlo, por lo que solicitó al Juez de origen que designara a un perito de oficio. El Tribunal Colegiado determinó que cuando una persona con discapacidad afirma carecer de recursos económicos para enfrentar un juicio o desahogar una prueba, no requiere acreditarlo con pruebas directas ni indicios, pues existe una presunción de ello y, de exigírsele, se le estaría revictimizando.

En ese sentido, no puede exigírle a una persona con discapacidad pruebas directas ni indicios de la falta de recursos económicos que alega, porque existe una presunción de ello, aunado a que proceder de otra forma, podría resultar gravoso y provocar una revictimización en su contra, al pretender acceder a una justicia verdadera y, se dejarían de valorar los efectos económicos desfavorables que históricamente ha producido tener una discapacidad en la sociedad. Como podemos apreciar el carácter orientador de las opiniones consultivas resultan ser una gran herramienta para los juzgadores al momento de emitir sus resoluciones, ya que permiten crear nuevos criterios en aras de garantizar correctamente derechos humanos. Ahora, abordaremos dos casos que resultan especialmente interesantes, ya que se fundan en tratados internacionales, jurisprudencia interamericana y opiniones consultivas.

El siguiente caso se deriva de la jurisprudencia 1a./J. 49/2016 de rubro: "IGUALDAD JURÍDICA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS", en el que la primera sala de la Suprema Corte de Justicia citó los casos: Castañeda Gutman *vs.* México, Caso Yatama *vs.* Nicaragua, Caso Perozo y otros *vs.* Venezuela, y la Opinión Consultiva OC-4/84, donde la Corte IDH sostuvo que la noción de igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona; sin embargo, no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse, por sí misma, ofensiva de la dignidad humana. Por tanto, sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de una justificación objetiva y razonable".

La primera sala concluyó que la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1o., numeral 1, de la Convención Americana, respecto de los derechos contenidos en ésta, se extiende al derecho interno de los Estados parte, de manera que éstos tienen la obligación de no introducir o eliminar de su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

El último caso del que hablaremos es el que se desprende del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone: *"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales"*.

En ese entendido, el artículo 1390 Bis del Código de Comercio expresa que en contra de las resoluciones pronunciadas en el juicio oral mercantil no procederá recurso ordinario alguno, ante tal afirmación, se podría inferir que tal artículo contraviene el derecho a un recurso efectivo, supuesto que tuvo que resolverse a través de la tesis I.3o.C.239 C (10a.) emitida por tercer tribunal colegiado en materia civil del primer circuito, que señala lo siguiente: "JUICIO ORAL MERCANTIL. EL ARTÍCULO 1390 BIS DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL PREVER QUE CONTRA LAS RESOLUCIONES QUE SE PRONUNCIEN EN ÉSTE "NO PROCEDERÁ RECURSO ORDINARIO ALGUNO", NO VULNERA EL DERECHO A UN MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL EFECTIVO. El artículo 1390 Bis del Código de Comercio, al disponer, en su parte conducente: "Contra las resoluciones pronunciadas en el juicio oral mercantil no procederá recurso ordinario alguno.", no vulnera los principios de seguridad jurídica y de impartición de justicia contenidos en los artículos 14 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni el 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

El Tribunal Colegiado tuvo que emitir un criterio señalando que no se vulneran los principios de seguridad jurídica y de impartición de justicia contenidos en los artículos 14 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni el 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que la falta de un recurso ordinario no genera una violación a la segu-

ridad jurídica en los asuntos, sino que los simplifica; mientras que el juicio de amparo constituye un recurso rápido y sencillo que actualiza la exigencia del citado artículo 25.

En este mismo sentido, la primera Sala en la Jurisprudencia 1a./J. 8/2020 (10a.), estableció: “TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO A RECURRIR UN FALLO ANTE UNA INSTANCIA SUPERIOR Y EL DE ACCEDER A UN RECURSO ADECUADO Y EFECTIVO. (...) En cuanto al juicio de amparo, la Corte Interamericana ha establecido que éste se encuentra en el ámbito del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José", reconociéndolo, por su naturaleza, como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por la Constitución y la Convención citada; el mismo Tribunal Interamericano precisó que el recurso consagrado en el aludido artículo 25 no es el recurso de apelación, el cual está previsto, en el artículo 8.2 h), del mismo tratado”. Al revisar la ejecutoria, nos encontramos con que la autoridad basó su argumento no solo en tratados internacionales sino también en jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, como veremos a continuación:

“En cuanto al juicio de amparo, **la Corte Interamericana ha dicho** que éste se encuentra en el ámbito del artículo 25 del Pacto de San José(20) reconociéndolo, por su naturaleza, como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por la Constitución y la Convención Americana.(21) El mismo Tribunal Interamericano ha precisado que el recurso consagrado en el artículo 25 no es el recurso de apelación, el cual está previsto, precisamente, en artículo 8.2 h) del mismo tratado.

20. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A. No. 9, párrafo 24; Caso Castañeda Gutman *vs.* México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C. No. 184, párrafo 78 y Caso Escher y otros *vs.* Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C. No. 200, párrafo 196.

21. El *Hábeas Corpus* Bajo Suspensión de Garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A. No. 8, párrafo 32”.

Como se puede apreciar en las afirmaciones de la primera sala de la SCJN, el juicio de amparo es el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por la Constitución y la Convención Americana, para ello se apoyó también en jurisprudencia internacional, en específico en los casos Castañeda Gutman *vs.* México y el Caso Escher y otros *vs.* Brasil, así como en las opiniones consultivas 8/87 (solicitada por la Comisión Interamericana) y 9/87 (solicitada por Uruguay).

Reflexiones finales

En este capítulo se demostró la importancia del derecho internacional en el derecho interno a través de la aplicación de dos de sus fuentes: los tratados y la jurisprudencia internacionales, rompiendo el paradigma de que los tribunales nacionales solo fundan sus determinaciones en las fuentes tradicionales de derecho interno, sino que también están haciendo uso de las fuentes internacionales. Quedo evidenciado que los instrumentos internacionales no actúan por decreto, sino que son las víctimas quienes tienen que acudir a las instancias judiciales pertinentes y dar el impulso procesal necesario para echar a andar la maquinaria del poder judicial en busca de su derecho de acceso a la justicia como el camino a la protección o resarcimiento de los derechos que le fueron violentados.

Que los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH han coadyuvado en la creación de nuevos criterios jurisprudenciales nacionales en diversas materias: mercantil, civil, penal, laboral, por mencionar algunas; demostrando así la gran relevancia e impacto que tiene el derecho internacional en el derecho interno para la protección de derechos humanos, dando así pasos muy importantes para normalizar la llamada internacionalización de los derechos humanos.

Finalmente, la formación de los abogados suele ser tradicional, es decir, se limita a la aplicación de fuentes de derecho nacional, y llega a haber un desconocimiento sobre la trascendencia de las fuentes del derecho internacional y su aplicación en el sistema jurídico mexicano, de ahí la imperante necesidad de replicar la aplicabilidad de los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH en sede interna, para que tanto los abogados como los operadores de justicia tenga una mejor preparación y un adecuado bagaje legislativo nacional e internacional al momento de buscar e impartir justicia.

Fuentes consultadas

- Becerra Ramírez, M. (1991). *Derecho internacional público*. UNAM.
- Cançado Trindade, A. (1996). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-1995): evolución, estado actual y perspectivas. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1993/8.pdf>
- Carmona Tinoco, J. U. (2009). *La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno. El caso México*. México. UNAM. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28104.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2021). Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Código de Comercio. (2018). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_241220.pdf
- Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados. (1969). Recuperado de https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- CIDH. (1987). Opinión consultiva 8/87. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

- CIDH. (1987). Opinión consultiva 9/87. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm
- CIDH. (1997). Opinión consultiva 15/97. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf
- CIDH. (2008). Castañeda Gutman vs. México. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf
- CIDH. (2009). Escher y otros vs. Brasil. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf
- CIDH. (2009). Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf>
- CIDH. (2018). ABC de la corte interamericana de derechos humanos. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf>
- CIDH. (2023). Casos en etapa de supervisión, consultado el 10 de febrero de 2023, Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm
- Convención Americana de Derechos Humanos. (1969). Recuperado de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Recuperado de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. (1945). Recuperado de: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/CIJ.pdf>
- Herdegen, M. (2019). *Derecho internacional público*. UNAM.
- IIDH. (2010). Manual de directrices y buenas prácticas en derechos económicos, sociales y culturales. Recuperado en <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1466/manual-de-directrices-buenas-practicas-2010.pdf>
- Kelsen, H. (2001). *¿Qué es la justicia?* México: Gernika.
- Ley de Amparo. (2013). Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp.pdf>
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. (2018). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145_220618.pdf
- NUDH. (2021). Recuperado de <https://hchr.org.mx/derechos-humanos/derecho-internacional-de-los-derechos-humanos/>
- Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. (1966). Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Rodríguez Recia, V. (2009) *Instituto Interamericano de Derechos humanos. Las Sentencias de la Corte Interamericana*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5802/8.pdf>
- Sonrensen, M. (1973). *Manual de derecho internacional público*. Fondo de Cultura Económica.
- Sepúlveda, C. (2013). *Derecho internacional*. Porrúa.

- SCJN. (2013). *La Corte Internacional de justicia y la Protección de los Derechos del Individuo: Caso Avena*, SCJN. Recuperado de https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2016-11/LIBRO%20CASO%20AVENA_0.pdf
- SCJN. (2017). Amparo en revisión 4749/2017. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado de https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-01/ADR-4749-2017.pdf
- Tesis Aislada. (2016). I.3o.C.239 C. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 35. Tomo IV. página 2976.
- Tesis Aislada. (2017). (I Región) 8o.1 CS. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 41. Tomo II. página 1768.
- Tesis Aislada. (2018). XXII.P.A.18 P. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 53. Tomo III. página 2123.
- Tesis Aislada. (2022). I.5o.C.13 C. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 12. Tomo IV. página 2795.
- Tesis Aislada. (2023). I.5o.T.36 L. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 21. Tomo VI. página 6543.
- Tesis Aislada. (2023). II.3o.P.31 P. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 21. Tomo VI. página 6492.
- Tesis Jurisprudencial. (2007). 2a./J. 10/2007. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXV. página 738.
- Tesis Jurisprudencial. (2014). P./J. 21/2014. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5. Tomo I. página 204.
- Tesis Jurisprudencial. (2015). XVI.3o.C. J/1. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 22. Tomo III. página 1897.
- Tesis Jurisprudencial. (2016). 1a./J. 49/2016. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 35. Tomo I. página 370.
- Tesis Jurisprudencial. (2016). 1a./J. 54/2016. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 36. Tomo II. página 883.
- Tesis Jurisprudencial. (2020). 1a./J. 8/2020. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 74. Tomo I. página 589.
- Tratados y declaraciones en derechos humanos, (2023), Recuperado de: http://www.ordenjuridico.gob.mx/derechos_humanos.php

SEGUNDA PARTE

Derecho Internacional de la Migración

CAPITULO 4

Derecho Internacional de las Migraciones

Adriana Sletza Ortega Ramírez*
Melvin Uziel Porras Reynoso**

Introducción

En el mundo 280.5 millones de personas son migrantes internacionales y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) afirma que existen 82.4 millones de personas desplazadas debido a causas tales como persecución, conflictos, violencia, violaciones de los derechos humanos y eventos que perturban el orden público (UNDESA, 2020; ACNUR 2021). A pesar de que las migraciones en las últimas décadas han sido más visibles, el número de personas migrantes internacionales en proporción a la población mundial entre 1990 y 2020 ha oscilado entre el 2.8% y el 3.6% (Migration Data, 2021). En ese sentido, las tendencias migratorias mundiales deben considerarse desde una amplia perspectiva demográfica, social e histórica.

El propósito de este capítulo es ofrecer una visión general del Derecho Internacional (DI) aplicable en materia migratoria. Para cumplir con su objetivo, este capítulo contiene tres secciones. La primera de ellas está dedicada a los antecedentes históricos clave del desarrollo del DI que fueron determinantes para el tema migratorio y que se basaron en las consideraciones de influyentes juristas, entre ellos Francisco de Vitoria, Hugo Grocio, Samuel Freiherr von Pufendorf y Emer de Vattel, al mismo tiempo que el Estado se fue posicionando como eje del sistema internacional y del DI.

A partir de esa perspectiva histórica, las siguientes dos secciones del capítulo abordan por un lado al derecho vinculante (*hard law*) en materia migratoria,

* Profesora-investigadora de Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP). Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, nivel 1 desde el año 2014, y es integrante del Cuerpo Académico “Procesos Transnacionales y Migración” (BUAP CA-230). Sus intereses de investigación se centran en las políticas migratorias, las relaciones entre México y los Estados Unidos y las relaciones internacionales de los gobiernos locales (paradiplomacia). Actualmente coordina el programa de Maestría en Derechos Humanos y Relaciones Internacionales de la BUAP.

** Profesor-investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP). Es Doctor en Derecho, cuenta con el grado de Maestría en Derecho Civil y Mercantil, y el Título de Abogado, Notario y Actuario, por la BUAP. Sus áreas de investigación son: Derecho Internacional y Derechos Humanos. Es Miembro de la Academia de la Maestría en Relaciones Internacionales y Derechos Humanos, así como de la Academia de Derecho Económico e Internacional de la Licenciatura en Derecho, ambas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP.

y en contraparte, a la denominada “gobernanza migratoria internacional” y el papel que están teniendo en la época contemporánea los instrumentos no vinculantes (*soft law*). Para la sección segunda sobre derecho vinculante, se toma como base el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), posteriormente se presenta en particular al Derecho Internacional de las Migraciones (DIM) y sus principales Tratados especializados, lo relativo a trabajadores migrantes y también al tráfico de migrantes.

Mientras que en la sección tercera sobre instrumentos no vinculantes se incluyen la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de 2015, el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular y el Pacto Mundial sobre Refugiados aprobados en 2018 en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU). La intención de este doble abordaje entre instrumentos internacionales vinculantes y no vinculantes es revisar el entramado jurídico complejo, ya que esto puede permitir una aplicación crítica de las normas que pueda beneficiar a las personas migrantes.

Antecedentes. El desarrollo del Derecho Internacional y las migraciones

El *ius gentium* es el antecedente del Derecho Internacional (DI) abocado a las relaciones entre los pueblos y aplicable a los extranjeros en contraste con el *ius civile* para los ciudadanos. El DI se fue configurando a medida que el intercambio comercial y la exploración naval fueron incrementándose. Por su parte, la institución consular y la protección a comerciantes extranjeros fueron prácticas que se desarrollaron históricamente en las ciudades-Estado que florecieron a partir del comercio exterior. Considerando esto, doctrinarios fundamentales del DI como Francisco de Vitoria (1480-1546) y Hugo Grocio (1583-1645) propusieron una visión positiva de la navegación y de las migraciones en un contexto histórico de expansión europea mercantilista, las conquistas territoriales y el proceso de colonización efectuado por las potencias europeas.

Vitoria consideraba la legitimidad del *ius gentium* no solo como pactos y convenios sino con verdadera fuerza de ley y como autoridad en todo el orbe. De hecho, tenía una concepción planetaria al referirse al orbe en su conjunto como *totius orbis* (Vitoria, 1960: 191, 192). En su obra *Relección Primera*, Vitoria se refiere al derecho de la sociedad natural y de las comunicaciones, refleja ahí una visión naturalista de la historia de la humanidad respecto a la libre comunicación y circulación entre los diferentes lugares del mundo en sus conceptos *Naturalis societatis* y *communicationis* (Vitoria, 1960: 705).

Para Vitoria entre todas las naciones debería ser considerado humano y de cortesía, comportarse de manera hospitalaria con los extranjeros como parte del derecho natural, apelaba a la convivencia fraterna y consideraba ilícito el destierro si la persona no era culpable de algo. Especialmente por razones comerciales es “lícito a cualquiera dirigirse y recorrer las regiones que quisiese...los transeúntes extranjeros pueden comerciar sin daño alguno a los ciudadanos” (Vitoria, 1960: 706, 707). Así, para Francisco de Vitoria el *ius communicationis* es una base fundamental de las relaciones entre naciones y en su doctrina establece también

el *ius soli*. Esto es, que los hijos nacidos en territorios extranjeros, pueden ser ciudadanos del país donde nacen y gozar de los mismos derechos que los ciudadanos de ese país (Vitoria, 1960: 710). Tanto el *ius communicationis* como el *ius soli* para poder ser ciudadano del lugar donde se nace son nociones fundamentales para entender el abordaje de las migraciones en la configuración del *ius gentium*.

En la misma línea, Hugo Grocio no sólo compartía el pensamiento de Vitoria sino que lo amplió en su obra sobre la *Libertad de los Mares (Mare Liberum)* de 1609 así como en la obra del *Derecho de la Guerra y la Paz* de 1625. En la doctrina de H. Grocio la libre navegación, el derecho de paso, el paso desarmado y el paso inocente son fundamentales y los correlacionaba con el “derecho a la hospitalidad”. Establece el derecho de andar por la tierra y por los ríos, el derecho de habitación temporal, así como el derecho de habitar que corresponde a quien son expulsados de su domicilio. Está a favor de facilitar el paso y el comercio: “...el paso a las personas... también a las mercancías; pues nadie tiene derecho a impedir que cualquier gente cultive el comercio con cualquiera otra gente lejana, pues permitir esto interesa mucho a la sociedad humana, y para nadie es esto dañoso...” (Grocio, 1925: 301).

Respecto al derecho de establecerse, Grocio señalaba que: “también debe ser lícito a los viajeros y comerciantes de tránsito morar por algún tiempo por causa de salud o por cualquier otra causa...” y en específico “...tampoco la habitación perpetua se ha de negar a aquellos extranjeros que, expulsados de sus patrias, piden ser recibidos, mientras se sometan al imperio que se haya constituido y a lo demás que es necesario...” (Grocio, 1925: 304, 305). Él mismo en su historia personal había sido refugiado y por ello argumentaba a favor del refugio.

Posteriormente como instrumento fundante del DI el Tratado de Westfalia de 1648 si bien instituyó un orden internacional basado en Estados y en el ejercicio de soberanías que posteriormente asumirían el control migratorio de las poblaciones, en principio favorecía a las migraciones por razones comerciales a través del tránsito por tierra y mar. De hecho, establecía en el artículo LXX que: “...debe haber completa libertad de comercio, un paso seguro por mar y tierra; y después de esta manera todos y cada uno de los vasallos, súbditos, habitantes y sirvientes de los aliados, en un lado y en otro, deberán tener completo poder para ir y venir, para comerciar y regresar...” (Treaty of Westphalia, 1648). Esto era congruente con el pensamiento internacional de Vitoria y Grocio.

El Tratado de Westfalia reflejaba una realidad de la época respecto a la necesidad de los viajes, el comercio y el intercambio en pleno auge de la expansión de la navegación en el siglo XVII. En dicho contexto se adjudican los derechos asumidos por las potencias imperiales sobre los territorios y pueblos colonizados justificando la expansión mercantil. Esta expansión era asumida como civilizatoria por parte de las grandes potencias imperiales de la época. El proceso histórico de un sistema internacional de Estados-nación configuró el crecimiento del poder de los Estados y el ejercicio de las soberanías. Se va legitimando desde entonces un ideal de Estado-nación aunque en jurisdicciones

territoriales disímbolas y con poblaciones diversas; y también se acentúan los dilemas de la aplicación del Derecho Internacional entre la hospitalidad para extranjeros y las soberanías (Chetail, 2016).

Este proceso estuvo aparejado a la influencia de relevantes juristas como Samuel Freiherr von Pufendorf en el siglo XVII y Christian Wolff a principios del siglo XVIII. Pufendorf en el tema migratorio daba primacía a la razón de Estado (*raison d'état*), mientras Wolff tenía una concepción patrimonialista del territorio y el soberano que actuando como el dueño del territorio puede ejercer un poder discrecional de excluir extranjeros de su territorio. Posteriormente, Emer de Vattel propone matizar esto a través de la recuperación de la noción del derecho de migrar, es decir, salir del país propio, la libertad de los extranjeros para viajar y hacer negocios. También se reivindicaba el concepto de paso inocente de los extranjeros por el territorio, así como el concepto de necesidad. Éste último sería el antecedente del principio moderno de la no devolución considerando situaciones graves en el país de origen que impiden el retorno. Pero también Vattel considera que el estado receptor debe dar el permiso si la presencia de extranjeros no le es inconveniente o si le es dañina (Chetail, 2019: 26-32).

En la segunda mitad del siglo XIX, un periodo de grandes migraciones internacionales en el contexto de la Revolución Industrial, se va institucionalizando paulatinamente el uso de pasaportes y también surgen leyes de inmigración nacionales para regular las entradas. En este contexto, en 1892 el Instituto de Derecho Internacional emite las Reglas Internacionales sobre la Admisión y Expulsión de Extranjeros que toma como punto de partida el reconocimiento de la soberanía e independencia de los Estados para admitir o no a personas extranjeras. Por ejemplo, el artículo 8 señala que un Estado puede reservarse el derecho de restringir o prohibir temporalmente la entrada de extranjeros, en tiempos de guerra, disturbios internos o epidemias (IDI, 1892).

Y también las legislaciones migratorias de la época incorporan criterios de selección migratoria con perfiles raciales que entonces tomaban como justificación supuestamente científica a la medicina y la eugenesia. Por ejemplo, la selección étnico-racial de extranjeros tanto positiva y negativa, es decir, a quienes se prefiere y a quienes se rechaza, fue una constante en leyes nacionales de migración en el continente americano (Fitzgerald y Cook Martin, 2015). Sin embargo, a partir del siglo XX, con el establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919 se expresa una preocupación internacional por los derechos de los trabajadores migrantes; y a partir de la Segunda Guerra Mundial (IIGM) por el marco jurídico para refugiados y la práctica de la protección consular (Ortega y Ocman, 2019: 324).

Derecho vinculante en materia migratoria internacional

En el DI existen diversas fuentes de este derecho tales como: los tratados internacionales, el derecho internacional consuetudinario (costumbre internacional), los principios generales del derecho internacional, las decisiones judiciales (jurisprudencia Internacional) y la doctrina como establece el artículo 38 del

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Las primeras dos son consideradas como fuentes principales y las restantes son denominadas como fuentes secundarias, ello debido a que se considera dentro de esta disciplina que los tratados internacionales y la costumbre internacional, son vinculantes, y en algunos casos también la jurisprudencia internacional llega a ser vinculante, tal como vera más adelante. Dicho esto, revisaremos el derecho vinculante relativo al Derecho Internacional Migratorio (DIM).

Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)

Al considerar el DIM es necesario tomar como punto de partida al DIDH, ya que el primero puede considerarse como la especie y el segundo como el género. Esto porque el DIDH tiene como objeto garantizar los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) de todas las personas (Benavides, 2015: 47), incluidas las personas migrantes. Así, los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidos los relativos a los derechos fundamentales en el trabajo, y las normas internacionales del trabajo son esencialmente una serie de disposiciones jurídicas de mínimos elaboradas en conferencias internacionales para proporcionar orientación, y a menudo un lenguaje específico, a las legislaciones, políticas y prácticas nacionales. Por ello, los instrumentos internacionales comprenden tanto convenciones como declaraciones, aunque estas últimas no son vinculantes a no ser que constituyan derecho internacional consuetudinario.

Por un lado, aunque la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 no son tratados jurídicamente vinculantes, sí que expresan principios comúnmente aceptados y derechos contemplados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho laboral internacional, que son jurídicamente vinculantes. Muchos de ellos también son reconocidos en el derecho internacional consuetudinario (U. Parlamentaria, 2015, p. 47). Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR) de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR) de 1966, y demás tratados de derechos humanos fundamentales, y las normas internacionales del trabajo en forma de convenios de la OIT son vinculantes para los países que los han ratificado (U. Interparlamentaria, 2015: 47).

Derecho Internacional Migratorio

Un extenso abanico de convenciones internacionales, tratados regionales, acuerdos bilaterales y disposiciones nacionales proporcionan el marco reglamentario de las migraciones. También existen normas claramente definidas en el derecho internacional que abordan expresamente el trato a las personas migrantes. El marco jurídico internacional incluye disposiciones detalladas para proteger los derechos de las personas migrantes, incluyendo a trabajadores migrantes, con medidas para regular la migración y promover la cooperación entre los go-

biernos. Los instrumentos internacionales proporcionan un marco jurídico integral para el desarrollo de políticas y buenas prácticas a nivel nacional, que ha demostrado su eficacia cuando ha sido implementado (U. Interparlamentaria, 2015: 44).

Asimismo, el DIDH es aplicable no sólo a los nacionales de un Estado, sino a toda persona dentro de la jurisdicción del Estado, incluidos las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio regular o irregular. Sus derechos humanos no están aislados de los derechos de otros y, con la excepción del derecho a entrar en otro país y de votar y presentarse a unas elecciones para un cargo público, las personas migrantes son titulares de los mismos derechos humanos y laborales que los nacionales (U. Interparlamentaria, 2015: 44).

Por su parte, el derecho internacional consuetudinario que rige la salida, la admisión y la estancia de los migrantes se complementa, refuerza y detalla mediante un conjunto complejo de regímenes convencionales que se centran en cuestiones más específicas. Aunque muchos especialistas a menudo lamentan la falta de un tratado integral que regule todos los aspectos de la migración, esta situación no difiere de muchas otras ramas del derecho internacional. Por mencionar algunos, el derecho internacional humanitario, el derecho de los derechos humanos, el derecho laboral y el derecho ambiental se basan en una amplia variedad de tratados multilaterales que abordan situaciones específicas. Por tanto, el DIM no constituye una excepción. La pluralidad de instrumentos internacionales es necesaria en un campo tan complejo y multidimensional (Chetail, 2019: 166).

A nivel universal, los tratados multilaterales adoptados específicamente en esta área multifacética siguen un enfoque segmentado que se centra en tres categorías distintivas de migrantes a partir de seis tratados especializados básicos del Derecho Internacional de las Migraciones (ver Tabla 1). Primero, los refugiados se rigen principalmente por la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, enmendada por su Protocolo de 1967. En segundo lugar, los trabajadores migrantes se consideran en tres tratados multilaterales: la Convención de 1949 sobre migración para el empleo; la Convención de 1975 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios; y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios de 1990 y miembros de sus familias.

En tercer lugar, el reconocimiento a las personas migrantes objeto de tráfico y trata surge en 2000 como una nueva categoría de preocupación internacional que motivó la adopción del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Chetail, 2019: 166, 167). Las situaciones de trata en la época contemporánea también están relacionadas con trabajos forzados a los que pueden estar sometidas las personas migrantes e incluso la proscripción de la esclavitud, así como del trabajo infantil previamente acordadas internacionalmente.

Tabla 1. Tratados especializados básicos del Derecho Internacional de las Migraciones

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, enmendada por su Protocolo de 1967.
- Convención sobre migración para el empleo de 1949.
- Convención sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios de 1975.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares de 1990.
- Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Fuente: Elaboración propia, con datos del libro *International Migration Law*, Vincent Chetail (2019); y del documento *Migración, derechos humanos y gobernanza*, Unión Interparlamentaria (2015).

Estos seis instrumentos multilaterales incluidos en la Tabla 1 establecen regímenes convencionales particularmente detallados y representan los tratados especializados básicos del derecho internacional de las migraciones (Chetail, 2019: 167) y también conforman un régimen internacional de la migración. Adicionalmente, el mismo DIDH establece de manera inequívoca que las personas migrantes y sus familiares son ante todo seres humanos y titulares de derechos humanos universales, cuya dignidad y seguridad necesitan una protección especial. Por consiguiente, gozan de la plena protección del derecho internacional de los derechos humanos como cualquier otra persona (U. Interparlamentaria, 2015: 50).

Trabajadores Migrantes

Los trabajadores constituyen la porción más importante de la población migrante en todo el mundo. El trabajo migrante se rige por tres tratados especializados en el plano universal. Dos de ellos se firmaron bajo los auspicios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1949 y 1975, mientras que el más reciente y completo, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (ICRMW por sus siglas en inglés), fue adoptado dentro de la ONU en 1990. Aunque cada uno de ellos ha sido concebido como tratados distintos, su respectivo contenido proporciona un marco legal complementario y que se refuerza mutuamente (Chetail, 2019: 200).

La OIT ha estado involucrada en la protección de los trabajadores migrantes desde su fundación en 1919. En la actualidad, además de los convenios laborales generales que se aplican tanto a nacionales como a no nacionales, existen dos tratados especializados: el Convenio sobre migración para el empleo de 1949 y el Convenio sobre los trabajadores migrantes de 1975. Estos dos tratados especializados contienen una definición jurídica común de trabajadores migratorios, y regulan la migración laboral proporcionando un marco de cooperación

interestatal y protegiendo los derechos de los trabajadores migrantes (Chetail, 2019: 200, 201).

Al igual que en muchos otros campos del derecho internacional, el marco jurídico de la migración laboral no puede limitarse únicamente a los tratados específicos adoptados a nivel universal. Esto implica que la migración laboral también se rige por dos conjuntos adicionales de tratados aplicables, incluida una amplia gama de convenciones generales sobre diversas cuestiones relevantes (como derechos humanos, normas laborales y comercio), así como acuerdos bilaterales y regionales específicamente dedicados a los trabajadores migrantes. La migración laboral, en consecuencia, está enmarcada en una vasta red de tratados universales, regionales y bilaterales que muestra la importancia y la complejidad del derecho de los tratados como fuente de derecho internacional de las migraciones (Chetail, 2019: 250).

Además, la jurisprudencia internacional, como fuente del derecho internacional, ha asentado la noción de que las normas internacionales del trabajo y las leyes nacionales del trabajo deberían ser aplicables a todos los trabajadores migrantes. Por ejemplo, el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) o Pacto de San José establece: *“que los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos...”*.

En ese tenor, el Estado mexicano solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la Opinión Consultiva OC-18/03 (p. 126), de 17 de septiembre de 2003, denominada: *“Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”* y estableció:

“(...) 8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica”.

Como se puede apreciar, la Corte Interamericana decidió que la calidad migratoria de una persona no justifica el que sean privados de sus derechos humanos, y que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores independientemente de su condición nacional o extranjera. Estrictamente hablando, las opiniones consultivas no son vinculantes desde el punto de vista jurídico, aunque producen efectos jurídicos no sólo sobre el Estado u órgano que requiere una opinión consultiva, sino sobre todos los Estados miembros de la OEA. Al respecto, puede observarse la tesis aislada “Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Implicaciones de su carácter orientador para los jueces mexicanos”, (I Región, 8o.1 CS, 2017).

Además, la Corte ha reiterado desde entonces que el principio de igualdad ante la ley, y de igualdad en la protección y la no discriminación se aplican a los trabajadores indocumentados en su jurisdicción contenciosa. Por ejemplo, en el caso Vélez Loor *vs.* Panamá de 2010, la Corte dictaminó que “*los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa*” (Unión Parlamentaria, 2015: 57).

A diferencia del ejemplo anterior, este es un caso contencioso el cual sí resulta vinculante, que produce efectos jurídicos sobre el Estado sentenciado, y a otras partes contratantes del Pacto de San José, verbigracia México, con la jurisprudencia nacional: “Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”, (P./J. 21/2014, 2014). Ésta obliga a las autoridades mexicanas a respetar los criterios que emite la Corte Interamericana en sus sentencias, volviendo en estos casos, vinculante a la jurisprudencia internacional.

Tráfico ilícito de migrantes

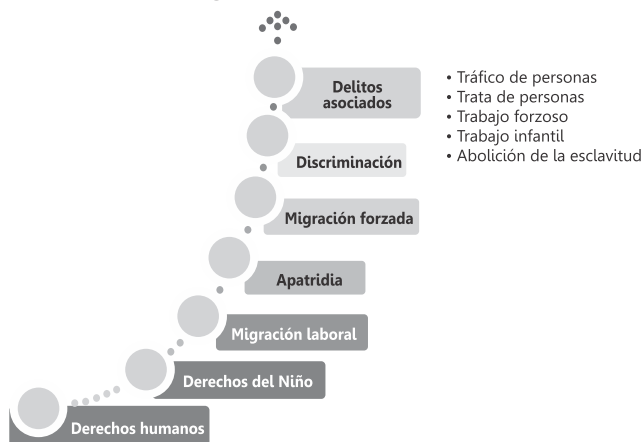
Además de las categorías tradicionales de trabajadores migrantes y refugiados, en el año 2000 surgieron nuevas clasificaciones legales relevantes al tema. Esto a partir de la adopción del Protocolo de la ONU contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y el Protocolo de la ONU para prevenir, reprimir y sancionar trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Chetail, 2019: 251).

Estos dos Protocolos, que entraron en vigor en 2004 y 2003 respectivamente, siguen un patrón completamente diferente en comparación con los otros tratados especializados de derecho migratorio internacional adoptados hasta ahora. Han sido concebidos como instrumentos de derecho penal para complementar la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en marcado contraste con la lógica de protección que prevalece en los otros tratados especializados dedicados a los refugiados y trabajadores migrantes. Este enfoque de la delincuencia y el control probablemente explica la

gran cantidad de ratificaciones reunidas por los Protocolos contra el tráfico ilícito y la trata de personas con 147 y 173 Estados Partes, respectivamente (Chetail, 2019: 250, 251).

Finalmente, el derecho internacional migratorio se encuentra regulado por diversos tratados internacionales, pero a su vez deben de auxiliarse de otras fuentes internacionales como es la costumbre internacional, pues llena los vacíos del derecho convencional (Benavides, 2015: 18). Y en algunos otros casos de la jurisprudencia internacional esto es relevante para lograr la obligatoriedad en el respeto de los derechos de los migrantes. Por esta razón y retomando la base del DIDH es importante considerar las interrelaciones entre los distintos elementos básicos del marco jurídico aplicable a la materia migratoria internacional que se incluyen en Figura 1.

Figura 1. Elementos del marco jurídico en materia migratoria internacional



Fuente: Elaboración propia.

En ese sentido, es relevante considerar la base de derechos humanos así como la distinción entre migraciones internacionales de carácter voluntario y distinguirlas de las migraciones forzadas, incluyendo las diferentes necesidades de protección que requieren trabajadores migrantes internacionales y aquellos que sufren el desplazamiento. Además, un marco regulatorio específico para migrantes menores de edad tiene su base en los derechos del niño y la proscripción del trabajo infantil. Igualmente, existe un marco específico para la situación de personas apátridas que tiene como base a la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961. De manera adicional, una situación relevante que las personas migrantes pueden enfrentar es la discriminación para lo cual no sólo son aplicables distintos instrumentos internacionales de derechos humanos sino también el marco específico provisto por la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965. Y por su parte, los delitos

asociados a las migraciones incluyendo el tráfico y la trata de personas, así como en particular la proscripción de la esclavitud y del trabajo forzado.

Gobernanza migratoria internacional e instrumentos no vinculantes

Los instrumentos internacionales no vinculantes en materia migratoria denominados en términos genéricos en inglés como *Soft International Migration Law* están jugando un papel cada vez más relevante en las últimas décadas. Esto se debe a que el tema migratorio internacional ha polarizado las posiciones de los países de origen de las personas migrantes y los principales países receptores de migración que son países de ingresos altos y que no han ratificado la Convención Internacional de Trabajadores Migratorios y sus Familiares de 1990. Este instrumento tardó diez años para obtener el mínimo de ratificaciones necesarias para entrar en vigor y desde entonces prevaleció una falta de voluntad política para avanzar en negociaciones en el ámbito multilateral sobre temas migratorios.

A partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 y la visión *securitaria* de la migración que comienza a predominar, la Secretaría General de las Naciones Unidas impulsó la creación de un grupo de expertos y posteriormente los diálogos de alto nivel sobre desarrollo y migraciones, esto para intentar cambiar el enfoque y unirlo a la discusión de la agenda multilateral sobre desarrollo. El largo proceso fue iniciado por los Diálogos de Alto Nivel sobre la Migración y el Desarrollo en 2006 y 2013, así como los diálogos informales sostenidos anualmente en el Foro Global de Migración y Desarrollo (GFMD por sus siglas en inglés) desde 2007. Pero estos diálogos sólo pudieron concretarse ante la visibilidad del incremento de desplazados y refugiados por el conflicto en Siria entre los años 2015 y 2016 que resultó en la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes de 2016. Y a su vez, esta Declaración fue la base de la concreción del Pacto Mundial sobre Refugiados y el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular en 2018. Ambos pactos fueron aprobados en el seno de la AGNU y constituyen los principales instrumentos contemporáneos no vinculantes para la gobernanza migratoria global e incorporan también a la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible (Naciones Unidas A/RES/70/1, 2015).

La importancia que han adquirido los instrumentos de *soft law* en temas migratorios internacionales radica en la dificultad de hacer cumplir los instrumentos internacionales vinculantes para proteger y garantizar los derechos humanos de las personas migrantes, sus derechos laborales y el derecho a solicitar el asilo y obtener la protección internacional a través de la categoría del refugio. De esta manera, los instrumentos *soft* intentan llenar un vacío de compromiso internacional de los Estados con la implementación de los instrumentos vinculantes y generar nuevos consensos en torno a la agenda migratoria multilateral.

Los instrumentos internacionales de carácter no vinculante (*soft*) tienen muchas críticas por parte de quienes consideran que debilitan a los instrumentos vinculantes y al cumplimiento del Derecho Internacional en su conjunto; sin embargo, se han vuelto relevantes en el proceso político del avance de las normas

internacionales. Sin embargo, el reto es que los instrumentos *soft* permitan la instrumentación concreta del derecho vinculante ya existente o la creación de nuevas normas vinculantes, en los distintos ámbitos: internacional, regional, nacional e incluso local.

En ese sentido, el Pacto Mundial de Refugiados y el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular enuncian objetivos y acciones concretas; además delimitan las responsabilidades entre el ACNUR y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) como las agencias especializadas del Sistema de Naciones Unidas para liderar los esfuerzos de implementación de cada uno de estos Pactos.

A partir de 2016, la OIM es incorporada formalmente al Sistema de las Naciones Unidas como la agencia intergubernamental responsable del ámbito de la migración, y plantea la gobernanza de las migraciones. Este lenguaje refleja la aplicación del enfoque teórico de la “gobernanza global” de la disciplina de Relaciones Internacionales a los asuntos migratorios internacionales. En ese sentido, la gobernanza migratoria es definida por la OIM de la siguiente manera: *“Marcos conjuntos de normas jurídicas, leyes, reglamentos, políticas y tradiciones, así como de estructuras organizativas (subnacionales, nacionales, regionales e internacionales), y procesos pertinentes que regulan y determinan la actuación de los Estados en respuesta a la migración en todas sus formas, abordando los derechos y obligaciones y fomentando la cooperación internacional”* (OIM, 2019: 103). Por lo anterior, el entramado institucional que permite la gobernanza es más flexible y amplio para los Estados, y rebasa a los instrumentos vinculantes a partir del predominio de marcos multilaterales de *soft law* como la Agenda 2030 y los Pactos Mundiales sobre Refugiados y Migración.

La Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible (Naciones Unidas A/RES/70/1, 2015) incluye concretamente a la meta 10.7 que enuncia “Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas”. Esta meta está incluida en el objetivo 10 de esta Agenda que está dedicado a la reducción de desigualdades. En ese sentido, los temas migratorios se incluyen en la agenda sobre desigualdad reconociendo que las personas salen de sus lugares de origen en busca de mejores condiciones. Se visibilizan las relaciones de desigualdades existentes entre el lugar potencial de destino y el lugar donde se logra el asentamiento, respecto al lugar de origen cuyas condiciones negativas dieron origen a la migración o al desplazamiento. Así, el propósito de reducir las desigualdades a través del desarrollo sostenible en su conjunto, reduciría las migraciones si las condiciones de vida en el lugar de origen mejoran y si la migración es contenida en el territorio del país de origen.

El lenguaje de “la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas”, retoma las discusiones previas y recomendaciones de las organizaciones internacionales desde el impulso de la discusión del concepto de seguridad humana en 1994 en el Reporte del PNUD que consideraba a las “migraciones internacionales excesivas” en una lista de nuevas amenazas para el Siglo XXI que incluía al terrorismo internacional, al deterioro del medio

ambiente, a la producción y tráfico de estupefacientes, el crecimiento descontrolado de la población mundial y las disparidades económicas (PNUD, 1994, p. 39). La meta de lograr migraciones “ordenadas, seguras, regulares y responsables” es sumamente ambiciosa particularmente porque durante el auge de la globalización, entre las décadas de 1980 y 1990, las migraciones fueron dejadas a las fuerzas del mercado, a la denominada industria de las migraciones que incluye a los negocios legales e ilegales que lucran con las migraciones, y el tráfico y la trata de personas. Por esta razón, la meta incorpora el papel de las políticas migratorias “planificadas y bien gestionadas”, a través de las cuales los Estados pueden recuperar un rol central en la gestión migratoria internacional en vez de dejar a las fuerzas del mercado a las migraciones “desordenadas, irregulares/desreguladas, inseguras e irresponsables”. Entonces los Pactos de 2018 proponen operacionalizar en conjunto la meta 10.7 planteando cómo se pueden “asegurar, ordenar y regular” las migraciones.

El lenguaje de “ordenar las migraciones” ha sido ampliamente criticado por especialistas, particularmente porque estigmatiza a las migraciones y las personas migrantes como problemas que deben ser controlados, ordenados y regulados. Por lo tanto, justifica políticas migratorias de control, el *migration management* o gestión migratoria de la migración “ilegal”, el régimen global de control migratorio (Domenech 2017) y también como propone Silvana Santi (2020) incluso permite un “multilateralismo migratorio asimétrico y cooptivo” de imposición de las ideas hegemónicas del norte a los países del sur en esta materia.

El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (2018) conocido también como Pacto de Marrakech, tiene como base instrumentos vinculantes y no vinculantes, entre los vinculantes destacan los tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las convenciones en materia de crimen organizado transnacional, las convenciones de la OIT y la convención sobre esclavitud. Mientras que entre los instrumentos no vinculantes se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Agenda 2030 y la Agenda Urbana. Sin embargo, lo importante, desde el punto de vista de organizaciones defensoras de derechos es si puede ser implementado desde los derechos humanos. Por ejemplo, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en Argentina propuso en esa dirección cuatro elementos relevantes: la regularización migratoria, el control de las expulsiones, la no criminalización de las migraciones y el acceso a la justicia a migrantes víctimas de delito o de violaciones a derechos humanos (CELS, 2018).

El Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular es una guía para políticas migratorias y contempla 23 objetivos para lograr la migración segura, ordenada y regular, que son los siguientes:

- 1) Recopilar y utilizar datos exactos y desglosados para formular políticas con base empírica.
- 2) Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen

- 3) Proporcionar información exacta y oportuna en todas las etapas de la migración
- 4) Velar por que todos los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y documentación adecuada
- 5) Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular
- 6) Facilitar la contratación equitativa y ética y salvaguardar las condiciones que garantizan el trabajo decente
- 7) Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración
- 8) Salvar vidas y emprender iniciativas internacionales coordinadas sobre los migrantes desaparecidos
- 9) Reforzar la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes
- 10) Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional
- 11) Gestionar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada
- 12) Aumentar la certidumbre y previsibilidad de los procedimientos migratorios para la adecuada verificación de antecedentes, evaluación y derivación
- 13) Utilizar la detención de migrantes sólo como último recurso y buscar otras alternativas
- 14) Mejorar la protección, asistencia y cooperación consulares a lo largo de todo el ciclo migratorio
- 15) Proporcionar a los migrantes acceso a servicios básicos
- 16) Empoderar a los migrantes y las sociedades para lograr la plena inclusión y la cohesión social
- 17) Eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones de la migración
- 18) Invertir en el desarrollo de aptitudes y facilitar el reconocimiento mutuo de aptitudes, cualificaciones y competencias
- 19) Crear las condiciones necesarias para que los migrantes y las diásporas puedan contribuir plenamente al desarrollo sostenible en todos los países
- 20) Promover transferencias de remesas más rápidas, seguras y económicas y fomentar la inclusión financiera de los migrantes
- 21) Colaborar para facilitar el regreso y la readmisión en condiciones de seguridad y dignidad, así como la reintegración sostenible
- 22) Establecer mecanismos para la portabilidad de la seguridad social y las prestaciones adquiridas
- 23) Fortalecer la cooperación internacional y las alianzas mundiales para la migración segura, ordenada y regular.

Por su parte, el Pacto Mundial para Refugiados (2018) en comparación con el Pacto de Migración es aún más operativo porque especifica responsabilidades para el ACNUR y también dos mecanismos concretos: el Foro Mundial sobre los

Refugiados que denomina como mecanismo mundial para la cooperación internacional en la materia y un mecanismo para apoyar una respuesta integral para situaciones específicas de refugiados e incluye la preocupación por distribuir la carga y la responsabilidad entre distintos actores; igualmente incluye dos apartados últimos sobre soluciones locales para espacios territoriales de integración de refugiados reconociendo el papel de las ciudades y autoridades locales.

Cabe mencionar que por la importancia internacional que han adquirido los Pactos sobre Refugio y la Migración en los últimos años, en el ámbito regional europeo, la Comisión Europea propuso un Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo (2020). Sin embargo, este Pacto ha tenido muchas críticas porque a pesar de que inicia mencionando que “se basa plenamente” en el Derecho Internacional y en los valores europeos, sus propuestas operativas para fortalecer la frontera externa de Europa (Frontex), seleccionar migrantes, facilitar expulsiones, dificultar las peticiones de asilo y aumentar la cooperación internacional con terceros países transfiriendo cuantiosos recursos para controlar la migración que pueda llegar a territorio europeo lo cual se conoce como “externalización de fronteras”, así como la operación de campos de espera indefinida para migrantes y refugiados como ocurre en islas griegas fronterizas con Turquía son violatorias del Derecho Internacional. Considerando lo anterior, los Pactos, el *soft law* y el entramado de la denominada “gobernanza de las migraciones” tienen que ser examinados críticamente.

Reflexiones finales

En este capítulo se presenta una visión general de los instrumentos internacionales vinculantes y no vinculantes (*soft*) aplicables en materia migratoria. El tema ha escalado en relevancia en la agenda internacional en las últimas décadas y por ello se ha vuelto cada vez más necesario renovar su discusión y abordaje en los espacios multilaterales. Como se ha detallado en el capítulo, las obligaciones de los Estados para proteger y garantizar los derechos de las personas migrantes están previstas en una diversidad de instrumentos internacionales que componen el DIM. Y, además, hay consideraciones específicas que aplican a las situaciones de personas que requieren protección internacional a través del reconocimiento de la condición de refugiado. Y también es importante visibilizar a menores de edad en situaciones de movilidad humana, apátridas, víctimas de delitos asociados a las migraciones y trabajadores migrantes.

La trayectoria histórica de las normas aplicables en temas migratorios internacionales debe considerarse a partir de la evolución de las ideas hegemónicas sobre el trato que merecen extranjeros, migrantes y refugiados. E igualmente, se deben considerar las prerrogativas que asumen los Estados desde su soberanía para ejercer la selectividad a través de políticas migratorias basadas en la discriminación y el racismo. Debido a lo anterior, a lo largo del tiempo, serios obstáculos para una aplicación *pro persona* del DIM han persistido. Como ha señalado atinadamente Adela Cortina (2017), catedrática de Ética y Filosofía en la Universidad de Valencia, el trato contemporáneo a extranjeros y la hospita-

lidad difiere por la clase social si son turistas, migrantes o refugiados; así, se hacen más visibles los discursos de odio, el racismo, la xenofobia y la aporofobia como odio y rechazo al pobre.

En ese sentido, la llamada “crisis de las migraciones” no sería crisis internacional sino fuera protagonizada por personas pobres, desposeídas e irreguladas. Además, en el contexto de instrumentos internacionales como la Agenda 2030 y los Pactos Mundiales de Refugiados y Migración, los organismos internacionales tales como el ACNUR y la OIM legitiman la narrativa de la “gobernanza migratoria”. Para contrarrestarla se vuelve cada vez más importante el análisis jurídico crítico y también el litigio estratégico local, nacional e internacional, debido a que la propuesta de gobernanza y gestión de cuerpos migrantes con frecuencia se contraponen al ejercicio de derechos de las propias personas migrantes, sus deseos y aspiraciones.

Fuentes consultadas

- ACNUR (2021). Datos básicos. <https://www.acnur.org/datos-basicos.html>
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Paidós.
- Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José (1969). <http://bit.ly/3Yjls4d>
- CELS (2018). Pacto Global para las Migraciones. Recomendaciones para un Pacto con Enfoque de Derechos. <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/02/CELSPactoGlobal.pdf>
- Domenech, E. (2017). Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo. *Terceiro Milênio: Revista Crítica de Sociologia e Política* 8 (1), 19-48. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/58156>
- Benavides Hernández, L. (2015). *Derecho Internacional Humanitario*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Chetail, V. (2016). Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel. *The European Journal of International Law*, 27(4), 901-922.
- Chetail, V. (2019). *International Migration Law*. Oxford University Press.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez loor vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf
- Fitzgerald, D. y Cook-Martin, D. (2015). Elegir a la población: Leyes de Inmigración y Racismo en el Continente Americano. En P. Yankelevich (Coord.), *Inmigración y Racismo. Contribuciones a la historia de los extranjeros en México* (pp. 29-57). El COLMEX.
- Grocio, H. (1925). *Del Derecho de la Guerra y la Paz*. México: Editorial Reus.
- Institut de Droit International (IDI) (1892). Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers. <https://bit.ly/3Tb6EU8>

- Migration Data Portal (2021). Portal de Datos Mundiales sobre la Migración. Una perspectiva global. <https://bit.ly/3T7eHl8>
- Naciones Unidas A/RES/70/1 (21 de octubre de 2015). Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible Agenda 2030. <https://acortar.link/CzXt6l>
- Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo (2020). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto de Migración y Asilo. Bruselas, 23.9.2020, COM (2020) 609 final. <https://bit.ly/3ZrMTKa>
- UNDESA (2020). International migrant stock at mid-year by sex and by region, country or area of destination, 1990-2020, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2020. <https://bit.ly/3J69zKu>
- Unión Parlamentaria (2015). Migración, derechos humanos y gobernanza. <https://bit.ly/3y8yYNs>
- OIM (2019). Glosario de la OIM sobre Migración. Derecho Internacional sobre Migración no. 34. <https://bit.ly/3SLPA77>
- Ortega, A. y Ocman, C. (2019). Migración internacional. En Velázquez, R., Schiavon, J., Ochoa, L. y García, D. (Eds.) *Introducción a las Relaciones Internacionales, 100 años de disciplina*. UABC, CIDE, BUAP y UAN, pp. 319-330.
- Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (2018). Resolución aprobada por la Asamblea General 19 de diciembre de 201, A/RES/73/195. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/452/03/PDF/N1845203.pdf?OpenElement>
- Pacto Mundial sobre los Refugiados (2018). Naciones Unidas. Suplemento núm. 12, A/73/12 (Part II). https://www.unhcr.org/gcr/GCR_Spanish.pdf
- PNUD (1994). Informe sobre Desarrollo Humano 1994. FCE. http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nostats.pdf
- Santi, Silvana (2020). ¿Qué es la “migración ordenada”? Hacia el multilateralismo asimétrico como motor de las políticas de control migratorio global. *Colombia Internacional*, 104, 3-32. <https://doi.org/10.7440/colombiaint104.2020.01>
- Tesis Aislada (abril de 2017). I Región, 8o.1 CS. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 41. Tomo II, página 1768.
- Tesis Jurisprudencial P./J. 21/2014. (Abril de 2014) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5. Tomo I. p. 204.
- Treaty of Westphalia. Peace Treaty between the Holy Roman Emperor and the King of France and their respective Allies (24 Oct. 1648). The Avalon Project. Documents in Law, History and Diplomacy. http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp
- Vitoria, F. (1960). *Obras de Francisco de Vitoria*. México: Editorial Católica.

CAPITULO 5

El migrante ambiental, vulnerabilidad, justicia y derecho

Lucero de Jesús Ruiz Guzmán*

Introducción

Los problemas ambientales generan incertidumbre en diversos ámbitos, el social es uno de ellos. Académicos, especialistas y tomadores de decisiones coinciden en la necesidad de incluir el tema en las agendas de política pública, pues las consecuencias perniciosas se convierten en riesgos y amenazas a la seguridad. La degradación ambiental plantea riesgos para la sociedad, sobre todo para aquellas personas en situación de vulnerabilidad. Sus efectos repercuten directamente en el desarrollo de las potencialidades y capacidades de los seres humanos, de algún modo afecta sus “necesidades básicas, los derechos humanos y los valores fundamentales de las personas y las comunidades. Estos riesgos se describen cada vez más como riesgos para la seguridad humana, lo que contrasta con la noción más abstracta de que el cambio climático plantea riesgos para la seguridad nacional” (Barnett, 2011: 267), por supuesto, ello repercute en escenarios de justicia e injusticia.

Así, entre las consecuencias sociales derivadas de la degradación ambiental, se encuentra la migración. Las personas afectadas por este hecho, no migrarían por voluntad sino forzadas pues la capacidad para adaptarse ante situaciones que impliquen la necesidad de movilizarse sería mínima y en algunos escenarios nula. La migración forzada¹ al igual que la migración en términos generales, es multicausal, es decir, difícilmente podrían segregarse de forma lineal los motivos que obligan a las personas a desplazarse podrían segregarse de forma lineal. Por ello, es complicado aislar la existencia causal entre migración y degradación ambiental. A esto, se suma la contundencia o falta de con-

* Licenciada en Derecho por la Universidad del Istmo y Maestra en Relaciones Internacionales: Medio Ambiente por la Universidad del Mar. Profesora Investigadora del Instituto de Estudios Internacionales “Isidro Fabela”, de la Universidad del Mar. Cuenta con reconocimiento PRODEP de perfil deseable. Entre sus líneas de investigación se encuentran: la migración por causas ambientales, migración y seguridad humana y derechos humanos.

¹ Para los efectos del presente documento entiéndase por migración forzada como todo movimiento (desplazamiento) migratorio causado por circunstancias en las que se presenta el uso de la fuerza, la compulsión o la coerción (más allá del factor específico que la provoque). Es decir, será migración forzada aquella en la que la vida o integridad de los migrantes se encuentre en peligro. No se trata de un desplazamiento por atracción sino por compulsión.

tendencia científica respecto a datos estadísticos que revelan a futuro los efectos adversos de dicha degradación. Si bien, en la actualidad ya padecemos los efectos naturales y sociales de ésta, es un hecho que no se percibe la magnitud inmediata y generalizada.

No obstante, es imprescindible reconocer que la migración no es únicamente consecuencia directa de cuestiones económicas o de violencia. El factor ambiental también juega un rol indiscutible y cada vez en mayor grado. Ahora bien, independientemente de la causa o causas del desplazamiento de población, lo cierto es que quien decide migrar lo hace ante la búsqueda de seguridad, pero al mismo tiempo, esto implica un proceso que incluye amenazas, riesgos y vulnerabilidad. Es erróneo pensar que se puede hablar de migración forzada sin hacerlo paralelamente de elementos de inseguridad. La seguridad e inseguridad del migrante pende de una delgada línea.

Los grandes desplazamientos de población motivados por causas ambientales han desatado todo tipo de polémica. La situación se agrava por la posición intransigente de la mayoría de los Estados, así como por la incapacidad de los países de origen de contener a sus ciudadanos y evitar que por necesidades diversas tengan que emigrar. Además de la dinámica cambiante e impredecible de la degradación ambiental y la percepción social que criminaliza al migrante, lo que coloca a éste en el centro del debate sea como amenaza o como sujeto vulnerable y en consecuencia, a la política migratoria en el dilema de la justicia: para el Estado o para los individuos.

Por tanto, el objetivo es analizar cómo al percibir a la migración ambiental desde la perspectiva de la seguridad nacional se atenta contra la dignidad y seguridad humana del migrante ambiental. En este contexto, describir cómo paradójicamente, a través de la norma que pretende regular un fenómeno considerado como amenaza (migración ambiental), se puede llegar a escenarios adversos, que provoquen mayor inseguridad para los migrantes y que invariablemente se convierte en un tema de injusticia para ellos.

La justicia como eje rector de las políticas de Estado

La idea de justicia es elusiva, al tratar de definir qué es lo justo se entra en un contexto de relatividad conceptual, axiológica y fáctica. A pesar de ello, conceptos como la dignidad humana, la moral y la regulación jurídica representan parámetros que permiten discernir entre lo que institucionalmente es justo y lo que no. Por lo anterior, bajo el precepto de Estado de Derecho, ninguna condición que en el amparo de las normas conlleve a inseguridad, falta de certeza y vulnerabilidad debe ser considerada como justa, pues aun siendo eficaces carecerían de toda validez racional. La dignidad humana y consecuentemente los derechos humanos son neurálgicos para el quehacer gubernamental. El Estado como ente garante se obliga a respetar y establecer los escenarios idóneos para que cada individuo ejerza sin restricciones (salvo las contempladas en las propias normas) sus derechos y libertades. Como parte de esos derechos y libertades se encuentra el de tránsito y consecuentemente el “derecho” a migrar.

Desde la perspectiva de John Rawls “no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros” (Rawls, 2006: 17). Esta visión de la justicia se contrapone con la idea tradicional de la misma, sobre todo, desde la esencia utilitarista. El coste-beneficio sobre la que se basa la idea de justicia es irracional, pues el interés del individuo magnificado en el interés social, no puede ni debe justificar la inseguridad y ausencia de libertad de los otros. Es decir, una justicia basada en las ganancias para unos sobre el perjuicio de otros (aun cuando no lo merezcan) no debería ser considerada como tal.

La dificultad, no obstante, para alcanzar la justicia o al menos para considerarla como parte de las instituciones estatales, no se centra en lo abstracto sino en lo práctico. “La justicia es, ante todo, una característica posible, pero no necesaria de un orden social. Sólo secundariamente, en virtud del hombre; pues un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado como justo. Pero ¿cuándo un orden es justo? Cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad...” (Kelsen, 2001: 5) entonces, las decisiones racionales por las cuales se funda el derecho y toda política, deben tener en cuenta la felicidad y bienestar de todos, de manera tal que los seres humanos basen esa felicidad en sus propias decisiones, pero también en la certeza de que las instituciones asegurarán la misma.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que, “la felicidad que un orden social garantiza, no puede ser la felicidad tomada en un sentido individual... Esto quiere decir que por felicidad solo puede entenderse la satisfacción de ciertas necesidades reconocidas como tales por la autoridad social o legislador, y que son dignas de ser satisfechas” (Kelsen, 2001: 7-8). Para considerarse dignas se debe partir de principios y valores universales, mismos que dignifican la esencia misma del ser humano, es decir, las normas jurídicas y políticas deben encaminarse a regular las conductas, pero con pleno respeto de las libertades y los valores esenciales que entrañan la vida misma.

Por lo anterior, “...la justicia no es un ideal irracional. Es simplemente un ideal, o si se quiere, una idea regulativa; no una noción de algo, sino una noción para algo: para orientar la producción y la aplicación del derecho...” (Van, 2012: 88). La justicia debe considerar el bien del ser humano, aunque éste es heterogéneo, debido a que el bien o felicidad individual, se construye a través de decisiones o intereses particulares. Por ello, “...respetar a las personas es reconocer que poseen una inviolabilidad fundada en la justicia, que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Esto significa que la pérdida de la libertad por parte de algunos no se compensa por el hecho de que otros gocen de un mayor bienestar. Las prioridades lexicales de la justicia re-

presentan el valor de las personas... que es superior a todo precio" (Rawls, 2006: 529).

En ese sentido, aun cuando existan diferencias en las formas de concebir a la justicia y de interpretar al derecho, debe existir un común denominador: principios rectores, valores y estándares ideológicos que hagan prevalecer la dignidad humana (Ruiz y Antonio, 2019). La justicia no debe servir como instrumento para el Estado y sus intereses, sino para salvaguardar la esencia de lo que somos y significamos para el derecho mismo, en tanto que es creado para regular nuestras conductas.

Los fenómenos ambientales como factores de migración

La degradación ambiental, ha incidido a lo largo del tiempo en las decisiones individuales o colectivas de las personas para migrar. Las migraciones ambientales han estado presentes a lo largo de la historia, son tan antiguas como lo es el proceso migratorio *per se*. Hoy en día la prevalencia de cambios extremos en periodos de tiempo cortos magnifica el problema. Por lo anterior, es importante saber qué se debe entender por migración ambiental. Ello con la finalidad de dimensionar y evaluar las implicaciones del fenómeno. Es importante analizar sus elementos descriptivos para tener certeza de en qué momento dicho fenómeno es observable en realidades concretas.

Así el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Organización Internacional para las Migraciones (IOM) y el Grupo Político de Refugiados definen a las personas ambientalmente desplazadas como aquellas que son "desplazadas en su propio país o que se han desplazado a través de fronteras internacionales debido a la degradación, el deterioro o la destrucción del medio ambiente" (ACNUR, 1993). Según esta definición, la migración por causas ambientales puede entenderse dentro de los dos grandes tipos de migración, es decir, la interna o la internacional. Cada una representa circunstancias particulares pues si el migrante opta por cruzar fronteras, debe cumplir con los requisitos de entrada y salida contemplados por el país de destino, y de no hacerlo, se encontraría ante otra forma de migración; la indocumentada, lo cual agrava su condición.

Andrew Morton y otros, por su parte, manifiestan que "los migrantes medioambientales son aquellas personas, comunidades o sociedades que deciden o se ven obligadas a migrar como resultado de factores climáticos y medioambientales perjudiciales. En este amplio y heterogéneo grupo de gente se incluyen aquellas personas forzadas a huir de una catástrofe natural (como las inundaciones) y los agricultores empobrecidos que abandonan tierras degradadas y migran a los núcleos urbanos en busca de medios de subsistencia alternativos" (Morton, *et al.*, 2008: 5). Luego entonces, la migración ambiental es el desplazamiento de población por factores climáticos y medioambientales perjudiciales. Cabe destacar que definir este tipo de migración es un ejercicio complejo, puesto que convergen distintas variables que imposibilitan la unanimidad al momento de atribuirle significado conceptual.

El desplazamiento por estas causas, es más bien una decisión forzada ante un contexto de inseguridad. Aunado a ello, “cuando se hace referencia a las necesidades, los derechos y los valores de las personas, las estrategias alternativas... que buscan reducir la sensibilidad se convierten en opciones de adaptación preferidas” (Barnett, 2011: 271-272). El desplazamiento de población, en este contexto, no es una opción que se prefiera. El migrante no se traslada por convicción sino por necesidad y los riesgos, sumados a la inseguridad que la propia degradación ambiental causa, pueden ser aún peores una vez que se emprende el viaje.

Las migraciones forzadas *per se*, implican un cúmulo de incertidumbre y riesgo adicional a la figura del migrante. Más aún, cuando se está ante las consecuencias de la degradación ambiental que, por propia cuenta, representa una amenaza a la seguridad humana y dignidad de las personas. Desde esta perspectiva, el migrante ambiental se halla en una posición de vulnerabilidad particular. El individuo afectado por cuestiones ambientales adversas, se ve forzado a migrar, no le queda más alternativa que desplazarse, el sentido de pertenencia e identidad se resquebraja. Por ende, desde que se ve forzado a migrar hasta que concluye su recorrido, el migrante enfrenta amenazas a sus valores más trascendentales. Pero paradójicamente cuando llega al país de destino es percibido socialmente como una amenaza, ello debido a la securitización con la que se percibe al fenómeno migratorio (irregular/forzado).

Tradicionalmente se percibe a la migración forzada internacional como una amenaza, pues se parte del hecho de que el desplazamiento masivo de población genera inestabilidad económica, cultural, social y política para los Estados receptores. Lo anterior provoca que el migrante, de sujeto amenazado (por las consecuencias adversas de la degradación ambiental) sea visto como sujeto amenazante; y paradójicamente esta situación expone al migrante a un estado de doble vulnerabilidad. Puesto que, si son considerados como amenaza, la respuesta atiende a esa categoría, y la forma “más directa” de enfrentar una amenaza es el uso de la fuerza que resulta en deportación, cárcel o muerte.

Las personas que migran por causas externas a su voluntad, como son los desastres naturales, el incremento del nivel del mar, la degradación de la tierra entre otros, lo hacen en el intento no sólo de mejorar sus condiciones de vida, sino de dignificar la vida misma. Es importante pues, analizar la realidad de los migrantes por estas causas, toda vez que al igual que los problemas económicos o de violencia generalizada, la migración ambiental es una realidad. En ese tenor, no se puede olvidar que detrás del cambio climático o de cualquier degradación ambiental, “hay relatos de vida en peligro, como la de millones de personas que integran los movimientos migratorios forzados, en busca de alguna oportunidad para dignificar su existencia como seres humanos y procurar su bienestar y cuidado. Son las personas olvidadas de esta emergencia climática, solo unos efectos colaterales y unas externalidades ignoradas de un sistema que excluye la diferencia, materializa el bienestar y desprecia la vida” (Felipe, 2019: 3).

Desde “mediados de los noventa, se difundieron ampliamente informes según los cuales más de 25 millones de personas se habían visto forzadas a abandonar sus hogares y sus tierras a causa de diferentes y considerables presiones medioambientales, entre las que se contaban: la contaminación, degradación del suelo, las sequías y los desastres naturales” (Brown, 2008: 10). Si se compara la cifra con el tema de las migraciones económicas resulta que ésta se encuentra por encima de las migraciones ambientales, no obstante, si se considera el vertiginoso proceso de degradación ambiental, las cifras podrían cambiar y volverse un problema de seguridad humana.

Posteriormente, en el 2001, “el *Informe Mundial sobre Desastres* de las Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja repitió la cifra estimada de 25 millones de ‘refugiados medioambientales’. Y en octubre de 2005 el Instituto del Medio Ambiente y Seguridad Humana de la Universidad de las Naciones Unidas (UNU-EHS) alertó a la comunidad internacional que, para el año 2010, tendría que estar preparada a asumir a 50 millones de refugiados medioambientales” (Brown, 2008: 11). Las proyecciones pueden ser inexactas, pero es un hecho que se debe estar preparado ante las consecuencias de la degradación medioambiental.

En este sentido, aun cuando no existen datos concretos sobre el número exacto de migrantes por causas ambientales (aunque también los datos sobre cualquier otro tipo de migración son inexactos), los desplazamientos internos derivados de desastres naturales, pueden ser una buena referencia del panorama general. Así, en 2016 tuvieron lugar 24,2 millones de nuevos desplazamientos asociados a desastres tuvieron lugar, mientras que, en 2017, hubo un total de 18,8 millones y en 2018, 17,2 millones y en 2019, 24.9 millones (Centro de Monitoreo de los Desplazamientos Internos, 2020). Aunque antes del 2019, las cifras van en disminución, no se debe perder de vista que solo se hace referencia a la migración interna y además solo en lo relativo a desastres naturales, por lo que, el número de personas obligadas a desplazarse por causas ambientales es mayor. Además, a partir del 2019 se observa un aumento. Es decir, es preciso considerar las múltiples consecuencias de degradación ambiental para tener una idea más clara de los efectos de ello al ámbito migratorio.

Las diferencias conceptuales, de vulnerabilidad y fácticas son las que requieren ser percibidas, sin excluir las particularidades que identifican al resto de los migrantes forzados. La emergencia ambiental a diferencia de los problemas de inestabilidad económica o política, es mundial, es decir, la degradación ambiental no conoce fronteras, es un fenómeno transnacional con profundas consecuencias sociales que rebasan la capacidad estructural de los Estados. Los datos proporcionados permiten visualizar la realidad de este fenómeno social. La magnitud devastadora de los problemas ambientales es la clave para entender la seriedad con la que debe tratarse el tema migratorio por esas causas.

Migración por causas ambientales, derechos humanos y justicia

Tras la segunda guerra mundial (IIGM) bajo el amparo de un régimen internacional más proteccionista y progresivo, la migración comienza a gestarse como

un derecho humano.² Así, la internacionalización de los derechos humanos permitió contemplar desde una perspectiva más justa, el tema migratorio. Los artículos 13 y 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) se convirtieron en referentes nacionales para regular dicho derecho.

El artículo 13 de la DUDH, por ejemplo, estipula el derecho de toda persona para circular libremente y elegir su residencia en el territorio de un Estado, así como, el derecho para salir de cualquier país, incluso del propio, y regresar al mismo. Como se observa, existe un detalle en cuanto a la entrada a un territorio distinto al país de origen, puesto que *per se* no está reconocido como parte de este derecho. El Estado, pues, no está obligado a recibir a cualquier persona que intente entrar a su territorio, *contrario sensu*, tiene la facultad de decidir en todo momento quien entra y cuáles son los requisitos para ello. Lo anterior se extiende al derecho de decidir quién y bajo qué condiciones permanece. En este sentido, de algún modo, el proceso migratorio sigue sujeto al principio de soberanía nacional. Surge entonces una disparidad entre el derecho natural y el derecho positivo al mismo tiempo, entre la seguridad humana (basada en la dignidad) y la seguridad nacional.

Por tal motivo, en términos de ejecución (entrada), la libertad de tránsito no es reconocida en sentido pleno. Es decir, su ejercicio puede restringirse y suspenderse bajo condiciones específicas que las leyes internas señalen. Empero, esa situación no implica bajo ninguna circunstancia que el derecho al libre tránsito deje de ser tal. Tampoco implica que la irregularidad migratoria bajo el concepto de migraciones forzadas como las ambientales conlleve a la restricción de otros derechos fundamentales. Puesto que “bajo un enfoque de derechos humanos, la cuestión central es la protección (respeto y garantía) de los derechos que los Estados deben brindar a las personas migrantes que se encuentran bajo su jurisdicción, en el marco de un *International Bill of Human Rights*” (López, 2016: 81). Sobre todo, de aquellos cuyas decisiones se sustentan en valores y necesidades consustanciales a la sobrevivencia misma.

Basados en esta lógica, y en cumplimiento a los compromisos en materia de derechos humanos, los principios de igualdad y no discriminación, los Estados adquieren la obligación directa de otorgar un trato especial para proteger a los migrantes, en tanto, sujetos vulnerables. Incluso la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha manifestado al respecto, así a través de la Opinión Consultiva Oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, para analizar la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, determinó que:

“1. Los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental...”

² Este reconocimiento es fundamental, pues, desde la perspectiva del derecho natural, se infiere que el ser humano tiene el derecho inalienable de desplazarse. Se considera que el migrar forma parte de su esencia racional.

8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos...

11. Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003: 103, 123-125).

Dicho de otro modo, los Estados no pueden justificar o anteponer temas como la seguridad nacional frente a los derechos humanos de los migrantes. La política y normativa trasgresora de esos derechos es contraria a los principios elementales del derecho internacional y la dignidad humana, y en ese sentido sería discriminatoria. No obstante, contrario a esta idea, la jurisprudencia internacional ha manifestado que “no toda distinción o diferenciación de trato constituye una discriminación, siempre que su propósito sea legítimo, su justificación razonable y objetiva y los medios empleados proporcionales al fin pretendido” (López, 2016: 84). Por lo que deberíamos preguntarnos ¿la seguridad nacional justifica la restricción de los derechos humanos de los migrantes? ¿Es una política de legítima defensa anticipada que parte del caos, del miedo a la diferencia y al cambio en el estado de las cosas?

La irregularidad en las migraciones ha sido considerada desde perspectivas represivas e intolerantes lo que agrava la inseguridad de los migrantes. El problema de los refugiados y los migrantes indocumentados, por su puesto el de los migrantes ambientales, sólo podrá ser eficazmente tratado bajo políticas y reglamentaciones solidarias y de respaldo los victimados. En definitiva, sólo la firme determinación de reconstrucción de la comunidad internacional sobre la base de la solidaridad humana podrá llevar a la superación de todos estos traumas.

Ante la emergencia del cambio climático y la degradación constante y permanente del ambiente, el migrante no debe ser categorizado sólo como un efecto colateral de la adversidad ambiental, sino, atendiendo a dicha circunstancia, como el motivo por el cual los Estados estén dispuestos a cooperar; para ello, es imprescindible entender que las personas sometidas a esta situación, son vulnerables. Su dignidad humana, su integridad y su vida misma, corre grave peligro. Se requiere superar la idea estadista y tradicional que se tiene frente a la felicidad en términos de justicia de los desplazados por causas ambientales.

A medida que las personas deciden moverse para minimizar los impactos sobre sus necesidades, derechos y valores (bajo una idea de justicia individual, pero al mismo tiempo considerando la garantía estatal para hacer válida su dignidad). Si estos movimientos son o no un impacto del cambio ambiental o una adaptación (una respuesta no necesariamente desagradable para evitar o ajustarse a un resultado aún más indeseable) y un problema o un beneficio para los lugares a los que se desplazan los migrantes, depende en gran medida del grado en que las políticas de adaptación aceptan y planifican la migración como estrategia de adaptación (Barnet y Webber, 2009: 273).

Ante el incremento constante y la transnacionalidad de la degradación ambiental es fundamental considerar al migrante como eje de referencia, pues al sufrir los impactos directos del medio ambiente cambiante, se ve forzado a adoptar esta decisión. Se debe reflexionar que el conflicto es un elemento inherente de este juego de factores, puesto que, mientras se acreciente el flujo de migración indocumentada, más restrictivas suelen volverse las políticas migratorias y mientras la severidad de los impactos ambientales continúe, la migración por esta causa, indudablemente irá en aumento. Las instituciones jurídicas y políticas, por tanto, deben atender desde una perspectiva de justicia social la situación de estas personas.

Como la OIM lo expresa y la Misión Permanente de Grecia en Ginebra,

El nexo que une al cambio climático con la migración preocupa como nunca hasta ahora, sobre todo, en lo que respecta a la cuestión general de la migración y la degradación del medio ambiente. La relación entre los presentes fenómenos es compleja y de naturaleza dual: por un lado, la alteración del medio ambiente, tanto de forma paulatina como súbita, provoca considerables movimientos y desplazamientos de población y, por el otro, la migración surte efectos apreciables sobre el medio ambiente de los lugares de origen y destino. Ni las instancias decisorias, ni los estudiosos han examinado suficientemente las consecuencias que se derivan de los señalados vínculos para la vulnerabilidad humana y para el estallido de conflictos... (Misión Permanente de Grecia Ginebra-Organización Internacional para la Migraciones, 2008: 10).

La solución efectiva sólo puede ser alcanzada por medio de esfuerzos bilaterales o multilaterales concertados. Pero, para que esto suceda la seguridad nacional debe pasar a segunda instancia y tener como punto de referencia a la seguridad humana del migrante. Es decir, se requiere un cambio de perspectiva respecto a la percepción generalizada del migrante ambiental. Ante los impactos adversos del clima, los migrantes son sujetos amenazados y justo para no recaer en –o evitar– la condición de sujeto amenazante, es necesaria la redefinición y reestructuración de la cooperación internacional.

En términos de justicia, la seguridad humana se convierte en un elemento esencial para un análisis adecuado y holístico respecto del problema que gira alrededor de la migración ambiental, en el entendido de que en su marco de acción hace énfasis en colocar a la persona como punto de partida; mientras que, la perspectiva tradicional centra la atención en el Estado, por lo que niega la agencia del sujeto, o simplemente le ignora, dejándolo en total estado de indefensión. Se requiere pues, una disposición de la estructura básica eficaz, es decir, un sistema institucional en la que aun cuando se realicen modificaciones no aumenten las perspectivas de unos en perjuicio de la reducción de las expectativas de los otros (Rawls, 2006: 76).

En este sentido, los derechos humanos basados en la idea de la seguridad humana “tienen funciones similares cuando se aplica al problema ambiental:

pone de relieve las consecuencias sociales –de éste-, critica el razonamiento instrumental detrás y restringe a las instituciones para la toma de decisiones... y ofrece una base estructurada para la investigación sobre vulnerabilidad y adaptación y sinergias entre políticas y procesos orientados hacia las necesidades básicas y los derechos humanos. La seguridad humana, entonces, es un vehículo útil para entender y actuar sobre el cambio climático” (Barnett, 2011: 274). Y al tratarse –la migración– de una consecuencia social directa de éste, también permite entender y actuar sobre ella.

Ahora bien, uno de los principales problemas al observar estas cuestiones es el referente a las diferencias, sobre todo si se considera la situación de los migrantes ante los nativos, al final, no se está preponderando al Estado sino a individuos en circunstancias similares en cuanto a sus derechos y libertades, pero con intereses contrapuestos según la magnitud del fenómeno migratorio. En el caso expuesto es preciso analizar que “existen derechos básicos desiguales fundados en características naturales fijas, estas desigualdades determinan posiciones pertinentes. Dado que estas características no pueden ser modificadas, las posiciones que definen contarán como lugares iniciales en la estructura básica” (Rawls, 2006: 101), es decir, los derechos y libertades concedidos o reconocidos por características particulares, parten de la idea inicial de lo justo. Por ejemplo, derechos de los pueblos indígenas, el de las mujeres, entre otros, pero esto no es propio de comunidades originarias o migrantes, por tanto, esta idea tampoco justifica políticas discriminatorias e injustas.

Reflexiones finales

Por lo anterior, vale la pena repensar en la causalidad medio ambiente-migración. Si bien, es difícil desagregar las causas de la migración ambiental, también lo es respecto de otros tipos de migración, como la económica y ello no implica necesariamente que ninguna de las dos exista. Hay referentes que permiten observar desplazamientos por cuestiones de deterioro ambiental, una tierra desertificada, inundada o erosionada no permite vivir dignamente (no se debe reducir dignidad humana a la cuestión económica). Por tanto, la migración por causas ambientales, debe ser conceptualizada, dimensionada y analizada por lo que es, y no como una externalidad de las consecuencias económicas o políticas generadas por la incapacidad estatal para hacer frente a los cambios medioambientales drásticos.

La migración ambiental forma parte de la migración forzada y a su vez puede formar parte de las grandes migraciones internacionales o internas. Los migrantes por estas causas están en situación de desventaja como lo está el resto, el hecho de migrar y dejar el lugar de origen de forma obligada es ya un factor determinante en su estado de vulnerabilidad. Sin embargo, la migración ambiental está conformado de indicadores que hacen de ella un fenómeno diferente: la inseguridad humana desde el impacto directo de la degradación ambiental, la necesidad de migrar para dignificar la vida y no solo para mejorarla, la dificultad o imposibilidad de regresar debido al daño causado a la tierra, al

espacio y/o lugar de origen, el desapego, y los efectos que *per se* forman parte del proceso migratorio.

La perspectiva con la que se concibe a la migración ambiental debe cambiar, no puede quedarse en un escenario que a todas luces es denigrante y multiplicador de vulnerabilidad e inseguridad para quien migra por estas causas. Los vacíos políticos, jurídicos, sociales deben ser superados. Se necesita adaptar y adoptar mecanismos que permitan la protección irrestricta a la dignidad humana misma, considerando las formas diversas de desplazamiento y particularmente, la adversidad que enfrenta el migrante ambiental.

Por tal, la idea tradicional ante este fenómeno, sustentada en la seguridad nacional trae aparejada consecuencias negativas a los derechos humanos y a las necesidades básicas del migrante, por lo que es preciso atribuir mayor relevancia a la dignidad humana frente al temor infundado de la supuesta amenaza que representa el fenómeno migratorio, ello en aras de propiciar la acción proactiva de los Estados respecto a la obligación de cooperar y hacer frente a las consecuencias de la migración forzada en general y la migración por causas ambientales en particular. Pues de no hacerlo los riesgos de su pasividad ante escenarios del clima cambiante pueden ser una amenaza para la seguridad de todos.

Ante escenarios de justicia es preciso hacer prevalecer los derechos de los migrantes ambientales, sobre todo si se considera su particular circunstancia de inseguridad y la emergencia del fenómeno ambiental. Los intereses de los Estados y el de los no migrantes no deben suponer el obstáculo o justificación para minimizar las libertades de los migrantes. Las políticas migratorias requieren basarse en principios universalmente aceptados, de modo tal que la estructura se mantenga intacta aun cuando haya cambios en cuanto a las disposiciones de entrada, salida y estancia.

Fuentes consultadas

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (1993). *The State of the World's Refugees: The Challenge of Protection*. Ginebra. <https://acortar.link/g4uNji>
- Barnett, J. (2011). Human Security. En Dryzek, John S.; et al. [comps.], *United States of America: The Oxford Handbook of Climate Change and Society*. Oxford Handbook.
- Barnett, J. y Webber, M. (2009). *Accommodating migration to promote adaptation to climate change. A policy brief prepared for the Secretariat of the Swedish Commission on Climate Change and Development and the World Bank World Development Report 2010*, Washington. World Bank.
- Brown, O. (2008). Migración y Cambio Climático. En *Serie de Estudios sobre la OIM sobre la Migración*, núm. 31. Organización Internacional para las Migraciones.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Opinión Consultiva Oc-18/03. Costa Rica. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>

- Felipe Pérez, B. (2019). *Perspectiva de Género en las Migraciones Climáticas, el cambio climático afecta a todas las personas, pero no por igual: desafíos específicos para mujeres y niñas*, ECODES. <https://acortar.link/CFgjB7>
- Global Report on Internal Displacement-Centro de Monitoreo de los Desplazamientos Internos. (2019). *Portal de Datos Mundiales sobre la Migración*. <https://acortar.link/MxXInV> [23 de julio de 2020].
- Kelsen, H. (2019). Qué es la justicia. En México, *Lecturas de filosofía del derecho Volumen II*. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5684-lecturas-de-filosofia-del-derecho-vol-ii-coleccion-tsjsdf>
- López Garrido, V. (2016). *Migración y Derechos Humanos*, Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile. <https://acortar.link/HBKsyw>
- Misión Permanente de Grecia Ginebra-Organización Internacional para la Migraciones. (2008). *El cambio climático, la degradación del medio ambiente y la migración: qué hacer ante las circunstancias de vulnerabilidad de la población y cómo aprovechar las oportunidades de solventar el problema*. https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/events/docs/hsn/hsn_report_spanish.pdf
- Morton, A.; Boncour, P. y Laczko F. (2008). Seguridad humana y desafíos políticos. En *Migraciones Forzadas Revistas*, España, núm. 31, España. Universidad de Alicante. Instituto Universitario de Desarrollo Social y Paz.
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia*, sexta reimpresión, Cambridge. Harvard University Press.
- Ruiz Guzmán, L. J. y Antonio Espinoza, S. F. (2019). *Estado de derecho y migración irregular de México a Estados Unidos. La caravana migrante desde la perspectiva de la teoría de la justicia de John Rawls*, México, Foreign Affairs Latinoamérica-Asociación Mexicana de Estudios Internacionales. <https://acortar.link/ltOw5I>
- Van Rompaey, L. (2012). *El derecho y la justicia*. Universidad de Montevideo. <https://acortar.link/sSOG7r>

CAPITULO 6

Derecho Internacional en la Migración: Una vista hacia la asistencia y protección consular mexicana

Belén Elizabeth Licona Romero*
Carlos Eduardo Hernández Vives**

Introducción

Uno de los temas contemporáneos más relevantes en la agenda internacional es la migración, por ello, es necesario analizarla bajo un enfoque de derecho internacional y su relación con la protección de la persona, particularmente la labor consular. Una realidad es que toda persona tiene el derecho de circular libremente y elegir su residencia en el territorio de un Estado, sin embargo, los países receptores ven cada vez menor su capacidad de acoger a todos aquellos que piden asilo o buscan oportunidades fuera de su país de origen.

Las dinámicas de los movimientos migratorios representan el fundamento de las acciones en torno a la protección de los nacionales en el exterior, incluyendo la labor consular, la cual constituye una prioridad para México en virtud de su condición como un país de migrantes. Esta situación se aborda a través de diversos instrumentos de derecho internacional de los que México es parte, así como su legislación nacional en la materia, tanto la *Ley del Servicio Exterior Mexicano*, su reglamento, la *Ley de Nacionalidad*, así como su carta magna, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

Es bien sabido que México es uno de los países que más migrantes ve cruzar en sus fronteras, particularmente hacia el norte con nuestro país vecino, Estados Unidos. Mexicanos que se encuentran en diferentes circunstancias, pero que

* Doctorante en Seguridad Internacional por la Universidad Anáhuac. Maestra en Relaciones Internacionales y Derecho Internacional por la University of Aberdeen en Reino Unido. Licenciada en Derecho y Licenciada en Comercio Internacional por la Universidad Vizcaya de las Américas. Cuenta con experiencia en el sector público de las relaciones internacionales en México y Estados Unidos en el área económica, política y migración. Asociada del Programa de Jóvenes del Consejo Mexicano de Asuntos Internacionales (COMEXI) y la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI).

** Licenciado de Relaciones Internacionales por la Universidad Anáhuac México. Fundador del proyecto "Migrantes en México", espacio digital de difusión de información y contacto en torno a la migración. Fue parte del equipo del Consejo Mexicano de Asuntos Internacionales (COMEXI). Ha sido voluntario en organizaciones nacionales e internacionales como la Cruz Roja Mexicana, Aquí Nadie Se Rinde I.A.P., UNICEF Brasil, Projeto Globalizando, así como en la Conferencia Mundial UNESCO-MONDIACULT 2022.

gran parte de ellos, han migrado en condición irregular, es decir, sin los documentos correspondientes. Desde luego, la situación de vulnerabilidad en la que se puede encontrar la diáspora mexicana afirma la necesidad de adoptar políticas y apegarse a distintos instrumentos multilaterales de derecho internacional para velar por los intereses de nuestros connacionales y defender el interés de nuestro propio país en el extranjero.

Por tal motivo, en el presente capítulo se abordará el derecho internacional desde la asistencia y la protección consular mexicana. A manera de presentación, hablaremos sobre México como un país de migrantes, la caracterización de su diáspora y su protección como prioridad de política exterior; las acciones de protección y asistencia consular mexicana; la nacionalidad a través de las reformas constitucionales y su rol en la asistencia y protección consular; los instrumentos multilaterales de derecho internacional relacionados con la migración y en materia consular (tomando en cuenta la *Carta de las Naciones Unidas*; la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*; la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*; la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*; el *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*; y la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*); el caso Avena; y finalmente, el rol de México como referente en la protección consular y el modelo trípode.

México como un país de migrantes: caracterización de la diáspora mexicana y su protección como prioridad de política exterior

México, debido a su historia, contexto, características económicas y sociales, así como su ubicación geográfica, es considerado un país de migrantes, incluyendo origen, tránsito, destino y retorno (Bobes León & Pardo Montaña, 2016). De manera particular, en esta sección nos centraremos en el análisis de las acciones por parte de México, tanto en territorio nacional como en el exterior como un país de origen de migrantes, se revisarán las convenciones de derecho internacional de las que México es parte, su legislación nacional en la materia, reformas y protección consular por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores y las Representaciones de México en el Exterior (RME).

La diáspora de origen mexicano, es decir el conjunto de personas migrantes que mantienen una identidad colectiva y que conserva vínculos con su país de origen (González Gutiérrez, 2006), es considerada una de las más grandes del mundo al estar integrada por 13 millones de mexicanos nacidos en territorio nacional, de los cuales 11.6 millones residen en Estados Unidos (Secretaría de Gobernación, s.f.). Asimismo, en 2017 el total de la población de origen mexicano, incluyendo de segunda, tercera o posterior generación en ese país ascendió a 36.6 millones de personas (*Pew Research Center*, 2019).

Es por ello, que la protección de los mexicanos se posiciona como una prioridad para la política exterior con fundamento en el Programa Sectorial de Relaciones Exteriores 2020-2024, de manera particular, en su objetivo prioritario número 4: Proteger y apoyar a las personas mexicanas en el exterior para que

desarrollen plenamente su potencial y contribuyan al desarrollo de México. Entre las acciones clave se encuentra el fortalecimiento de la protección y asistencia consular enfocada en la defensa de los derechos de los nacionales, atención a personas en situación de vulnerabilidad, así como asistencia legal (Secretaría de Relaciones Exteriores, 2020). Lo anterior, también de conformidad con el principio de política exterior incluido en el artículo 89, fracción X de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)*: el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos.

De igual manera, es importante entender cómo la diáspora mexicana cuenta con características particulares; encontrando así desde mexicanos que residen en el exterior que ya cuentan con doble nacionalidad, familias con condición migratoria mixta (integrantes que cuentan con residencia, mientras otros se encuentran en proceso de obtenerla), hasta los que se encuentran en condición migratoria irregular. Por otro lado, la diáspora mexicana también está integrada por migración calificada, que cuenta con experiencia académica y profesional, así como por los *dreamers*, jóvenes que están dentro del *Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA)*, programa que provee documentación temporal para quienes llegaron en su infancia a Estados Unidos, de los cuales 53.1% son mexicanos, y han crecido y estudiado en ese país (Secretaría de Gobernación, s.f.).

Acciones de protección y asistencia consular mexicana

Dentro de las acciones realizadas por las RME en materia consular es importante mencionar la asistencia y protección consular, que de acuerdo con el artículo 68 del Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano se imparte en los casos que se requiera atender y asesorar a los connacionales en sus relaciones con las autoridades del país en el que se encuentran.

En este sentido, el personal del Servicio Exterior tiene las siguientes responsabilidades:

- I. Asesorar y aconsejar a los mexicanos en lo relativo a sus relaciones con las autoridades e informarles sobre la legislación local, la convivencia con la población local, sobre sus derechos y obligaciones frente al Estado extranjero en donde se encuentren, y sus vínculos y obligaciones en relación con México, en especial su registro en la Oficina Consular correspondiente;
- II. Asesorar jurídicamente a los mexicanos, cuando éstos lo soliciten, entre otros a través de los abogados consultores de las Representaciones;
- III. Visitar a los mexicanos que se encuentren detenidos, presos, hospitalizados o en otro tipo de desgracia, para conocer sus necesidades y actuar en consecuencia, y
- IV. Asumir la representación de los mexicanos que por estar ausentes o por otros motivos estén imposibilitados de hacer valer personalmente sus intereses.

La asistencia consular dentro de su diversidad de funciones puede dividirse en externa e interna. Respecto a la primera, ésta se refiere a las acciones realizadas por el cónsul frente a las autoridades del Estado, tales como: solicitar y obtener información sobre algún incidente en el que esté implicado un connacional; asistirlo ante autoridades administrativas o judiciales; designar un abogado para su defensa; promover la designación de un intérprete; y representar legalmente a quienes se encuentren imposibilitados de tutelar sus intereses personalmente. Asimismo, se puede proveer asistencia a quienes se encuentren bajo medidas restrictivas de su libertad, de manera temporal o en el cumplimiento de una condena (Gómez Arnau, 1990).

Por lo que hace a la asistencia consular interna, Adolfo Maresca concluye que ésta consiste en el asesoramiento por parte del cónsul a los connacionales, respecto a su actividad en el Estado en el que se encuentran, ya sea de manera individual o colectiva. Entre los actos que se encuentran en esta categoría están: la visita del nacional a la oficina consular para exponer su problemática; la visita del cónsul a casa del nacional, hospitales, entre otras locaciones; y la provisión de información de utilidad derivada de su experiencia con las instituciones de ese Estado (Gómez Arnau, 1990).

Por otro lado, de acuerdo con la práctica mexicana en la materia, la protección consular son las acciones, tales como: la mediación; presentación de buenos oficios; gestiones; conciliación; entre otras, que son realizadas por las RME bajo los principios de derecho internacional y la legislación del Estado donde se solicita dicha protección. Lo anterior, también incluye presentar acciones frente a autoridades locales a nombre del nacional si sus intereses han sido afectados (Hernández Joseph, 2015).

En este sentido, la diferencia más importante entre asistencia y protección consular es que la primera de ellas no es a consecuencia de una acción contraria al derecho por parte de una autoridad. Por otro lado, la protección supone la negación de justicia o falta por parte del Estado receptor en sus obligaciones jurídicas. Sin embargo, en la práctica es común referirse como acciones de protección a las incluidas tanto en protección como asistencia consular, toda vez que la gran mayoría de las acciones realizadas dentro de las oficinas consulares mexicanas que se conocen como acciones de protección, en realidad corresponden al espacio de la asistencia consular (Hernández Joseph, 2015).

La nacionalidad a través de las reformas constitucionales y su rol en la asistencia y protección consular

La nacionalidad es un concepto clave que se debe incluir en el análisis de la migración, protección y asistencia consular, así como las leyes y convenciones que la regulan. En este sentido, el contar con una nacionalidad es un derecho humano de conformidad con *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* en su artículo 15: 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. Por lo que hace a la protección consular mexicana, ésta se ofrece únicamente a nacionales de ese país. Por ello, en la práctica dentro de las RME es recomendable que se com-

pruebe la nacionalidad mexicana con alguno de los documentos probatorios (Hernández Joseph, 2015), contenidos en el artículo 3 de la *Ley de Nacionalidad*: acta de nacimiento; certificado de nacionalidad mexicana; carta de naturalización; pasaporte; cédula de identidad ciudadana o matrícula consular.

Sin embargo, cuando existen casos en situación de emergencia o que los connacionales se encuentren en condición migratoria irregular es posible que no se pueda presentar alguno de estos documentos. En dichos casos, el funcionario consular puede realizar una entrevista y tomar en cuenta otros elementos que presuman su nacionalidad con el fin de otorgar la protección o asistencia (Hernández Joseph, 2015). Por lo que hace al caso mexicano, la nacionalidad se fundamenta jurídicamente en los artículos 30, 32 y 37 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)*. En el primero se mencionan las dos formas para obtener la nacionalidad, ya sea por nacimiento o por naturalización, así como los principios de *ius soli*, al haber nacido en territorio nacional y *ius sanguini*, la transmisión de la nacionalidad por lazos sanguíneos de padres a hijos:

Artículo 30.

La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

- I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.
- II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos, de madre mexicana o de padre mexicano;
- III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y
- IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B) Son mexicanos por naturalización:

- I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.
- II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

Estos artículos se han adaptado a la realidad de los mexicanos y al contexto del país, lo cual se refleja en las reformas realizadas a lo largo de la historia. Específicamente, se mencionan dos de ellas; la reforma de 1998 y la de 2021, en su artículo 30. En este sentido, la primera se llevó a cabo cuando en 1996 el Congreso de la Unión con fundamento en las circunstancias en las que vive la diáspora mexicana, otorgó el derecho a conservar la nacionalidad mexicana aun cuando se haya adquirido la de otro país.

Lo anterior, con el fin de apoyar a los mexicanos que residen en Estados Unidos, lo cual les permitiría contar con una protección más efectiva ante las

condiciones adversas hacia la población migrante. Esta reforma entró en vigor el 20 de marzo de 1998, por lo que después de esa fecha, ningún mexicano por nacimiento puede perder su nacionalidad. Posterior a ello, México a través de sus consulados en el exterior iniciaron una campaña para difundir los cambios a través de la reforma e indicaron, que quienes habían perdido su nacionalidad, comenzarían un procedimiento para recuperarla; la *Declaratoria de Nacionalidad Mexicana* (Escutia Rodríguez, 2016).

En la misma fecha en la que entró en vigor la reforma constitucional, lo hizo la *Ley de Nacionalidad* que reglamenta los artículos 30, 32 y 37, apartados A y B, de la CPEUM y en la cual se incluyen, entre otros temas, disposiciones respecto a la nacionalidad mexicana por nacimiento y por naturalización. Por otro lado, el 17 de mayo de 2021 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* una nueva reforma al mismo artículo, la cual consistió en la modificación de la fracción II del Apartado A), quedando de la siguiente manera:

Artículo 30 previo a la reforma:

A) Son mexicanos por nacimiento:

I. ...

II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

Artículo 30 reformado:

La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

I. ...

II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos, de madre mexicana o de padre mexicano;

A causa de esta reforma, la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) reconocieron que la eliminación del requisito de que la madre o padre sean nacidos en territorio mexicano a fin de transmitir su nacionalidad en el extranjero disminuye el riesgo de apatridia (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2020).

Lo anterior, de manera particular en los casos en los cuales el país en el que nazca la persona, no se contemple el principio de *ius soli*, es decir, obtener una nacionalidad por haber nacido en el territorio, principio del cual solamente treinta países en el mundo contemplan en su legislación. El fundamento de esta reforma es el reconocimiento de que México, al ser un país de migrantes, debe proteger los derechos de sus nacionales, incluyendo garantizar que puedan transmitir su nacionalidad a sus hijos, aun residiendo ya por generaciones en el

exterior y evitar que personas de origen mexicano tengan la condición de apátrida y las consecuencias que lleva consigo.

Instrumentos multilaterales de derecho internacional y la protección consular en el caso Avena

Como manera de introducción a los instrumentos multilaterales de derecho internacional enfocados a la protección consular, se debe hacer una breve mención de los derechos humanos. Por ello, es importante iniciar con la Carta de las Naciones Unidas, cuyos principios están incluidos en todos los tratados y acuerdos internacionales. Cabe señalar, que las Naciones Unidas, desde su fundación en 1945, ha buscado preservar a las generaciones futuras; respetar los derechos fundamentales y promover la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y entre todas las Naciones; y mantener la justicia y hacer cumplir las obligaciones estipuladas en los tratados y en otras fuentes de derecho internacional.

En su *Capítulo I: Propósitos y principios*, específicamente en los artículos 1 y 2, se indica que la finalidad de la Organización se enfoca en desarrollar una convivencia llena de tolerancia y paz, compuesta de naciones amigas; unir fuerzas para preservar la paz y seguridad internacionales; asegurar que no se ocupe la fuerza armada fuera del interés común; y emplear mecanismos para promover el progreso económico y social mundiales.

Desde luego, cuando se trata el tema de la migración no puede dejarse de lado el arreglo pacífico de controversias y la cooperación internacional; ambos puntos igual de importantes para la Organización. Así pues, en su *Capítulo VI: Arreglo pacífico de controversias*, en los artículos 33-38, se hace alusión a que los países siempre buscarán solucionar cualquier problemática a través de la negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial y el recurso a organismos o acuerdos regionales. Finalmente, en su *Capítulo IX: Cooperación internacional económica y social*, en sus artículos 55-60, se alude a que las Naciones Unidas promoverán niveles de vida más altos, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; la necesidad de una cooperación internacional; y el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción alguna (Carta de las Naciones Unidas, 1945).

En sintonía con esta Carta, se encuentra la actual Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la cual está compuesta de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que tienen la finalidad de acabar con la pobreza, proteger el planeta y mejorar la calidad de vida de las personas en el mundo, entre muchos otros temas. Recordando que fue en 2015 cuando los Estados Miembros de la ONU aprobaron dichos objetivos y se estableció un plazo de 15 años para cumplirlos, es necesario resaltar que la migración ha sido uno de los temas coyunturales en los últimos años y que es de vital importancia abordar las causas que llevan a una persona a migrar de su país de origen. Por ello, la migración es un tema que está directamente relacionado con las metas de los ODS.

Sólo por mencionar uno de esos objetivos, el *ODS 10: Reducción de las Desigualdades*, que trata de garantizar que nadie quede atrás, incluye metas tales como: facilitar la migración y la movilidad de manera ordenada, segura, regular y responsable, aplicando políticas migratorias bien planificadas y gestionadas; y reducir en 2030 a menos del 3% los costos de transacción de las remesas pertenecientes a los migrantes y suprimir los corredores de remesas con un costo mayor del 5% (Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2015).

Ahora bien, por lo que hace al derecho consular y diplomático, se incluye en este capítulo la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (CVRD)* (18 de abril de 1961; entrada en vigor el 24 de abril de 1964) y de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC)* (24 de abril de 1963; entrada en vigor el 19 de marzo de 1967). Ambos documentos reconocieron en su momento que las relaciones diplomáticas y consulares entre los países habían existido desde hace siglos. Y tomaron en cuenta, desde su redacción, los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas en los temas de la igualdad soberana de los Estados, el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y el fomento de relaciones amistosas entre naciones. Sin duda, esperaban desarrollar a futuro relaciones amigables entre los países, sin importar su régimen constitucional y social; no beneficiar a particulares, sino apoyar a las oficinas diplomáticas y consulares a desempeñar sus funciones en nombre de sus Estados; y revisar que las normas de derecho internacional consuetudinario estuvieran presentes rigiendo tales materias.

De manera particular, en el artículo 3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, titulado “Funciones de una misión diplomática” se estableció que las oficinas diplomáticas servirían para representar a los Estados acreditantes ante los Estados receptores y protegerían en los Estados que las reciben, los intereses de los Estados que los envían y los de sus nacionales, todo dentro de los parámetros permitidos por el derecho internacional. Son esas oficinas las que se enteran por todos los medios acerca de las condiciones y el transcurso de los acontecimientos en los Estados receptores e informan sobre aquello a los gobiernos de los Estados emisores. Además, fomentan las relaciones amistosas y de cualquier otra índole como las económicas, culturales y científicas entre ambos Estados (Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 1964).

Por otro lado, en el artículo 5 del segundo documento, llamado “Funciones Consulares” se especificó que las oficinas consulares también protegerían en los Estados receptores los intereses de los Estados que envían y de sus nacionales, sean personas físicas o morales; todo, de igual manera, dentro de los límites del derecho internacional. Son estas oficinas las que tienen la facultad de extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales de los Estados emisores. Prestan ayuda y asistencia a los nacionales de los Estados que envían; velan por los intereses de los nacionales de los Estados emisores, en los casos de sucesión por causa de muerte que se susciten dentro de los territorios de los Estados que reciben; y cuidan los intereses de los menores y de otros sujetos que carecen de capacidad plena y que sean nacionales de los Estados que envían,

para otorgarles una tutela o curatela (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 1967).

Un artículo clave para la labor consular es el 36 de esta misma Convención, el cual versa sobre la comunicación con los nacionales del Estado que envía. En este sentido, su inciso a) indica que los funcionarios consulares se pueden comunicar libremente con sus nacionales y visitarlos. Asimismo, los nacionales tienen la libertad de visitar a los funcionarios y ponerse en contacto con ellos (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 1967). Por otro lado, el inciso b) menciona que, si el nacional lo solicita, las autoridades del Estado receptor deberán informar inmediatamente a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional sea arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva. Asimismo, las comunicaciones dirigidas a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva se deben transmitir inmediatamente, y las autoridades deberán informarle acerca de los derechos que se le reconocen en este artículo (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 1967).

Por último, el inciso c) indica que los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional que se encuentre arrestado, detenido o en prisión preventiva, comunicarse con él y organizar su defensa ante los tribunales. De igual manera, tienen derecho a visitar a todo nacional, en su circunscripción, que esté arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga de manera expresa (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 1967).

En este sentido, es pertinente citar el caso *Avena*, en el que en enero de 2003 México presentó ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una demanda en contra de Estados Unidos, con fundamento en violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. En esa fecha, México tenía conocimiento de la ejecución de cuatro nacionales en dicho país, los cuales no tuvieron acceso a asistencia consular, además de otros cincuenta y dos mexicanos que estaban bajo condena de pena de muerte con la misma violación procesal (Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, 2014).

En este caso, México argumentó que Estados Unidos violó sus obligaciones legales internacionales al haber arrestado, juzgado y sentenciado a cincuenta y dos de sus nacionales, y haber obstaculizado su derecho a proteger a sus ciudadanos. Esto en virtud de la ausencia de notificación inmediata sobre su derecho a la asistencia consular antes de que el Estado receptor lo interrogara o ejerciera alguna acción en su contra. Lo anterior, con fundamento en el artículo 36 inciso 1 de la CVRC (Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, 2014).

Asimismo, en su demanda México solicitó que, a causa de los perjuicios provocados, era necesaria la reparación por parte de Estados Unidos, y con ello restablecer la situación previa a la detención mediante la anulación de las sentencias, así como la obligación hacia ese país de asegurar que cualquier violación

previa no afectará el desarrollo de dichos procedimientos en el futuro (Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, 2014).

Por último, México solicitó que Estados Unidos no continuara con las violaciones al artículo 36 de la CVRC respecto a sus nacionales. Como resultado de este juicio, la CIJ emitió en marzo de 2004 un fallo a favor de México sentando un precedente en la protección consular mexicana y su alcance (Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques, 2014). Una vez aportado aquello, se debe traer a discusión el *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular* (adoptado en la *Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes* el 11 de diciembre de 2018), ya que éste es uno de los documentos internacionales recientes que más protegen a los migrantes.

A la par que las dos Convenciones anteriormente mencionadas, el Pacto Mundial también se basa en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, pero también en otros documentos y protocolos internacionales de las mismas Naciones Unidas como: la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, sólo por mencionar algunos de ellos. El Pacto Mundial es un documento jurídicamente no vinculante y tiene como objetivo promover la cooperación internacional sobre la migración en todas sus dimensiones, haciendo hincapié en que ningún Estado puede abordar el tema de manera individual y que se debe respetar la soberanía de los Estados.

Lo interesante del Pacto es que se rige por los principios de: a) Centrarse en las personas; b) Cooperación Internacional; c) Soberanía nacional; d) Estado de derecho y garantías procesales; e) Desarrollo sostenible; f) Derechos humanos; g) Perspectiva de género; h) Perspectiva infantil; i) Enfoque pangubernamental; j) Enfoque pansocial; todos ellos abordados en los distintos instrumentos internacionales al que la mayoría de los Estados está sujeto.

Está conformado por 23 objetivos, que incluyen medidas de aplicación, seguimiento y examen, los cuales se resumen en: formulación de políticas; reducción de factores que obliguen a abandonar el país de origen; información exacta y oportuna; trabajo decente; iniciativas internacionales; gestión de las fronteras; protección, asistencia y cooperación consulares; acceso a servicios básicos; empoderamiento; eliminación de la discriminación; facilitación del regreso y reintegración sostenible; y cooperación internacional (Refugiados y Migrantes, 2018; Refugiados y Migrantes, 2021; Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, 2018; Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, 2018).

Finalmente, no es posible hablar de protección diplomática y consular ni del respeto a los derechos humanos sin la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (adoptada el 18 de diciembre de 1990), la cual también toma en consideración los principios de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en particular, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, y de la *Organización*

Internacional del Trabajo, sobre todo los relacionados con los trabajadores migrantes, solo por decir algunos.

Como era de esperarse, este documento comprende la importancia y magnitud del fenómeno de la migración y es consciente de la repercusión de los flujos migratorios sobre los Estados de destino. Además, considera la vulnerabilidad de los trabajadores migratorios y sus familiares, principalmente, los que están en situación irregular o son “no documentados”. De acuerdo con la Parte I del documento, en su artículo primero, la Convención es aplicable a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin discriminación alguna y es útil durante todo el proceso de migración hasta el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual. Ya en la Parte III y IV se especifican todos los derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, desde el artículo 8 hasta el 56 y, básicamente, se resumen en darles un trato igual al que se le daría a los nacionales del Estado de destino; es decir, sin discriminación y respetando su dignidad humana.

Y en la Parte VI de la Convención, donde se habla acerca de la promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en torno a la migración internacional, en sus artículos 64-71 se indica la labor que tienen los Estados Parte, pues deben consultarse y colaborar entre sí para satisfacer las necesidades de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990).

México como referente en la protección consular y el modelo trípole

Dentro de las funciones del Servicio Exterior incluidas en el artículo 2 de la *Ley del Servicio Exterior Mexicano (SEM)* se encuentra en su inciso II: El proteger, de conformidad con los principios y normas del derecho internacional, la dignidad y los derechos de los mexicanos en el extranjero y ejercer las acciones encaminadas a satisfacer sus legítimas reclamaciones. Con este fundamento, la red consular mexicana alrededor del mundo y, de manera específica, los cincuenta consulados establecidos en Estados Unidos, han implementado acciones que han vuelto a México un referente en protección y asistencia consular.

Esto, en virtud de la atención que presta a los connacionales a través de la práctica consular tradicional, como: la documentación y la protección, así como servicios más innovadores como cultura, educación, finanzas, salud, entre otros (Schiavon & Cárdenas Alaminos, 2014). En virtud de las características de su diáspora en Estados Unidos, México ha desarrollado un sistema de atención para los connacionales en el exterior, lo cual, como se ha mencionado con anterioridad, se ha vuelto un referente a nivel internacional. Comúnmente conocido en la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) como tripié o trípole, la labor consular se basa en tres principales áreas de acción (De la Vega Wood, 2014), las cuales son:

1. **Documentación.** Emisión de documentos de identificación y servicios notariales.
2. **Protección consular.** Acciones para la defensa de los derechos de los connacionales, con el fin de evitar daños y perjuicios, tanto a la persona, bienes e intereses.
3. **Atención a las comunidades.** Empoderamiento de la comunidad, así como construcción de liderazgos.

Para entender la protección consular es importante incluir a cada uno de estos tres pilares, toda vez que cada uno contribuye a disminuir los riesgos que deriven en alguna vulnerabilidad para la diáspora. En este sentido, el derecho a identificarse es la primera acción de protección, en virtud de que es una necesidad básica para la población, lo que la hace indispensable para que los nacionales gocen de muchos otros derechos y, desde una perspectiva preventiva, contribuye a que las comunidades se desarrollen y fortalezcan sus liderazgos.

De esta manera, el personal que labora en la red consular ha adoptado la siguiente afirmación: “El primer acto de protección a un mexicano en el extranjero es el de expedirle un documento, especialmente cuando se trata de una identificación oficial.” (Hernández Joseph, 2015). Entre las identificaciones que emiten los consulados mexicanos a su comunidad se encuentran: el pasaporte y la matrícula consular. Esta última, es un documento probatorio de nacionalidad y de identidad con el cual se acredita que la persona tiene su domicilio y está registrado en la circunscripción consular de la RME que expide el documento (Consulado General de México en Nueva York, 2021). Por lo anterior, está dirigida a la población que ya se encuentra establecida en ese país y tiene como objetivo facilitar las actividades de la vida cotidiana de los mexicanos (Gómez Arnau, 1990) y, con ello, accedan a más servicios y puedan integrarse mejor a las poblaciones donde se encuentren.

Por otro lado, dentro de las acciones más innovadoras que México ha implementado como parte de la labor consular se encuentran las ventanillas de salud, las cuales consisten en una oficina equipada o un área del consulado en donde se llevan a cabo diversas acciones encaminadas a mejorar el bienestar físico y mental de la diáspora mexicana y asegurar un debido acceso a servicios de salud. Lo anterior, a través de sesiones informativas, directorios de salud, volantes, consultas, vacunas, exámenes clínicos de VIH, presión sanguínea y diabetes, nutrición, información sobre adicciones, salud de la mujer, salud mental, planificación familiar, seguros de gastos médicos, entre otros. Este modelo ha sido un éxito en Estados Unidos y se ha replicado por otros países de Latinoamérica a través de su red consular (Délano, 2020).

Otros esfuerzos importantes han sido la Ventanilla de Oportunidades Educativas que ya está presente en los consulados de México en Chicago, Los Ángeles, Denver, Boise, San Francisco, Dallas, Tucson y Nueva York, así como la Ventanilla de Asesoría Financiera en Nueva York y Los Ángeles y la Ventanilla Laboral en Chicago, estos son espacios permanentes dentro de los consulados

que buscan brindar asistencia en estos temas a la comunidad mexicana (Délano, 2020). Asimismo, en 2015 se abrió la primera Ventanilla de Atención Integral a la Mujer en el consulado de México en Kansas City, práctica que se extendió a la mayor parte de la red consular mexicana en ese país (Délano, 2020). El objetivo de estas Ventanillas es proveer servicios consulares a mujeres mexicanas para contribuir a su empoderamiento personal, familiar, económico y social, de acuerdo con sus circunstancias particulares (Secretaría de Relaciones Exteriores, 2016).

Por otro lado, las plazas comunitarias, que fueron creadas en 2001, ofrecen programas de alfabetización, educación desde primaria, secundaria, preparatoria hasta carreras universitarias en línea, inglés, cursos de capacitación o de ciudadanía, cuyo objetivo es mejorar la calidad de vida de los mexicanos en el exterior (Délano, 2020). Como resultado de estas acciones se cumple la tercer sección del trípode: atención a las comunidades, al mismo tiempo que México establece precedentes y buenas prácticas a replicar por diferentes países, no solamente de Latinoamérica, para poder proteger de una manera más amplia a sus nacionales y cumplir con sus obligaciones adoptadas al ser parte de las diferentes convenciones de derecho internacional en la materia como la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* y la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*.

Reflexiones finales

Dentro del análisis de la migración, el elemento clave a considerar es la persona, quien es el sujeto central de ella, quien vive el hecho de dejar su país de origen, el trayecto hacia el nuevo país de residencia, ya sea de manera regular o irregular, así como el integrarse a una nueva comunidad. Por ello, el entender la protección y asistencia consular vistas desde un enfoque del derecho internacional es tan relevante en el contexto actual. Por ello, se presentó a la migración, primeramente, desde un acercamiento al contexto mexicano y a su condición como país de migrantes, de manera específica, como país de origen, así como las características de su diáspora de manera particular la que se encuentra en Estados Unidos, ya sea en condición migratoria regular o irregular. En virtud de las condiciones y diversidad dentro de su comunidad en el exterior, México pone en marcha labores consulares que se han convertido en un referente de buenas prácticas para países Latinoamericanos, pero también de otras regiones en el mundo, incluyendo acciones tradicionales de asistencia y protección consular, como la emisión de documentos, hasta las más innovadoras como la creación de ventanillas en cuestiones de género, finanzas y de salud, así como las plazas comunitarias en materia de educación.

Igualmente, se incluyó en este capítulo un apartado sobre la nacionalidad y su papel en la protección consular mexicana, de manera específica las reformas en la legislación nacional, las cuales se han adaptado a la realidad y necesidades de la diáspora, buscando asegurar una protección más amplia y la defensa de sus derechos humanos. Cabe señalar, que no hubiera sido posible hacer esta

revisión del derecho internacional en la migración sin el apoyo de los instrumentos multilaterales más reconocidos como la *Carta de las Naciones Unidas*; la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, tratando especialmente el ODS 10 sobre la *Reducción de las Desigualdades*; y el *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*. En dichos instrumentos, si bien la materia central no es la migración, no podemos dejar fuera del análisis a los derechos humanos de todas las personas, sin distinción alguna, y buscar crear espacios llenos de tolerancia y paz, además de propiciar la cooperación y el arreglo de controversias entre países, como se podría suscitar en temas migratorios.

Ahora bien, en lo que respecta al derecho internacional y a la protección consular mexicana, fue gracias a la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* y la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, que se fundamenta e institucionaliza mediante instrumentos jurídicos internacionales el trabajo de las embajadas y los consulados, que constituye parte importante de las responsabilidades que cada país tiene con las personas que residen en su territorio y en el extranjero. Por supuesto, para este análisis fue de gran utilidad útil revisar algunos instrumentos de legislación nacional en la materia, tanto la *Ley del Servicio Exterior Mexicano*, su reglamento, la *Ley de Nacionalidad*, así como su carta magna, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Lo anterior, para poder entender la capacidad de México para proteger a sus ciudadanos en materia consular.

Uno de los casos más representativos de la protección consular mexicana es el caso Avena, en el cual México presentó una demanda en contra de Estados Unidos por violaciones procesales al artículo 36 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, con fundamento en las ejecuciones y detenciones de sus nacionales sin haber recibido oportuna protección por parte de México. Este caso es emblemático porque al recibir un fallo favorable, México se convirtió en un referente en la protección consular y la debida defensa de los intereses y dignidad de sus nacionales.

Fuentes consultadas

- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. (2020). *Reforma constitucional en materia de nacionalidad en México garantiza derecho a la nacionalidad y previene la apatridia*. Recuperado de: <https://bit.ly/3rkWGIF>
- Bobes León, V. C., & Pardo Montaña, A. M. (2016). Una visión integral: el modelo. *Política migratoria en México: Legislación, imaginarios y actores* (p. 15). Ciudad de México: Flacso México.
- Carta de las Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas (texto completo)* en Naciones Unidas. Recuperado de <https://bit.ly/2YoP0EK>
- Centro de Estudios Internacionales Gilberto Bosques. (2014). *El caso Avena: A diez años del fallo de la Corte A diez años del fallo de la Corte Internacional de Justicia*. Recuperado de: <https://bit.ly/3tvYjPH>

- Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. (2018). *Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular* en Asamblea General de las Naciones Unidas. Recuperado de <https://bit.ly/31AKp3v>
- Conferencia Intergubernamental para el Pacto Mundial sobre Migración. (2018). *Conferencia Intergubernamental para el Pacto Mundial sobre Migración* en Naciones Unidas. Recuperado de <https://bit.ly/3EMeonp>
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. (1967). *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* en OEA. Recuperado de: <https://bit.ly/3BUrDAI>
- Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. (1964). *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* en OEA. Recuperado de: <https://bit.ly/3wiBQFP>
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. (1990). *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* en ACNUDH. Recuperado de: <https://bit.ly/3CLo013>
- Délano, A. (2020). *De aquí y de allá: diásporas, inclusión y derechos sociales más allá de las fronteras* (P. Duarte, Trans.). El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales.
- Escutia Rodríguez, J. (2016). La doble nacionalidad como instrumento de vinculación e integración. *Revista Mexicana de Política Exterior*.
- Gómez Arnau, R. (1990). *México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos*. México: Centro de Investigaciones sobre Estados Unidos de América.
- González Gutiérrez, C. (2006). Introducción: de estados y diásporas. *Relaciones Estado-diáspora: Aproximaciones desde cuatro continentes* (p. 12). México: Porrúa.
- Hernández Joseph, D. (2015). *Protección Consular Mexicana*. Ciudad de México: Miguel Ángel Porrúa.
- La Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). *La Declaración Universal de Derechos Humanos* en Naciones Unidas. Recuperado de: <https://bit.ly/3KfYefW>
- Objetivos de Desarrollo Sostenible. (2015). *La Agenda para el Desarrollo Sostenible* en Naciones Unidas. Recuperado de: <https://bit.ly/2ZWnj75>
- Objetivos de Desarrollo Sostenible. (2015). *Objetivo 10: Reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos* en Naciones Unidas. Recuperado de: <https://bit.ly/3CXtTbK>
- Pew Research Center. (2019). *Facts on Hispanics of Mexican origin in the United States, 2017*. Recuperado de: <https://pewrsr.ch/3tvEjx3>
- Refugiados y Migrantes. (2018). *Pacto sobre migración* en Naciones Unidas. Recuperado de: <https://bit.ly/3qcuS4i>
- Refugiados y Migrantes. (2021). *Declaración de Nueva York* en Naciones Unidas. Recuperado de: <https://bit.ly/3kbiXQ2>
- Secretaría de Gobernación. (n.d.). *Nueva política migratoria del gobierno de México 2018-2024*. Recuperado de: <https://bit.ly/3fvEX5w>
- Secretaría de Relaciones Exteriores. (2020). *Programa Sectorial de Relaciones Exteriores 2020-2024*. Recuperado de: <https://bit.ly/3Iaj4oU>

Secretaría de Relaciones Exteriores. (2016, Julio 13). *Ventanilla de Atención Integral para la Mujer* | *Secretaría de Relaciones Exteriores* | *Gobierno* | *gob.mx*. Gobierno de México. Retrieved enero 17, 2022, from <https://www.gob.mx/sre/documentos/material-de-difusion-sobre-la-ventanilla-de-atencion-integral-para-la-mujer>

TERCERA PARTE

Derecho Internacional y América Latina

CAPITULO 7

Una década de la Alianza del Pacífico: perspectivas desde el Derecho Económico Internacional

Carlos Gabriel Argüelles Arredondo*
Karla Verónica Félix Jaramillo**
Rafael Velázquez Flores***

Introducción

El objetivo de este capítulo es explicar el desarrollo de la Alianza del Pacífico (AP) desde la perspectiva del Derecho Económico Internacional (DEI). El argumento central es que la AP, al ser un mecanismo de integración comercial está directamente conectado con los postulados del DEI y tiene que seguir los lineamientos jurídicos y comerciales internacionales como cualquier otro bloque de integración. El trabajo está dividido en cuatro partes. La primera se concentra en las características del DEI y la integración regional con la finalidad de sentar las bases jurídicas que dan nacimiento a mecanismos de integración como la AP. La segunda parte analiza la teoría clásica de la integración económica. El tercer apartado identifica los antecedentes y dinámicas de la AP. La última parte distingue sus capacidades materiales y realiza un análisis de la trayectoria de la AP en el marco de su décimo aniversario.

El Derecho Económico Internacional (DEI) y la Integración Regional (IR)

El DEI es el conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones económicas internacionales de carácter macroeconómico y coexiste con las leyes de los Estados que forman parte de la integración económica regional. En ese sentido, la historia de las relaciones internacionales se remonta siglos atrás, pero el ordenamiento jurídico en la escala económica bajo los parámetros del DEI surge al final

* Profesor-Investigador adscrito al Instituto de Estudios Internacionales 'Isidro Fabela' de la Universidad del Mar. Es Doctor en Estudios del Desarrollo Global por la Universidad Autónoma de Baja California (UABC). Es miembro del SNI.

** Profesora-Investigadora en la Facultad de Derecho de la UABC. Es Doctora en Estudios del Desarrollo Global por la UABC. Es miembro del SNI.

*** Profesor en la Facultad de Economía y Relaciones Internacionales de la UABC. Es doctor en Estudios Internacionales por la Universidad de Miami. Es miembro del SNI.

de la Segunda Guerra Mundial (IIGM). En efecto, derivado de ese conflicto, el sistema económico multilateral se reformuló y dio nacimiento al régimen de los organismos de Bretton Woods, con el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Grupo del Banco Mundial (BM) en 1944 y al Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1947. El sistema Bretton Woods, que también incluye al Banco Interamericano de Desarrollo (BID) creado en 1959 y a la Comisión Económica de América Latina y el Caribe (CEPAL) nacida en 1948 han planeado modelos de financiamiento, desarrollo y comercio de América Latina y el Caribe (ALC). Aunque de forma desigual, en las décadas pasadas estos mecanismos han promovido proyectos y apoyo para equilibrar las balanzas de pagos de los Estados latinoamericanos y caribeños y han impulsado la integración comercial de esa área geopolítica.

En este sentido, la integración regional derivada de la aplicación del DEI puede impulsar el desarrollo, el crecimiento y la cooperación económica, especialmente de los países miembros de la Alianza del Pacífico. Este tipo de mecanismos no es nuevo. La región ha creado e impulsado esquemas de integración y libre comercio con los Acuerdos de Comercio Preferenciales (ACP) (PTA, por sus siglas en inglés). Los ACP se han convertido en la piedra angular del Sistema Comercial Internacional (SCI). El aumento en el número y alcance de estos acuerdos está remodelando el entorno comercial de los países en desarrollo (Chauffour; Maur, 2011: 1). Algunos de ellos han sido y son el Mercado Común Centroamericano (MCCA), hoy Sistema de Integración Centroamericana (SICA), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), el Sistema Económico Latinoamericano (SELA), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el Grupo de los Tres (G3), el Grupo de Río y la Comunidad Latinoamericana de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), entre otros.

Desde la década de 1950, varios tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio fueron implementados bajo los esquemas de integración del GATT, específicamente en su Artículo XXIV. Posteriormente, el GATT evolucionó a la Organización Mundial de Comercio (OMC) y esta institución fue afianzando el Sistema Multilateral de Comercio (SMC) con lo que las relaciones económicas internacionales se fortalecieron y permitieron plantear una nueva globalización económica basada en la interconexión e interdependencia compleja. Así, en 1994 con la evolución del SMC, la OMC fue creada al final de la Ronda Uruguay del GATT, la 8ª y última de las rondas de negociaciones arancelarias, previas al establecimiento del organismo comercial. Por ejemplo, la OMC tuvo un registro de 585 acuerdos regionales, de los cuales 379 estaban en vigor en 2014. Eso significa que hubo un aumento de 174 acuerdos notificados a la organización en 2005, es decir, de 2005 a 2014 hubo un aumento de 174 acuerdos. (Gazol, 2015: 37). Estas cifras reflejan que la sociedad internacional privilegia la unión económica regional dentro de la actual globalización. Sin embargo, el SMC tuvo una desaceleración en la crisis económica de 2008-2009, fenómeno que no se veía desde el fin de la IIGM (de Mateo, 2010: 4).

Adicionalmente, la AP también se articula en el campo comercial con los objetivos de la Ronda de Negociaciones Comerciales de Doha, pues los miembros del mecanismo también son miembros de la OMC. La Ronda de Doha tuvo por objeto lograr una importante reforma del sistema de comercio internacional con la adopción de medidas para reducir los obstáculos al comercio y de normas comerciales revisadas. Doha también se denominó Programa de Doha para el Desarrollo donde se tuvo una agenda de trabajo de alrededor de 20 esferas del comercio, pues uno de sus objetivos fue mejorar las perspectivas comerciales de los países del sur global (OMC, 2022a).

Asimismo, la Ronda de Doha inició en 2001 como la Cuarta Conferencia Ministerial, la cual impulsó la firma de la Declaración Ministerial que establecía el mandato de las negociaciones, entre las que se encontraba la agricultura, los servicios y temas de propiedad intelectual. De hecho, los miembros de la AP para adherirse a la OMC tuvieron que aceptar y firmar los diferentes acuerdos multilaterales del organismo. Estos instrumentos que rigen a los Estados Parte son principalmente el GATT de 1994, el Protocolo de Marrakech, el Acuerdo sobre la Agricultura, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, el Acuerdo sobre la Inspección Previa a la Expedición, el Acuerdo sobre Normas de Origen, el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el Acuerdo sobre Salvaguardias (SICE, 2022).

Sin embargo, con la existencia de más acuerdos comerciales multilaterales y un creciente número de miembros en la OMC, las divergencias entre las partes también aumentan. No obstante, en el organismo existe un Mecanismo de Solución de Diferencias que trata de encontrar respuestas a los problemas. Este sistema no existía antes de la IIGM, pues los países no tenían una instancia jurídica para acudir en caso de fricciones mercantiles. También, las normas ofrecen a los miembros la posibilidad de negociar y no tomar acciones unilateralmente. La solución de diferencias es uno de los mayores logros de la OMC y el sistema económico mundial, pues sin ella las más de 600 disputas comerciales no hubieran podido resolverse satisfactoriamente. Así, los países de la AP como naciones en desarrollo se encuentran entre los que han presentado casos, incluso antes de crearse la misma AP, para la solución de diferencias respecto a los Acuerdos Comerciales Multilaterales (OMC, 2022b).

Así, entre otros, Chile, Colombia, México y Perú han estado dentro de casos contenciosos en el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Por ejemplo, en 1994 Chile presentó una reclamación frente a Argentina por una medida de salvaguardia definitiva sobre las importaciones de duraznos en conserva invocando el GATT de 1994 (OMC, 2022c). Colombia invocó en 2001 un caso frente a Chile por medidas de salvaguardia aplicadas al azúcar donde se apeló al GATT de 1994 (OMC, 2022d). En el caso de México, en 2012 este país presentó una reclamación frente a Argentina sobre medidas que afectan a la importación de

mercancías, donde también el GATT del 94 fue invocado junto al Acuerdo sobre la Agricultura, al de Salvaguardias y el de Obstáculos Técnicos al Comercio (OMC, 2022e). Finalmente, en 1994 Perú presentó un caso frente a la Unión Europea relativo a la denominación comercial de los moluscos del género *pectinidae*, donde igualmente se recurrió al GATT del 94 y a los Obstáculos Técnicos al Comercio (OMC, 2022f).

En general, la membresía de los países de la AP a la OMC permite que dentro del mecanismo imperen las normas del sistema multilateral de comercio. Esto se explica por los acuerdos de la OMC que han sido invocados por la AP. Además, la misma existencia de la AP se debe a que el Artículo XXIV del GATT permite la creación de zonas o áreas de libre comercio en el mundo y la OMC los registra en sus listas de tratados vigentes en materia mercantil. Por esa razón, una conexión estrecha existe entre los acuerdos comerciales multilaterales y la firma de mecanismos de integración como la AP sostenidos por el andamiaje jurídico del DEI.

Teoría de la Integración Económica

Para el abordaje de la relación entre el DEI y la Alianza del Pacífico, un paradigma que la sustenta es la teoría de la integración. En efecto, este postulado en primera instancia sirve de base para interpretar las relaciones económicas internacionales. Bela Balassa (1961) sostiene que hay que hacer una diferencia cualitativa y cuantitativa entre cooperación e integración. En primer lugar, la cooperación se refiere a acciones destinadas a la disminución de la discriminación. En segundo lugar, el proceso de integración económica comprende medidas que implican la supresión de algunas formas de discriminación comercial. En ese sentido, la integración en América Latina tiene varios niveles. Fuentes Sosa (2016) habla de la integración profunda. Este concepto se refiere no solo al análisis de la disminución de aranceles en acuerdos comerciales o de libre comercio, sino en estudiar a profundidad el marco jurídico de los tratados. Es decir, profundizar en cada esquema de integración con sus particularidades, sus artículos, sus anexos, los productos y servicios involucrados y como cada Parte Contratante aplica las disposiciones en sus respectivos territorios aduaneros.

Con relación a los tipos de integración, uno de ellos es la integración comercial profunda. Esta categoría ha generado un debate entre algunos autores, pues no está bien definida cómo es y cuáles son sus características. Para algunos observadores, la integración comercial profunda es aquella que se extiende más allá de los temas comerciales y arancelarios. Por lo tanto, la AP entraría por definición en esta categoría. Este capítulo presenta algunos temas que la AP aplica más allá del desarme arancelario (Fuentes Sosa, 2016: 389-390). Sin embargo, una forma de saber si un mecanismo regional es de un tipo de integración es observar sus tratados constitutivos, como ya se mencionó, con los artículos, anexos, productos y servicios involucrados y temporalidad de los sectores negociados. Para Raymond Hicks y Soo Yeon Kim (2010) (citados por Fuentes Sosa, 2016), la profundidad es asociada con los niveles de legalización u obligación de algunos

de sus componentes y para Edward D. Mansfield (2012) se asocia con los tipos de acuerdos. Para David Evans (2004), la profundidad está asociada con el análisis de su credibilidad, su compatibilidad con el sistema multilateral, su incidencia en políticas y regulaciones domésticas y la incorporación de medidas no comerciales (citado por Fuentes Sosa, 2016: 390).

En ese sentido, en materia de integración económica, el GATT y la OMC llaman a los Estados Parte “territorios aduaneros”. Esto se debe a que los diferentes niveles de integración tienen en su base al Sistema Generalizado de Preferencias (SGP), donde en reciprocidad esos territorios acuerdan disminuir y eliminar las tarifas arancelarias y derechos aduaneros a sus contrapartes. Así, uno de los autores clásicos de la integración económica es Bela Balassa, quien en su obra *Teoría de la Integración Económica* (1964) identifica estas etapas que parten desde una zona de libre cambio hasta la integración total. En el desarrollo de la integración económica, Balassa la distingue en dos etapas en la historia reciente.

La primera va desde los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, particularmente desde la década de 1950 y la segunda desde mediados de la década de 1980 a la actualidad. Las diferencias que Balassa hace también se asocian con los niveles o tipos de integración. En efecto, no es lo mismo el SGP a la integración total. Por lo tanto, las etapas van variando con el tiempo y con el esfuerzo de los países involucrados. En la primera etapa, Balassa destaca la creación de la Comunidad Económica Europea en 1957, proceso que se caracterizó por su constante evolución, hasta llegar a consolidarse como el más representativo del mundo en materia de integración. Gracias a la experiencia de las comunidades europeas, los niveles del proceso de unificación se fueron consolidando y han servido de experiencia a la formación de otros esquemas económicos a escala global, particularmente en América Latina y el Caribe.

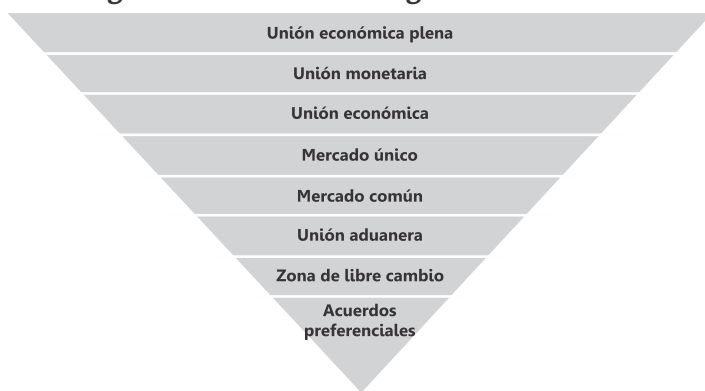
La Teoría de la Integración se refiere a que ésta es un proceso en el que la naturaleza de las relaciones políticas, económicas y sociales son autónomas e independientes. Pero con la integración, la autonomía del Estado disminuye y se suma a un conglomerado de Estados más grande (Palomares Lerma, 2015: 330). Esto significa que los Estados al integrarse a un conjunto de naciones ceden soberanía con la intención de alcanzar juntos objetivos comunes más avanzados. De ahí viene la idea de que, a veces, se confunde el concepto de federación y confederación. Por esa razón, en la evolución de la integración Bela Balassa expone las etapas o niveles de ese fenómeno, en donde afirma que, en ese transitar de diferentes escalas integradoras, la autonomía del Estado disminuye y un país cede soberanía al convivir dentro de esas estructuras. Pero, al mismo tiempo, el sistema internacional ya no permite la conducta aislada de los Estados.

Una teoría auxiliar y ligada a este análisis también es la interdependencia, que afirma que los Estados y sus economías están entrelazadas en los diferentes tipos de integración. En la AP este concepto está presente puesto que los Estados decidieron integrarse y ceder en algunos aspectos soberanía, como es el caso de la diplomacia y asuntos consulares conjuntos que los miembros han practicado desde que el mecanismo empezó a tomar fuerza en la región y en el escenario

global. Uno de los objetivos de la integración regional es superar el estancamiento y alcanzar etapas superiores de desarrollo. Por ejemplo, “en Asia y Latinoamérica, muchos tendrían que crecer al 4,3% per cápita al año si quieren alcanzar a los países ricos en un plazo de 60 años. Para que eso fuera posible, el PIB total debería crecer al menos un 6% anual durante todo ese tiempo.” (Allen, 2013: 213)

Los mecanismos de integración, desde el GATT de 1947 hasta la AP son parte de la interdependencia económica extensiva y siguen siendo acuerdos basados en el poder financiero y comercial de los Estados. En realidad, la AP conduce su política exterior para sobrevivir, según el teorema *ricardiano*. En él se afirma que, para competir de forma justa, los Estados no deben tener bajos salarios. Eso explica la razón de que la AP busca elevar el nivel de vida de sus ciudadanos, con las metas propuestas de prosperidad colectiva de Chile, Colombia, México y Perú (Argüelles, 2019). Por otro lado, al hacer alusión a la integración económica, Pacheco (2007) establece que este es un proceso referido a la globalización de mercados. Eso implica varios estatus jurídicos que entrañan diversas formas y representaciones tendientes a vincular las economías entre países y territorios aduaneros. La finalidad de esto es eliminar o suprimir restricciones sobre bienes, personas, capitales, tecnología para crear instituciones, coordinar políticas afines y adoptar instrumentos comunitarios. Por esa razón, los diversos PTA presentan diferentes tipos de integración, estas son las siguientes:

Figura 1. Estratos de la integración económica



Fuente: Elaboración propia con base en Balassa (1964)

Desde esta perspectiva, en la teoría de la integración clásica de Balassa (1964), el nivel básico está representado por los acuerdos preferenciales (SGP), las zonas de libre cambio, y la unión aduanera. Los estratos más avanzados de integración son el mercado común, el mercado único, la unión económica y monetaria. En la cúspide está la unión económica plena. Dicho esto, la Alianza del Pacífico ha optado por los peldaños más bajos de integración económica, por lo que sus dinámicas han suscitado cuestionamientos acerca de su objetivo sobre fortalecer y alcanzar una integración profunda. Según Rocha (2014), la AP se

puede entender como la conformación de un sistema de integración multidimensional política, económica, social, cultural y espacial.

Antecedentes y dinámicas de la Alianza del Pacífico (AP)

La Alianza del Pacífico se encuentra conformada por Chile, Colombia, México y Perú y derivó del grupo de países que integraban el Arco del Pacífico Latinoamericano en 2006.¹ Estas naciones fueron las que sobrevivieron al intento de formar este mecanismo para tener una proyección con Asia-Pacífico (Acuerdo Marco AP, Art. 3.1, c.). También, los cuatro miembros de la AP comparten una red amplia de tratados de libre comercio (Art. 3.2, a, b, c) y sus economías están basadas en el sector exportador (Morales, 2016).

La AP nació en 2011 y las Partes firmaron el Acuerdo Marco que entró en vigor en 2012. En el contexto mundial, la integración regional ha sido testigo de la creación de diversos mecanismos que han desempeñado un papel muy importante en las dinámicas económicas globales. Asimismo, esos procesos han sido objeto de estudio en diferentes disciplinas y permeado en distintas áreas de acción sin limitarse a la esfera económica (Félix, 2021). La AP es un mecanismo vanguardista que busca ser una plataforma de conexión con Asia a través de la integración profunda (Art. 3, 1, a), es decir con una temática más allá del desarme arancelario. En efecto, en la dinámica económica global, la AP tiene como objetivos principales, alcanzar un crecimiento, desarrollo económico sostenido, libre circulación de bienes, personas y capitales, además de proyectarse con especial atención a la región Asia-Pacífico (Art. 3,1, c), e integrarse de manera profunda (Art. 3,1, a). La AP surge como iniciativa del entonces presidente del Perú Alan García. Con este ánimo, el mecanismo busca incorporarse a las cadenas asiáticas de producción y de exportación de aquella región. Tanto en el Arco del Pacífico como en la AP, el diálogo se dio en ámbitos como la convergencia comercial, la infraestructura, logística, la promoción, la protección de las inversiones, la cooperación económica y técnica para mejorar la competitividad (CEPAL, 2008: 9).

Para una mejor comprensión de estas estrategias geopolíticas, la AP bien podría llamarse “Alianza del Océano Pacífico”. Efectivamente porque este puente oceánico conecta directamente a regiones de América Latina y Asia. La región de Asia-Pacífico se ha consolidado como un centro clave de la economía mundial. De hecho, ambos litorales del Pacífico ya son una biregión como la Asociación Asia-Pacífico (APEC) lo demostró desde la década de 1990. El PIB combinado de algunos países asiáticos como Australia, Japón y Nueva Zelanda representa el 28% de paridad del poder adquisitivo (PPA). Hay estimaciones que presentan que más del 35% del crecimiento del producto mundial en términos de PPA se origina en esta región. Incluso, Asia-Pacífico suministra el 28% de las exportaciones de bienes y el 23% de servicios a escala mundial (CEPAL, 2008: 9).

En cuanto a los aportes de los países del entonces Arco del Pacífico y de la AP con relación a la población y PIB son reducidos, pero representan casi la mitad

¹Originalmente, los países miembros del Arco del Pacífico eran Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras México, Nicaragua, Panamá y Perú, también llamados Cuenca del Pacífico Latinoamericano.

del total de América Latina y el Caribe. En este sentido, los países del Arco del Pacífico poseen 3.9% de la población mundial y en promedio su PIB a escala global es de alrededor de 3.7%. Pero, en América Latina y el Caribe (ALC) representan cerca del 45% tanto en población como en PIB. Esto sugiere que ALC debe actuar como grupo y unir sus economías para poder competir a escala global, sobre todo los países pequeños. Eso explica por qué los países centroamericanos fueron los primeros en la región en concertar un esquema de integración con el Mercado Común Centroamericano (MCCA) en 1960, hoy Sistema de Integración Centroamericana (SICA) creado en 1991. Por esa razón, diversos intentos de integración y cooperación se han presentado en América Latina desde hace décadas para incorporarse y competir en la economía mundial.

En el mismo sentido, la integración regional ha tomado un camino particular en América Latina, misma que se ha caracterizado por impulsar distintos proyectos integracionistas.² En este tenor, al abordar estas ejemplificaciones, el modelo tradicional por excelencia es el que inició en su momento como Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) en 1952 que hoy conocemos como la Unión Europea de 1992, misma que se conforma por un parlamento y distintas áreas de trabajo con la presencia de figuras supranacionales y también es un ejemplo clásico de cesión de soberanía derivada de la membresía a mecanismos regionales. Desde su óptica, Haas entiende a la integración como una dinámica de cesión de soberanía de parte de los países (Argüelles, 2019). Si América Latina ha estado catalogada como parte del “tercer mundo”, “área de la periferia” o “sur global”, la instrumentación de diálogos de integración como los siguientes abren opciones de desarrollo para los pueblos. A modo de ejemplo, en la tabla 1 se puede observar la diversidad de proyectos de integración en la región latinoamericana desde la década de 1960.

² Véase tabla 1.

Tabla 1. Proyectos de integración en América Latina y su grado de institucionalidad

Año	Proyecto de integración	Sede principal	Grado de institucionalidad
1960	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALADI)	Ciudad de Panamá	Bajo
1969	Pacto Andino – Comunidad Andina (CAN)	Lima, Perú	Alto
1975	Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA)	Caracas, Venezuela	Bajo
1980	Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)	Montevideo, Uruguay	Bajo
1991	Sistema de Integración Centroamericana (SICA)	San Salvador, El Salvador	Alto
1991	Mercado Común del Sur (Mercosur)	Montevideo, Uruguay	Alto
1994	Asociación de Estados del Caribe (AEC)	Puerto España, Trinidad y Tobago	Bajo
2004	Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA)	Caracas, Venezuela	Bajo
2008	Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)	Quito, Ecuador	Intermedio
2010	Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC)	Pro-tempore	Bajo
2011	Alianza del Pacífico (AP)	Pro-tempore (Art. 7. Acuerdo Marco AP)	Intermedio-Bajo
2019	Foro para el progreso de América del Sur (ProSur)	Pro-tempore	Bajo

Fuente: Elaboración propia con base en Herrera, J. (2021).

Nota: Previo al año de 1969 se distingue el nacimiento de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 1948 y el Parlamento Latinoamericano (Parlatino) en 1964.

A partir de los datos de la tabla 1, donde la institucionalidad se entiende como el nivel de compromiso y obligatoriedad de las normas de los acuerdos constitutivos de los mecanismos, es posible observar, en primer momento, una multiplicidad de proyectos tendientes a la integración en la región. El cuadro también refleja la baja institucionalidad que poseen estos mecanismos. Por ello, esta diversidad también se encuentra presente en las diferentes ideologías frente a la visión y modelo de desarrollo de sus respectivos países. De acuerdo con Briceño (2013), a partir de 2003 no existe homogeneidad en la región. El autor ubica a la Alianza del Pacífico en el eje de integración abierta en conjunto con los tratados de libre comercio celebrados previo a la creación de dicho mecanismo.³ En este mismo sentido, Sabatini y Albertoni (2019) afirman que los esfuerzos para trazar objetivos comunes se deben centralizar y hacerse más eficientes. Así, esas acciones pueden conducir hacia una integración latinoamericana dinámica e inteligente argumentando que diversos proyectos existen en la actualidad. Los cuatro países de la AP son baluartes del libre comercio, pues todos ellos tienen acuerdos norte-sur y sur-sur en materia de intercambios mercantiles para contribuir a la inserción del bloque en las cadenas mundiales de suministro y de

³ Se hace alusión a otro eje como el anti sistémico donde se ubica el ALBA y por su parte al eje revisionista en donde ubica al Mercado Común del Sur. Véase Briceño Ruiz, J. (2013). “Ejes y modelos en la etapa actual de la integración económica regional en América Latina”. *Estudios Internacionales*. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 9-39.

valor. Con certitud, la AP nació con el fin de superar la crisis económica de 2008-2009 y mitigar sus efectos negativos en la región de ALC al actuar en bloque frente a las adversidades extracontinentales (Guajardo, 2016: 23-24).

Tabla 2. Miembros de los principales mecanismos de integración de América Latina y el Caribe (2023)

Año	Proyecto de integración	Miembros
1960	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALADI)	Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela
1969	Pacto Andino – Comunidad Andina (CAN)	Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú. Países Asociados: Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay
1975	Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA)	Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela
1980	Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)	Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela
1991	Sistema de Integración Centroamericana (SICA)	Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, República Dominicana. Observadores Regionales: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Estados Unidos, Ecuador, México, Perú, Uruguay
1991	Mercado Común del Sur (MERCOSUR)	Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela. Estados Asociados: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam
1994	Asociación de Estados del Caribe (AEC)	Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Panamá, República Dominicana, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago, Venezuela. Miembros Asociados: Aruba, Bonaire, Curaçao, Guadalupe, Guyana francesa, Islas Vírgenes Británicas, Martinica, Saba, Saint Barthelemy, Saint Eustatius, Saint Maarten
2004	Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA)	Antigua y Barbuda, Bolivia, Cuba, Dominica, Granada, Nicaragua, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Venezuela

Tabla 2. Miembros de los principales mecanismos de integración de América Latina y el Caribe (2023) continuación

2008	Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)	Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay, Venezuela
2010	Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC)	Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, San Cristóbal y Nieves, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela
2011	Alianza del Pacífico (AP)	Chile, Colombia, México, Perú
2019	Foro para el progreso de América del Sur (ProSur)	Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam

Fuente: Elaboración propia, con datos de ALADI, CAN, SELA, SICA, MERCOSUR, AEC, ALBA, UNASUR, CELAC, AP, ProSur

Según datos del FMI, esto se puede explicar por qué ALC tuvo un Producto Interno Bruto (PIB) de 3.3%, mayor que el mostrado por la Unión Europea (1.7%) y Estados Unidos y Canadá juntos (2.6%) en los tres años posteriores a la debacle económica. Incluso, con una baja en los precios del petróleo y una recuperación de la economía de Estados Unidos, ALC puede seguir creciendo. Pero la baja confianza empresarial y del consumidor en Brasil, así como la intensificación de la crisis económica en Venezuela, pesaron más en las perspectivas a corto plazo. Los tipos de cambio flexibles pueden desempeñar un papel fundamental en la adaptación a condiciones externas más difíciles, pero los actores económicos deben garantizar políticas fiscales prudentes y poner al día reformas estructurales para aumentar la inversión y la productividad (IMF, 2015: 56).

En términos del DEI, el Acuerdo Marco de la AP se firmó en 2012 y entró en vigor en 2015, lo que significa que este instrumento jurídico se vuelve obligatorio para las Partes. Sin embargo, lo anterior no implica que el proceso no haya tenido desarrollo de actividades desde que se estableció. En ese momento, ya se generaban políticas comunes y de armonización normativa para medir el desempeño como bloque (Leví, Reggiardo, 2016: 199). También, el preámbulo del Acuerdo Marco menciona que la AP reafirma los derechos y obligaciones derivados del Tratado de Montevideo por el que la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) se creó en 1980, así como el Acuerdo de Marrakech por el que la Organización Mundial de Comercio (OMC) se estableció en 1995. Asimismo, el Acuerdo Marco resalta los convenios de libre comercio celebrados como una plataforma

que incentiva la integración de las economías entre las partes. Incluso, el acuerdo toma en cuenta los compromisos contraídos por Colombia y Perú con la Comunidad Andina de Naciones (CAN) (Acuerdo Marco de la AP, 2012: 2).

Asimismo, dentro del Acuerdo Marco, las partes de la AP se comprometieron a ofrecer a los agentes económicos un marco jurídico previsible para el desarrollo del comercio de bienes, servicios e inversión. También, el instrumento fundacional establece reglas claras que propician las condiciones necesarias para el crecimiento, la diversificación de las corrientes comerciales para la competitividad de las economías. Incluso, el marco normativo del mecanismo impulsa los valores y principios democráticos comunes. Con esto, la AP busca la vigencia del Estado de Derecho, la separación de poderes del Estado, la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Art. 2, Acuerdo Marco de la AP, 2012: 3). En efecto, los acuerdos⁴ que son normativa primaria del mecanismo configuran la articulación de los objetivos que se refieren específicamente a la liberalización del comercio de bienes y servicios, la libre circulación de capitales e inversiones, la facilitación comercial y aduanera (Art. 3.2, c). Además, el acuerdo contempla la cooperación en materia migratoria y consultas para facilitar el movimiento de las personas (Art. 3. 2, d), la coordinación en materia de seguridad (Art. 3. 2, e) y los instrumentos para promover la integración de las Partes⁵ (Leví, Reggiardo, 2016: 189-190).

Tabla 3. Principales Instrumentos Jurídicos de la Alianza del Pacífico (AP)

Fecha de firma	Instrumento
28 de abril 2011	Declaración de Lima. Establecimiento de la Alianza del Pacífico (AP)
6 de junio 2012	Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. El 20 de julio 2015 entró en vigor
10 de agosto 2014	Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. 100% de liberalización comercial. (92% del universo arancelario de manera inmediata y el 8% a plazos que van hasta el 2030). El 1 de mayo de 2016 entró en vigor
3 de julio 2015	Primer Protocolo Modificatorio del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico
1 de julio 2016	Segundo Protocolo Modificatorio al Protocolo Adicional al Acuerdo Marco
2 de junio 2017	Decisión No. 1 Lineamientos aplicables a los Estadios Asociados a la Alianza del Pacífico

Fuente: Mateos (2018)

La tabla 2 presenta los principales Instrumentos Jurídicos de la AP, los cuales se han ido adhiriendo a los compromisos de los Estados miembros. En efecto, estos documentos incluyen declaraciones acuerdos, protocolos y lineamientos

⁴ La Alianza del Pacífico tiene diversos acuerdos y declaraciones que forman parte del andamiaje jurídico del mecanismo. Entre los más importantes se encuentran: Declaración de Mérida de 2011, Declaración de Lima de 2011, Declaración de Cádiz de 2012, Declaración de Paranal de 2012, Declaración de Cali de 2013, Declaración de Santiago de 2013, Declaración de los Presidentes de la Alianza del Pacífico en materia de Cambio Climático en la COP 20 de 2014, Declaración de Punta Mita de 2014, Declaración de Cartagena de Indias de 2014, Declaración sobre el proceso de Adhesión de Costa Rica a la AP de 2014, Declaración de Paracas de 2015, Declaración de Puerto Varas de 2016, Protocolo adicional al Acuerdo Marco de 2016, Primer Protocolo Modificatorio del Acuerdo Marco de 2020.

⁵ Ver Acuerdo Marco, Art. 3 (1) a, b y c.

aplicables a la esfera comercial y política de la AP. En otro orden de ideas, algunos mecanismos como la UNASUR, la ALBA, la CELAC o la AP se encuentran en la categoría de 'Regionalismo Posliberal' (RP) y "Regionalismo Post-Hegemónico" (RPH). Esto quiere decir que se trata de esquemas que se basan en una serie de aspectos con diversas estrategias de apertura regional, como las llevadas a cabo por Chile, proyectos políticos, como los impulsados por Brasil y Venezuela o estrategias de desarrollo y modos de inserción, como los practicados por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú (Leví, Reggiardo, 2016: 190).

Efectivamente, la AP se clasifica como Regionalismo Posliberal y Regionalismo Post-Hegemónico en el sentido de que sus metas van más allá de la desgravación arancelaria, dejar atrás el proteccionismo e impulsar la apertura de mercados. Así, dentro de los objetivos de la AP como RPH están el regionalismo construido desde la nación, regular el comercio, recuperar la autoridad en materia de políticas públicas y una mayor protección social (Tussie, 2022). Asimismo, la AP se clasifica como un mecanismo de liberalización comercial e integración profunda, como se ha señalado. Pero justamente la profundidad se explica por la inclusión de temas como medio ambiente, cambio climático, innovación, ciencia, tecnología, desarrollo social, educación y relacionamiento externo (Leví, Reggiardo, 2016: 191).

En el mismo sentido, la integración profunda de un acuerdo sur-sur como lo es la AP, además de las temáticas señaladas, se manifiesta por la promoción y defensa de la equidad de género. En efecto, los presidentes de las partes firmaron la Declaración Presidencial sobre la Igualdad de Género en la AP en el marco de la XV Cumbre Presidencial de la Alianza celebrada en Santiago de Chile en diciembre de 2020. La Declaración sobre Igualdad de Género propuesta por México desde el Grupo Técnico de Género fue apoyada por las Partes y "reconoce el papel fundamental que desempeñan las mujeres en toda su diversidad", tanto empresarias, emprendedoras, trabajadoras, consumidoras, trabajadoras del hogar, las que ejercen trabajos no remunerados y especialmente las mujeres en vulnerabilidad, con discapacidad, de ámbitos rurales y de las comunidades indígenas. Todas ellas contribuyen al crecimiento y desarrollo de los países de la AP (Gobierno de México, 2020).

Las capacidades materiales y décimo aniversario de la Alianza del Pacífico

Al hacer un balance de los diez años desde la creación de la Alianza del Pacífico se deben puntualizar ciertas particularidades. Entre ellas destacan las actividades relativas a la supresión de visado de trabajo y turismo entre los cuatro países, el intercambio académico y estudiantil. También, las embajadas compartidas operan y la suscripción de un acuerdo consular donde se ofrece asistencia a los nacionales de los cuatro países en aquellos Estados donde no haya representación consular y una oficina comercial entre los países miembros (Gobierno de Colombia, 2021). Asimismo, la AP se ha pronunciado con relación a la visión para 2030 y los Objetivos del Desarrollo Sostenible para fortalecer los ejes de trabajo y trazar un camino para alcanzar las metas que la Alianza se propuso en abril de 2011.

Los avances que ha tenido la Alianza a lo largo de la última década han sido posibles por el entramado institucional y la implementación de líneas de trabajo a través de los Ministros de Relaciones Exteriores de los cuatro países (Art. 4.1), así como las reuniones del Grupo de Alto Nivel (GAN) (Art. 4.2, g) y los grupos de trabajo (Art. 4.2, h). También es de relevancia que la AP ha llamado la atención de distintos países y prueba de ello son los 59 países observadores (Art. 10.1, 2). Asimismo, existen 29 grupos de trabajo que abordan diferentes esferas sin limitarse al área comercial, tales como medio ambiente, compras públicas, cooperación, cultura, género, innovación, educación, seguridad y pequeñas y medianas empresas (PYME's) por destacar algunas (Gobierno de Colombia, 2021).

Sin embargo, a diez años de su creación, la Alianza no ha fortalecido el comercio *intra* bloque entre sus miembros. Mora (2016) resalta aspectos clave como pensar en programas conjuntos que impulsen un mayor comercio *intra* bloque. Para esto se debe ofrecer incentivos para que las empresas comercien dentro del mecanismo y así propiciar un intercambio significativo. Asimismo, una mayor integración financiera puede mejorar las condiciones institucionales y en esa ruta las asimetrías de los propios miembros van aminorando para poder alcanzar el crecimiento y desarrollo económico sostenido.

En el mismo sentido, la AP se ha adaptado a las corrientes internacionales y regionales y ha incentivado las Cadenas Globales de Valor (CGV), las cuales forman la columna vertebral y el sistema nervioso de la economía mundial. Esto es debido a que la mayoría de los productos que se comercian a escala del orbe se producen con insumos diversos procedentes de distintos países para obtener un producto final. En este sentido, ligado a las CGV el Acuerdo comercial de la AP otorga preferencias arancelarias al establecer reglas claras en materia de normas de origen reguladas por los acuerdos de la OMC, para alcanzar un balance en la provisión de suministros en la escala regional. Con esto se busca que los bienes que se producen o se transforman en los países de la AP cuenten con insumos de todos los miembros del bloque (Guajardo, 2016: 28). Con estas acciones la AP se suma a las corrientes de las CGV e incluso al insertarse en los mercados de Asia-Pacífico, también insumos de esa región pueden incluirse en la fabricación de bienes que se producen en este mecanismo.

Sin embargo, Rojas y Terán (2017) establecen que las relaciones de los países de la AP con naciones de Asia-Pacífico como China, Corea y Japón se circunscriben a una serie de tratados que se limitan solo al comercio. Principalmente, estos tratados y acuerdos están representados por la Asociación Económica Asia-Pacífico (APEC) y el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP). Además, la AP mantiene cooperación y planes de trabajo conjuntos con la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN). Esto sugiere que la AP apuesta por el multilateralismo, independientemente de los acuerdos bilaterales que cada uno de los miembros de la AP tenga con países del Pacífico donde se encuentran varias potencias emergentes.

Así, en el comercio interregional China suele ser el común denominador. De acuerdo con la OMC, para 2015 el principal destino de las exportaciones

chilenas y peruanas fue China con un 26,3% y 22,1% respectivamente. Para Colombia y México, China ocupó el cuarto lugar con 6,3% y 1,3% respectivamente. Esto sugiere que el país de la AP que más comercio tiene con China es Chile y el que menos tiene es México. En materia de importaciones exclusivamente, Chile importa de China 23,5% y México 17,7% (Rojas y Terán, 2017: 240). No obstante, esto se explica por la cercanía comercial que México mantiene con Estados Unidos a través del T-MEC, pero la información refleja que México también depende de las importaciones chinas de forma importante para su comercio exterior.

Por otro lado, la pandemia suscitada en marzo de 2020 constituyó un factor adverso para las dinámicas económicas internacionales en general y la AP no fue la excepción. De hecho, para la región latinoamericana será un mayor reto recuperarse económicamente de las implicaciones de la pandemia y en el bloque se pueden ver plasmadas en la ralentización de acuerdos y cooperación que son naturales por las barreras e impedimentos propios por las condiciones tomadas durante la emergencia sanitaria (López & Félix, 2021: 154). No obstante, este mecanismo de integración logró dar a conocer durante el primer año de la pandemia el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico y su Primer Protocolo Modificatorio (2021b). De él se desprende el apoyo a empresas para que puedan continuar con su actividad económica a través del comercio electrónico y del comercio trasfronterizo de servicios. Con relación al comercio electrónico es fundamental la vigencia de la firma electrónica con los requisitos que señalan las legislaciones en la materia de los cuatro países. Los mismos no las desconocerán siempre y cuando cumplan las formalidades de la ley.

Asimismo, esta disposición permite continuar con los intercambios comerciales en bienes, servicios e inversión, garantizar el abasto de alimentos, medicinas y otros productos que fueron demandados durante la crisis sanitaria (Alianza del Pacífico, 2021b). De igual manera con relación a bienes y servicios; respecto a la esfera social sobre subsidios a población en condiciones desfavorables, pensiones para personas adultas y programas de voluntariado. Además de medidas de facilitación del comercio en donde se observa a Chile, Colombia y Perú a través de diversos acuerdos, decretos y resoluciones para mitigar la problemática.⁶

Si bien la Alianza ha tomado su propio rumbo con relación a la integración y sus formas de cooperación, resulta loable visibilizar su trayectoria e identificar sus logros, pero también las oportunidades de mejora y áreas de trabajo que los actores involucrados en torno a las dinámicas deben de poner atención, como la toma de decisiones y temas prioritarios para este proceso de integración que pretende alcanzar la denominada integración profunda. Briceño, Legler y Prado (2021: 4) distinguen que hay un problema conceptual al remitirse a la definición exacta de la denominada integración profunda en la AP y que este proceso de integración no parece tener una estrategia clara, estadísticas especializadas y una ruta para alcanzarla.

⁶ En la página web oficial de la Alianza del Pacífico no se encontraron las medidas adoptadas por México en ese rubro. Véase <https://t.ly/Asf5>

Por ello, será crucial que la AP busque la manera de innovar en sus estrategias y planes para alcanzar los objetivos planteados para lograr avanzar con relación a las metas principales que le dieron vida con la Declaración de Lima de 2011 en donde los mandatarios de Chile, Colombia, México y Perú acordaron avanzar hacia una integración profunda y bajo la convicción de mejorar la calidad de vida de los habitantes de los cuatro países. A pesar de las condiciones que la pandemia agravó y que precedían a la misma en la región se destaca que los países miembros de este proceso de integración han adoptado medidas respecto a la esfera económica, social y cultural. Sin embargo, estas medidas no son lo suficientemente trascendentes desde una perspectiva como bloque ya que no hubo un plan en conjunto para afrontar las implicaciones de la pandemia.

Ante este escenario resultaría congruente pensar que la Alianza del Pacífico pudiese afrontar los retos que presupone la pandemia de manera conjunta y aprovechar la cercanía con los países miembros y fortalecerse como bloque en materia de cooperación. Sin embargo, este bloque al remitirse a la estructura institucional prefiere las dinámicas intergubernamentales. Con ello la AP puede cooperar e implementar programas en los distintos ejes de trabajo sin la cesión de soberanía para materializarlos. Así pues, la bonanza de esta dinámica que ha caracterizado a la Alianza se encuentra con su pragmatismo, pero al mismo tiempo al no existir una figura supranacional resulta complicado pensar en que los cuatro países adoptarán medidas contundentes para integrarse de manera profunda en un futuro próximo.

No obstante, la AP ha logrado diversos avances y ha permanecido sólida durante sus primeros diez años. Pero, si el mecanismo no es capaz de mantener un ritmo similar como hasta ahora e incluso más consistente y con mayor cooperación entre las partes, corre el riesgo de convertirse en otro proyecto que nace en la región latinoamericana y que no logra alcanzar sus objetivos fundacionales en los años por venir. Otro escenario, con menor esperanza, es que se convierta en un proyecto con miras a desaparecer si sus miembros no le otorgan la debida prioridad y atención para fortalecer la integración entre sus países.

Reflexiones finales

Como se puede observar, la Alianza del Pacífico es un instrumento de integración y cooperación que es en parte regulado por el Derecho Económico Internacional. Esto es debido a que, como proyecto de integración comercial, debe seguir los lineamientos jurídicos de la Organización Mundial de Comercio. El DEI es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones comerciales de la comunidad global. La AP forma parte de una serie de instrumentos que desde que inició sus actividades ha tenido ciertos éxitos, sobre todo porque busca la integración profunda y forma parte del regionalismo *pos liberal* y el regionalismo *pos hegemónico*. Es decir, que sus objetivos van más allá de ser un acuerdo de libre comercio que solo busca la desgravación arancelaria.

La AP, desde que se estableció en 2011, ya cumplía con características comerciales y aduaneras para incorporarse al marco de los acuerdos comerciales

de la OMC. Los miembros de la AP también han participado en las rondas -como la de Doha- que buscaba establecer el mandato de las negociaciones, entre las que se encontraba la agricultura, los servicios y temas de propiedad intelectual. A escala multilateral, la AP existe debido a los lineamientos del Artículo XXIV del GATT (OMC) que permite la creación de áreas y zonas de libre comercio en el mundo. De hecho, la AP con su Acuerdo Marco es uno entre muchos otros mecanismos, acuerdos y tratados comerciales notificados ante la OMC.

Un punto de inflexión en la OMC fue la adopción del mecanismo de solución de diferencias comerciales, el cual es uno de sus mayores logros. En efecto, este instrumento ha permitido solucionar centenares de disputas comerciales entre los miembros del organismo y los miembros de la AP también han acudido a plantear sus casos contenciosos respecto a otros miembros de la institución. Incluso, otros procesos de integración también han hecho uso de la solución de diferencias, tanto *intra* bloque como *extra* bloque. En general, la membresía de los países de la AP a la OMC permite que dentro del mecanismo imperen las normas del sistema multilateral de comercio. En ese sentido, el andamiaje teórico de este trabajo fue el de la teoría de la integración.

Este paradigma sirve, en primera instancia, como base para interpretar las relaciones económicas internacionales. Así, los elementos del relacionamiento económico son la cooperación, la integración y se refieren a acciones destinadas a la disminución y supresión de medidas de discriminación comercial respectivamente. Pero, más allá de lo específicamente comercial, la AP busca insertarse en la integración profunda. Así, el mecanismo aborda temas como la educación, la seguridad, la equidad de género, la diplomacia, entre otros. Esa amplitud de acciones inserta a la AP en la categoría de procesos que van más allá del desarrollo arancelario.

El trabajo presentó un panorama sobre las diferentes etapas de integración donde se ubica la AP y con un grado de institucionalidad intermedio -respecto a otros mecanismos de ALC. Este grupo de países estaría dentro de las primeras fases, aunque sus objetivos son más profundos que las meras actividades comerciales. Así, la AP se puede entender como la conformación de un sistema de integración multidimensional política, económica, social, cultural y espacial. El ejemplo clásico de integración avanzada es la Unión Europea, pues además de administrar las relaciones comerciales entre los miembros proyecta una política exterior y de defensa común. A eso es lo que Balassa se refiere cuando habla de la cesión de soberanía cuando los Estados se integran a procesos regionales o globales de comercio.

En este tenor, el Acuerdo Marco de la AP es el documento jurídico más importante y por el cual el mecanismo fue creado bajo los parámetros de la OMC, junto con sus demás instrumentos. Es decir, el DEI se aplica a las disposiciones legales que rigen a tratados comerciales de ALC. En este trabajo, diversos artículos del Acuerdo Marco fueron planteados en la temática que legislan, como el comercio entre las partes, la libre movilidad de mercancías, capitales y personas, migración, la admisión de nuevos miembros y la presencia de observadores

internacionales que siguen con interés las actividades de integración profunda practicada por la AP.

La Alianza no ha fortalecido el comercio *intra* bloque entre sus miembros, pero debe mejorar ese rubro para implementar programas conjuntos para impulsar el crecimiento al ofrecer incentivos a las empresas para que comercien dentro del mecanismo. En este marco, la AP busca incentivar las Cadenas Globales de Valor (CGV) para inclinar su comercio *extra* bloque con Asia-Pacífico, pivote clave de la economía mundial y seguir trabajando en conjunto con la APEC, la ASEAN y el TPP. Para el futuro próximo, la AP deberá trabajar en desafíos de integración y superar la crisis provocada por la pandemia que empezó en 2020. La AP es un mecanismo novedoso y deberá ir más allá del paso de los gobiernos en turno para que la región de ALC se vuelva un verdadero interlocutor en el sur global y en el mundo.

Finalmente, en los últimos años entre 2022 y 2023, los miembros de la AP han tenido algunas fricciones, especialmente México y Perú. Debido a un intento de autogolpe de Estado en Perú, el gobierno de México sostenía que el presidente Pedro Castillo era legítimo, mientras no reconocía a la nueva presidenta Dina Boluarte. Esto implicó que México no transfiriera la presidencia *pro tempore* de la AP que le correspondía al país andino. Estas circunstancias debilitaron los trabajos generales del mecanismo que se espera pueda superar, para alcanzar los fines originales para los que fue creado.

Fuentes consultadas

- Alianza del Pacífico (AP), <https://alianzapacifico.net/>
- Alianza del Pacífico (2012). *Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico*. Paranal, Antofagasta: AP.
- Alianza del Pacífico. (2021a, Diciembre 19). Declaración de Lima. <https://t.ly/m7uo>
- Alianza del Pacífico. (2021b, Diciembre 19). *Comercio en tiempos de COVID-19*. <https://t.ly/hk1f>
- Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), <https://www.albatcp.org/>
- Allen, Robert C. (2013). *Historia económica mundial: Una breve introducción*. Madrid: Alianza Editorial.
- Argüelles, C. (2019). *La Alianza del Pacífico como nuevo tipo de cooperación internacional y forma de integración regional para el desarrollo en América Latina*. Tijuana: Facultad de Economía y Relaciones Internacionales, Universidad Autónoma de Baja California. Tesis de doctorado.
- Asociación de Estados del Caribe (AEC), t.ly/Vg1E
- Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), <https://www.aladi.org/sitioaladi/>
- Balassa, Bela. (1964). *Teoría de la integración económica*. México: Uteha.
- Briceño Ruiz, J. (2013). "Ejes y modelos en la etapa actual de la integración económica regional en América Latina". *Estudios Internacionales*. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 9-39.

- Briceño Ruiz, J., Legler, T. & Prado, J. (2021). *La Alianza del Pacífico a 10 años: Integración profunda e institucionalización sui generis*. Grupo de Estudios sobre México y la Alianza del Pacífico (GEMAP) KAS. *Policy Briefs*. <https://t.ly/W7Uj>
- CEPAL (2008). *El Arco del Pacífico Latinoamericano y su proyección a Asia-Pacífico*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Chauffour, J. P.; Maur, J.-C. (Eds.). (2011). *Preferential Trade Agreement Policies for Development. A Handbook*. Washington: The World Bank.
- Comunidad Andina de Naciones (CAN), <https://www.comunidadandina.org/>
- Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), t.ly/KUQhb
- De Mateo, F. (2010). "El futuro del sistema multilateral de Comercio". *Revista de Derecho Económico Internacional*. Vol. 1, No. 1, noviembre, 4-15.
- Félix, K. V. (2021). *La adaptación del regionalismo latinoamericano en el marco de los procesos de integración: la Alianza del Pacífico y el Mercado Común del Sur*. Tijuana: Universidad Autónoma de Baja California. Repositorio Institucional, Tesis de doctorado.
- Foro para el Progreso e Integración de América del Sur, (ProSur), <https://foroprosur.org/>
- Fuentes Sosa, N. M. (2016). "La estructura de la integración comercial profunda en América Latina". Salinas Figueredo, Darío (Coord.), *América Latina: nuevas relaciones hemisféricas e integración*. México: Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Iberoamericana, 387-429.
- Gazol Sánchez, A. (2015). *Bloques Económicos*. México: Facultad de Economía, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gobierno de Colombia (2021, 12 de diciembre). Cancillería Colombia: Alianza del Pacífico. <https://t.ly/CT4x>
- Gobierno de México (2020). México firma la Declaración sobre Igualdad de Género de la Alianza del Pacífico. <https://t.ly/iOEP>
- Guajardo, I. (2016). "La dimensión económica de la AP: una perspectiva mexicana". *Revista Mexicana de Política Exterior*, (106), enero-abril, 23-34.
- Herrera, J.C. (2021). Las cláusulas durmientes de la integración latinoamericana: Orígenes, funciones y opciones para despertarlas. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Serie Doctrina Jurídica*, núm. 909.
- International Monetary Fund (IMF) (2015). *World Economic Outlook. Uneven Growth Short- and Long- Terms Factors*. Washington: International Monetary Fund, April.
- Leví Coral, M., Reggiardo, G. (2016). "La Alianza del Pacífico en el regionalismo sudamericano actual". *Revista Mexicana de Política Exterior*, (106), enero-abril, 189-204.
- López, S. y Félix, K. (2021). El camino hacia los Objetivos del Desarrollo Sostenible en tiempos de COVID-19: el caso de la Alianza del Pacífico. En R. Velázquez, D. Rocha & N. Ramírez (Coords.), *Políticas Públicas para el Desarrollo Global: implicaciones para México*. México: UABC: CESPEN, 145-156.
- Mateos, S. (2018). *Alianza del Pacífico. Seminario: Visión prospectiva de la Integración Latinoamericana y Caribeña*. México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 6 marzo.

- Mercado Común del Sur (MERCOSUR), <https://www.mercosur.int/>
- Morales Castillo, Rodrigo; Maldonado, Gerardo; Schiavon, Jorge A. (2016). "Las bases sociales de la Alianza del Pacífico". *Revista Mexicana de Política Exterior*, (106), enero-abril, 133-164.
- Mora Mora, J. (2016). "La Alianza del Pacífico y Mercosur: Evidencias de Convergencia económica". *Estudios Gerenciales*, 32 (141), 309-318.
- Organización Mundial de Comercio (2022a). *La OMC puede resolver diferencias y reducir las tensiones comerciales*. <https://t.ly/EeW9>
- Organización Mundial de Comercio (2022b). La Ronda de Doha. <https://t.ly/zTpL>
- Organización Mundial de Comercio (2022c). *Argentina-Medida de salvaguardia definitiva sobre las importaciones de duraznos en conserva*. <https://t.ly/W8ed>
- Organización Mundial de Comercio (2022d). *Chile - Medidas de salvaguardia aplicadas al azúcar*. <https://t.ly/bYV7>
- Organización Mundial de Comercio (2022e). *Argentina - Medidas que afectan a la importación de Mercancías*. <https://t.ly/qnli>
- Organización Mundial de Comercio (2022f). *Comunidades Europeas - Denominación Comercial de los Moluscos del género pectinidae*. <https://t.ly/uiwV>
- Organización Mundial de Comercio (2022g). *Diferencias por Miembro*. <https://t.ly/CoIr>
- Pacheco M., F. (2007). *Derecho de la integración económica: implicaciones jurídicas en México (comercio exterior)*. México: Porrúa.
- Palomares Lerma, G. (2015). "Concepto y Teorías de la Integración". Del Arenal, C.; Sanahuja, J. A. (Coords.). *Teorías de las Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.
- Rocha, A. (2014). Geopolítica de la Alianza del Pacífico en América Latina, el continente americano y Asia Pacífico. En I. Rodríguez, & E. Vieira, *Perspectivas y oportunidades de la Alianza del Pacífico*, 108-109. Bogotá, Colombia: CESA.
- Rojas, D. y Terán, J. M. (2017). "Inserción de los países de la Alianza del Pacífico en Asia-Pacífico: más allá de las relaciones comerciales". *Desafíos*. (29-2), semestre II, 237-275.
- Sabatini, C. y Albertoni, N. (2019, 29 de marzo). *Prosur y el mito de la integración latinoamericana*. New York Times. <http://t.ly/OyV8>
- SICE (2022). *Sistema de Información sobre Comercio Exterior*, Organización de los Estados Americanos. <https://t.ly/DjQg>
- Sistema de Integración Centroamericana (SICA), <https://www.sica.int/>
- Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), <https://www.sela.org/es/>
- Tussie, D. (2022). *Regionalismo Post-Hegemónico: turbulencias y legado*. <https://t.ly/rcLH>
- Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), t.ly/SNkrO

CAPITULO 8

Globalización y nuevo constitucionalismo en América Latina

Walid Tijerina*
Salvador Gerardo González Cruz**

Introducción

A finales del siglo XX, América Latina atravesó una etapa de democratización que buscaba superar las violaciones generalizadas de derechos humanos que habían sido características de los regímenes autoritarios en la región. Al mismo tiempo, surgieron modelos más abiertos y orientados al mercado en su economía, dejando atrás la industrialización por sustitución de importaciones (ISI) que Latinoamérica había perseguido durante gran parte del siglo XX. Académicos como Montero (2010) caracterizaron estas coyunturas críticas como la “transición dual” de la región donde la democratización iba de la mano con la liberalización económica.

Dentro de estas transiciones duales, sin embargo, América Latina adoptó dos modelos de constitucionalismo que en ocasiones no necesariamente iban de la mano: un “nuevo constitucionalismo” basado en la constitucionalización de los derechos humanos (Comanducci, 2002) y, en paralelo, un “nuevo constitucionalismo” cuyo principal objetivo era asegurar y allanar el camino para la expansión del capital internacional y el libre comercio a través de la constitucionalización de instituciones que favorecieran la apertura económica y comercial (ver Gill 1995; 1998).

Desde finales del siglo XX, América Latina se convirtió en el epicentro de procesos democratizadores al protagonizar, en variadas formas, la transición de gobiernos autoritarios a gobiernos democráticos. Dentro de esta dinámica, la participación ciudadana en los asuntos gubernamentales se ha idealizado como uno de los ejes centrales para migrar del gobierno tradicional a la gobernanza.

* Doctor en Ciencia Política por la Universidad de York, Inglaterra. Investigador visitante en el Centro de Estudios Latinoamericanos LLILAS Benson de la Universidad de Texas en Austin en 2016. Es profesor-investigador en la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL).

** Profesor-Investigador de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Líder del Cuerpo Académico Mercados y Estudios Regionales Internacionales y miembro de la mesa directiva de la Asociación Mexicana de Relaciones Internacionales (AMEI).

Esta transición hacia la gobernanza, donde la participación ciudadana se convierte en un elemento esencial, ha sido apoyada a su vez por esfuerzos normativos de organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo. A través de estos marcos multilaterales se ha conformado una gobernanza global del desarrollo que ha enfatizado la búsqueda de respuestas para problemáticas históricas como la desigualdad y los impactos negativos en el medio ambiente.

Estos esfuerzos a nivel internacional se han difundido gradualmente en las distintas plataformas nacionales y locales, donde el compromiso de los Estados-nación de cumplir con compromisos internacionales determina el nivel de avance, estancamiento o retroceso que una medida puede tener a nivel nacional. En el presente capítulo, se abordan marcos multilaterales para evaluar la conciliación que se ha dado de intereses tan galvanizados dentro del desarrollo latinoamericano y, en particular, del desarrollo mexicano. Ahora bien, el concepto de “gobernanza global” surgió a inicios de la década 1990 con base en la obra colaborativa de James Rosenau y Ernst-Otto Czempiel “Gobernanza sin Gobierno: Orden y cambio en la política mundial” (Weiss y Wilkinson, 2014). Desde sus nichos académicos, los autores Rosenau y Czempiel buscaron mecanismos explicativos en torno a los fenómenos globalizadores y económicos que parecían estar redibujando por completo el panorama mundial.

De acuerdo con Weiss y Wilkinson (2014: 9-10) pudiéramos tener dos definiciones, aunque evolutivas, de lo que representa actualmente la gobernanza global. Primero, se define de manera breve como la totalidad de las modalidades, tanto formales como informales, en que el mundo es gobernado. Segundo, este mismo concepto de gobernanza global pudiera conceptualizarse como el acaecimiento y reconocimiento simultáneo de problemáticas que traspasan fronteras e involucran tanto a actores estatales como no estatales en un intento por complementar las deficiencias o limitaciones de los gobiernos nacionales (9-10).

En las conformaciones del sistema internacional, los procesos de integración regional y de cooperación han tomado particular protagonismo en definir la agenda del desarrollo. Así, la implementación que Estados soberanos hacen eventualmente de estos temas está influida en gran manera por ejercicios de prospectiva política por parte de organismos como la ONU o la OIT, a nivel global, o como la Unión Europea, a nivel regional. A final de cuentas, entre estos dos mecanismos (de cooperación y de integración, respectivamente) existe una retroalimentación constante en la que objetivos de un desarrollo democrático cada vez se arraigan más en los objetivos y directivas de esas agendas.

En particular, la gobernanza global de los derechos humanos ha sido uno de los esfuerzos normativos multilaterales más sólidos de nuestras sociedades modernas para optimizar las posibilidades a una vida digna. Como lo ha resaltado David Forsythe (2014), la resaca dejada por la Segunda Guerra Mundial motivó a que los derechos humanos se convirtieran en un elemento esencial de las relaciones internacionales, el desarrollo y la gobernanza global. Sin embargo,

tomó casi tres décadas para que dos de los tratados rectores de los derechos humanos (el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) entraran en vigor debido a la tardanza de ratificaciones estatales.

A partir de entonces, dichos Pactos internacionales se convirtieron en uno de los principales ejes normativos rectores de países desarrollados y en desarrollo por igual. A pesar de las variadas dificultades con las que se han enfrentado Estados al momento de implementar dichos tratados, los Pactos y el respaldo institucional que las Naciones Unidas les otorga han sido identificados con valores progresivos que legitiman las actividades estatales de los gobiernos (Barnett y Duvall, 2014).

A la par de este fenómeno, en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, algunos países europeos lideraron las transiciones sistémicas hacia regímenes en los cuales la protección de los derechos humanos se convertía en uno de los principales pilares de sus constituciones. Dicho fenómeno, como se explorará en la siguiente sección, terminaría migrando de los países europeos a los países latinoamericanos, cuyo legado de regímenes autoritarios y nacionalistas exigiría, a su vez, una reconfiguración de su sistema constitucional.

América Latina y los nuevos constitucionalismos

Desde la década de 1970, el rol paradigmático que el Estado latinoamericano desempeñó respecto a la economía comenzó a redibujarse. Esto fue consecuencia tanto de factores exógenos como endógenos a América Latina. En el aspecto exógeno, el duelo exhaustivo que representó la Guerra Fría entre dos regímenes contrastantes de política económica, uno con primacía del Estado y otro con la primacía del mercado tuvo consecuencias duraderas en la región.

Los esfuerzos de estos dos bloques por influir en el entonces llamado Tercer Mundo puso por décadas a América Latina como una de las regiones geopolíticas de mayor relevancia. La región latinoamericana no sólo representaba una mayor proximidad con respecto al líder del bloque del libre comercio (Estados Unidos), sino que también representaba una fuente importante de recursos naturales y energéticos que habían apoyado a países occidentales a cubrir sus necesidades alimentarias y energéticas.

En consecuencia, tanto los aspectos de geopolítica como los relacionados al comercio internacional de materias primas motivaron a Estados Unidos, el Reino Unido y a las principales instituciones financieras internacionales (el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional) a formular un “consenso” sobre la vía idónea para que los estados de la región latinoamericana lograran mayores índices de desarrollo. Dicho consenso, caracterizado eventualmente como el “Consenso de Washington”, consistía en una serie de medidas de política económica que perseguían el saneamiento de las economías endeudadas de América Latina. El decálogo de medidas contemplaba lo siguiente: disciplina fiscal, reordenamiento del gasto público, reforma fiscal, liberalización de tasas de interés, tasa de cambio competitiva, liberalización del comercio, liberalización de la

inversión extranjera, privatizaciones de empresas paraestatales ineficientes, desregulación, y el fortalecimiento de la propiedad privada (Williamson, 2008).

En América Latina, las deficiencias estaduales de cada transición democrática han variado, pero, en su mayoría no han podido sobrepasar el mero carácter de democracia electoral. Considerando entonces la vastedad de Estados latinoamericanos, el presente capítulo toma ahora el caso de México como una muestra representativa de América Latina. En el caso del Estado mexicano se han replicado las mismas deficiencias de la región durante la transición democrática: la prevalencia de la pobreza y la desigualdad, la baja intensidad de sus ciudadanías, el bajo “poder infraestructural” (Mann, 2012) del Estado y el incumplimiento generalizado de las prerrogativas constitucionales en el apartado socioeconómico. Ahora bien, gran parte de la reconfiguración constitucional que ha tenido la región ha estado influenciada, a su vez, por las lecciones constitucionales vividas en los países europeos. Poco después de que terminara la Segunda Guerra Mundial entonces comenzó a tomar forma un “nuevo constitucionalismo” o “neoconstitucionalismo” europeo (véanse Comanducci 2002; Barberis 2006).

La reconstrucción política, económica y social de la Europa de la posguerra también condujo a una reconfiguración legal, resultado en parte del reconocimiento generalizado de las violaciones de derechos humanos y las atrocidades relacionadas que tuvieron lugar dentro de los regímenes legales de Europa en ese momento. Como resultado, varios países de la región europea decidieron que también era necesaria una reconfiguración de sus regímenes legales con especial énfasis en el papel que debía tener la constitución como documento garante de los derechos de los ciudadanos y como control institucional de la autoridad de los gobiernos de Europa.

En consecuencia, un enfoque revigorado del derecho constitucional comenzó a tomar forma dentro de los países europeos, mediante el cual se confiaba una vez más en los ideales normativos y morales para reconfigurar las atribuciones del Estado. El primer precedente de este nuevo constitucionalismo emergente surgió en la Constitución de Italia de 1947, seguida por la Ley Fundamental de Bonn de Alemania de 1949. Paralelamente, para fortalecer el papel de la nueva Constitución de Alemania, también se estableció un Tribunal Constitucional en 1951 que, en general, se convirtió en el molde pionero del nuevo constitucionalismo de la región. Finalmente, la influencia regional de este nuevo constitucionalismo llevó a una remodelación del panorama legal y constitucional de la Europa de la posguerra, donde los tribunales constitucionales se institucionalizaron como garantes de un estado constitucional de derecho.

A finales del siglo XX, un fenómeno similar comenzó a tomar forma en América Latina. Los esfuerzos para reconstruir el marco constitucional de los países latinoamericanos surgieron poco después de la transición democrática de la región o la 'tercera ola democrática', que pretendían trascender y, al mismo tiempo, prevenir las prácticas de gobiernos autoritarios que habían propugnado violaciones generalizadas de los derechos humanos. Después de la década de

1980, la región fue testigo de lo que Gargarella (2014) caracteriza como el “segundo período de cambio constitucional” de América Latina, luego del resurgimiento de dictaduras a lo largo de las décadas de 1960 y 1970, y la adopción de programas de choque neoliberal que dieron paso a una crisis social aguda en la región a finales de siglo.

Como resultado de estos eventos, los países latinoamericanos implementaron enmiendas sustanciales a sus constituciones. Basándose en la reconfiguración de Europa de su constitucionalismo después de la Segunda Guerra Mundial, Brasil y Colombia enmendaron sus constituciones para expandir el catálogo de derechos humanos de su país a niveles sin precedentes (Carbonell, 2011: 60). Poco después, otros países latinoamericanos siguieron su ejemplo: Argentina en 1994, Venezuela en 1994, Ecuador en 2008, Bolivia en 2009 y, por último, México en 2011 (Gargarella, 2014). Van Cott (2000) a su vez, destacó los esfuerzos realizados por siete estados latinoamericanos en el cambio de siglo –Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay y Perú– que adoptaron o modificaron constituciones para reconocer la naturaleza multicultural y multiétnica de sus sociedades (207).

Justo cuando dicho neo-constitucionalismo aterrizaba en suelo latinoamericano a fines del siglo XX, otro nuevo constitucionalismo también se estaba gestando en la región. La creciente globalización de la economía comenzó a asociarse con una red cada vez más sofisticada de gobernanza global. Dentro de esta red, las organizaciones intergubernamentales y los tratados de libre comercio tejieron un régimen legal internacional para asegurar instituciones orientadas al mercado (Gill 1995, 1998). Esta red comenzó a tomar su forma actual durante la década de 1980, cuando el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) encabezaron reformas orientadas al mercado que buscaban institucionalizar lo que consideraban el próximo paradigma de la economía a escala global. Paralelamente, el creciente número de miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) amplió el papel de esta organización en la promoción del libre comercio mediante la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias.

Como resultado, el fin de la Guerra Fría y la creciente hegemonía del neoliberalismo como paradigma económico global dieron paso a un “Consenso de Washington” que finalmente reformó la arquitectura político-constitucional de los países latinoamericanos. La “transición dual” de democratización y liberalización económica de América Latina fue entonces influenciada por las reformas estructurales del Consenso de Washington, que consistieron principalmente en privatizaciones generalizadas, disciplina fiscal, desregulación y, en general, una reducción de la intervención estatal en las economías de la región. Este último se implementó principalmente a través de las estrategias disciplinarias formuladas bajo la tutela de los Estados Unidos, el BM y el FMI, mediante las cuales los préstamos financieros a los países de la región cargados de crisis estuvieron condicionados a las reformas estructurales antes mencionadas (Paniizza, 2009).

Asociado a este dinámica internacional es que surge entonces lo que Stephen Gill (1995) clasificó asimismo como “nuevo constitucionalismo”, cuyo principal objetivo es dar paso a la implementación de medidas legales que promuevan (y aseguren) estrategias orientadas al mercado en todo el mundo. En palabras de Schneiderman (2000), este nuevo constitucionalismo se refiere a la reestructuración cuasi legal del estado y la institucionalización de formas políticas internacionales que enfatizan la credibilidad y eficiencia del mercado mientras que limitan el proceso de toma de decisiones democráticas dentro de los estados (758). En la conceptualización innovadora de Gill (2002), este “nuevo constitucionalismo” es a su vez el complemento legal del ‘neoliberalismo disciplinario’, el discurso económico-político que promueve la expansión del capital y el libre mercado a través de regulaciones, políticas públicas y otras medidas relacionadas. (47)

Otros investigadores han analizado esta dinámica como una característica esencial de un constitucionalismo transnacional en curso, cuyo papel principal es administrar un mercado global al tiempo que exige que las naciones que participan en el mercado proporcionen reglas y derechos similares, si no es que los mismos, orientados a la consolidación de instituciones inherentes al libre mercado (Chang y Jiunn-Rong, 2008: 100). En este sentido, las reformas estructurales del Consenso de Washington tomaron forma en América Latina como una variante de este nuevo constitucionalismo –consistente en reformas y políticas cuyos principales objetivos eran asegurar la llegada y expansión del capital internacional. Las economías más grandes de la región implementaron importantes enmiendas constitucionales a raíz de las reformas estructurales promovidas por el Consenso de Washington.

El presidente Fernando Henrique Cardoso decretó un total de treinta y cinco enmiendas a la Constitución brasileña de 1988 para legalizar la privatización de grandes sectores de la economía. El presidente Carlos Salinas enmendó el artículo 27 de la Constitución mexicana, eliminando en el proceso muchos de los límites a la distribución de la tierra. El presidente Andrés Pastrana reformó el artículo 58 de la Constitución colombiana en 1991 para promover las inversiones extranjeras. El presidente Carlos Menem de Argentina decretó varias reformas económicas en 1991 que llevaron a la privatización de muchas empresas estatales y la introducción del peso argentino que estaba vinculado al dólar estadounidense (ver Gargarella, 2013).

Al mismo tiempo, los países latinoamericanos comenzaron a signar tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio a un ritmo acelerado. En palabras de Luciana Ghiotto (2016), el incremento de tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión durante la década de 1990 se dio por dos “promesas”: primero, “que los tratados generarían desarrollo, ya que se basan sobre la premisa de que el aumento del comercio provoca el crecimiento económico” y segundo, “que la ‘seguridad jurídica’ otorgada traería un aumento de las inversiones extranjeras” (2). Sin embargo, de acuerdo con Ghiotto (2016), dichos tratados no han representado un aumento en la llegada de inversiones a países

en desarrollo, “pero sí tejieron una red de protección legal para los capitales extranjeros” (2) mediante el consentimiento de dichos Estados de someterse al régimen arbitral del CIADI.

A pesar de ello, los países latinoamericanos no han estado exentos de conflictos con inversionistas extranjeros y empresas multinacionales. Dichos conflictos se han originado en gran parte debido a lo que el economista Dani Rodrik (2011) caracterizó como “trilema de la economía global”: la relación conflictual entre la globalización, la democracia y la soberanía al perseguir objetivos que, en ocasiones, pueden contraponerse. Estos conflictos pueden evidenciarse día a día en América Latina.

Los nuevos constitucionalismos y el “trilema de la económica global” en el contexto latinoamericano

No obstante las reformas estructurales propuestas por organismos como el BM y el FMI, los países de la región se encontrarían con dificultades al momento de “trasplantar” o adaptar regulaciones e instituciones de países más desarrollados a sus propios sistemas jurídicos. No pasaría entonces mucho tiempo antes de que algunos países de la región contemplaran volver a la doctrina Calvo –doctrina que, desde el siglo XIX, buscó promover la soberanía e igualdad de naciones en materia de indemnizaciones y capital extranjero, al postular que las reglas respecto a la jurisdicción que tiene un país sobre los extranjeros deben aplicarse por igual a todas las naciones.

De acuerdo con Zabalo (2012) los países latinoamericanos comenzaron el siglo 21 “haciendo frente a una avalancha de demandas inversor-estado” (...) motivadas por “reclamaciones de indemnización interpuestas por empresas multinacionales contra estados soberanos ante instancias de arbitraje internacional que sitúan a ambas partes en pie de igualdad” (263). Ello dio pie finalmente a que algunos países de la región comenzaran a retirarse del sistema de arbitraje del CIADI –como es el caso de Bolivia– y que otros países hayan ya anunciado acciones en el mismo sentido, como es el caso de Nicaragua, Ecuador y Venezuela, al mismo tiempo que invocan la importancia de retomar la doctrina Calvo en la materia (Yumbi, 2019: 198). En paralelo, la dependencia de actividades extractivas de los países de la región también ha agudizado conflictos socioeconómicos que, en ocasiones, amenazan con incumplir con los compromisos internacionales de los estados latinoamericanos. Para finales del siglo pasado, la mayor parte de las economías latinoamericanas seguían dependiendo de sus recursos naturales, extendiendo así esa “paradoja de la abundancia” o “maldición de los recursos naturales” en la región.

De acuerdo al *Natural Resource Governance Institute* (NRGI, por sus siglas en inglés) (2014), la maldición de los recursos naturales o la paradoja de la abundancia contempla el fracaso de países ricos en recursos naturales de beneficiarse de dichos recursos y, al mismo tiempo, responder de manera efectiva mediante mecanismos gubernamentales a las necesidades del bienestar social. Estudios en la materia han postulado las principales causas para esta correlación negativa

entre el desarrollo de dichos países y la existencia de abundantes recursos naturales: deficiencias democráticas, capturas estatales, instituciones débiles, problemas socio-ambientales y la llamada “enfermedad holandesa”. Estas causas han representado retos históricos y duraderos para el desarrollo latinoamericano, por lo cual se analizarán en los párrafos siguientes haciendo referencia al particular impacto que han tenido en los distintos países de la región (ver NRGI, 2014).

A excepción de algunos casos de éxito en que la abundancia de recursos naturales ha incidido positivamente en el desarrollo democrático de países, como los ejemplos de Noruega y más recientemente de Botsuana, la relación entre estos dos factores ha sido históricamente conflictiva para países en desarrollo. Una causa de este impacto negativo que las industrias extractivas tienen en la democracia del país es la producción de cuantiosas “rentas” para el Estado: utilidades extraordinarias (monopólicas u oligopólicas) que tienden a favorecer a élites políticas o empresariales por las características técnicas del sector (Dunning, 2008: 6). A nivel institucional, la facilidad que Estados latinoamericanos han tenido de generar “rentas” de industrias extractivas (principalmente la industria petrolera y minera) ha ocasionado que éstas mismas se ejerciten de manera ineficiente en el presupuesto público y que terminen reemplazando las obligaciones recaudatorias del gobierno. Aquí entonces el elemento clave, dentro de un contexto democrático es el de rendición de cuentas.

De acuerdo con la obra de Fukuyama (2017) sobre las capacidades gubernamentales de Estados con transiciones recientes a la democracia (principalmente de la región de Europa del Este y América Latina), dichos Estados han transitado a gobiernos democráticos en lo que respecta mayoritariamente a los elementos procedimentales de elección de los gobernantes (democracia electoral); sin embargo, estos mismos Estados siguen caracterizados por serias deficiencias en cuanto a los índices democráticos de la actividad gubernamental –lo cual incluye mecanismos de rendición de cuentas, eficiencia presupuestal, ausencia de prácticas corruptas e inclusión de todos los estratos sociales en los proyectos de nación. En consecuencia, el reto histórico de estos Estados sigue siendo la de construir instituciones gubernamentales con mayor capacidad y eficiencia para poder hacer frente a los retos globales y locales del nuevo siglo.

De igual forma, las actividades extractivas tienden a generar problemáticas sociales y ambientales al representar un impacto al medioambiente que rodea a comunidades cercanas. Estas problemáticas se generan tanto en actividades extractivas tradicionales como la minería y el petróleo, como en actividades de última generación (por ejemplo, fracturación hidráulica o “*fracking*”). Aunado a estas actividades, el establecimiento de proyectos energéticos limpios o alternativos, como lo son parques eólicos y solares, también ha representado un reto considerable para gobiernos que están tratando de conciliar intereses económicos, ya sean privados o públicos, con los intereses sociales de las comunidades involucradas.

Esta conciliación de intereses se convierte a su vez en una labor de dificultad agregada al tomar en cuenta el desequilibrio de capacidades que existe

entre, por ejemplo, una empresa multinacional y una comunidad local. Este desequilibrio de capacidades ha llevado a comunidades locales a buscar mecanismos más elaborados para la defensa de sus intereses socio-ambientales, pasando de protestas o movilizaciones a estrategias legales de mayor complejidad (McNeish, 2018). Como ejemplo de ello en el sector minero, se tienen las “licencias exprés” contempladas en el Decreto 2014 de Colombia o la implementación de “concesiones plenas” en Chile a fines del siglo pasado (ver Sánchez, 2017). La flexibilización de las regulaciones y medidas en torno a actividades extractivas en el sector minero de América Latina ocasionó, a su vez, un ascenso en los conflictos socio-ambientales. De acuerdo con el Observatorio de Conflictos Mineros en América Latina, a mediados de 2021 se contabilizaron 284 conflictos socio-ambientales en la región debido a actividades mineras (Parrilla, 2021).

El ascenso de conflictos en la materia enfatiza la pertinencia que mecanismos de consulta previa debieran tener en la región, a través de los cuales se pueda buscar un desarrollo más incluyente de las comunidades potencialmente afectadas. De igual forma, la prevalencia de dicha problemática socio-ambiental pone de nueva cuenta en la mesa la discusión por sendas alternativas al desarrollo latinoamericano. El principal dilema de los modelos de desarrollo en América Latina es, por un lado, impulsar el desarrollo económico con actividades industriales y extractivas con impacto ambiental o, por otro lado, impulsar un modelo que le otorgue prioridad a los ecosistemas de la región.

A raíz de esta dependencia tanto en actividades extractivas como en la inversión de empresas multinacionales, surgen testimonios de conflictos socio-económicos a lo largo de la región donde compromisos internacionales en materia de derechos humanos, que ya se han constitucionalizado se ven amenazados. Éste es precisamente el caso del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas dentro de las actividades extractivas en la región, ya que la creciente apuesta por inversiones extranjeras y lo que Svampa (2015) llamó “re-primarización” de la economía latinoamericana terminó por poner en riesgo los derechos de comunidades indígenas de la región –personificando así el “trilema de la economía global” aludido por Rodrik.

En México, integrantes de la comunidad indígena de Juchitán en Oaxaca interpusieron una demanda de medidas cautelares alegando violaciones al proceso de consulta durante la primera etapa informativa y la posterior consultiva de la construcción de una planta hidroeléctrica a cargo de una empresa multinacional (Alfonso y Peláez Padilla, 2018). En Colombia, cerca del Parque Cordillera de Los Picachos que se encuentra en la región andina natural de ese país, se ha planificado la construcción de un gasoducto sin consulta previa, junto con la perspectiva de desarrollar 44 bloques petroleros, algunos de los que se encuentran en territorios de reserva indígena. Además, la comunidad indígena Nasa afirmó que el gobierno colombiano había otorgado recientemente más de 50 títulos mineros y permisos reglamentarios necesarios para comenzar la construcción de 14 plantas hidroeléctricas en los principales ríos que rodean su comunidad sin ninguna consulta previa (Forero Rueda, 2021).

En Perú, a su vez, la comunidad indígena Wampi denunció que no existe consulta previa ni consentimiento de las partes para la actividad petrolera en sus territorios, que consideran una "amenaza territorial recurrente". Asimismo, los principales dirigentes wampí manifestaron su "total descontento y desconfianza" del gobierno del presidente Pedro Castillo, alegando que "el gobierno siempre ha olvidado y violado los intereses de las naciones originarias" (Swiss Info, 2021).

Reflexiones finales

A finales del siglo pasado, los tratados bilaterales de inversión y los de libre comercio se posicionaron como un mecanismo jurídico del sistema internacional para garantizar el creciente interés que tenían las multinacionales para invertir en América Latina. Pocos años después, no obstante, el considerable aumento de reclamaciones arbitrales inversionista-Estado en contra de países en desarrollo evidenció que existía aún una ruptura entre el ímpetu globalizador de empresas multinacionales y las distintas políticas de desarrollo nacional de países receptores. Asimismo, estos conflictos hacen eco con lo que el economista Dani Rodrik (2011) ha caracterizado como "el trilema de la economía global", en el cual la globalización, la democracia y la soberanía se han visto envueltas cada vez más en una relación conflictiva.

En América Latina en particular, tanto las élites políticas como los grupos de interés detrás de la creciente ola de movimientos sociales han cuestionado recientemente el paradigma de la economía global. Dos décadas después del cambio de siglo, estos movimientos han aparecido en la región latinoamericana para desafiar las crecientes tasas de desigualdad social y económica, con protestas que se extendieron por países como Chile, Ecuador, Colombia y Brasil. En general, estas protestas mostraron el descontento creciente que los ciudadanos estaban sintiendo hacia sus gobiernos y hacia la continua dependencia de las políticas económicas que seguían agravando las desigualdades de la región.

En el presente capítulo se ha explorado cómo la constitucionalización de paradigmas contradictorios y las condiciones estructurales de los países latinoamericanos han obstaculizado la formulación de proyectos de desarrollo que contemplen una mayor democratización. En particular, la continua dependencia en los sectores extractivos o la llamada "reprimarización" de las economías de la región (CEPAL, 2014) sigue poniendo en riesgo numerosos derechos de los pueblos indígenas, como pudieran ser, entre otros, la libre determinación, derecho al medio ambiente y el propio derecho al desarrollo contemplado desde mediados del siglo pasado por las Naciones Unidas. Asimismo, las deficiencias en las instituciones jurídicas trasplantadas de otros sistemas mediante ese nuevo constitucionalismo caracterizado por Gill (1988) han llevado al aumento de conflictos de estados latinoamericanos con empresas multinacionales, donde la soberanía se ha puesto frecuentemente en entredicho.

En el futuro próximo, todo apunta a que el "trilema de la economía global" seguirá generando conflictos entre dinámicas internacionales y la

soberanía de los países, además de un creciente descontento social si los andamiajes constitucionales de los estados no implementan las medidas necesarias para reducir las crecientes desigualdades sociales y económicas. Lo anterior señala, entre otras cosas, que la transición dual de América Latina en materia de democratización y apertura económica aún presenta problemas y retos que las nuevas vertientes del constitucionalismo han sido incapaces de resolver –vertientes que, aunque homónimas, parecen perseguir en ocasiones objetivos distintos y hasta contradictorios.

Fuentes consultadas

- Alfonso, T. y Peláez Padilla, J. (2018), Caso Eólicas del Sur en Juchitán: la errónea lectura de la Suprema Corte del derecho a la consulta previa. *Nexos*. t.ly/fuguM
- Ayers, Alison J., and Alfredo Saad-Filho. 2015. Democracy against neoliberalism: Paradoxes, limitations, transcendence. *Critical Sociology*, 41(4-5), 597-618.
- Barberis, Mauro. 2006. Neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. 7(1), 18-30.
- Barnett, M. y Duval, R. (2014). Organizations and the diffusion of power. En Weiss, T. G., & Wilkinson, R. (Eds.). (2013). *International organization and global governance*. Abingdon: Routledge.
- Carbonell, M. 2011. Los derechos fundamentales en América Latina: Una perspectiva neoconstitucionalista. *Derecho y humanidades*, (18).
- Carbonell, M. y L. G. Jaramillo. 2010. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2014). *Los pueblos indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Ginebra: CEPAL.
- Chang, W. y Jiunn-Rong Y. 2012. Internationalization of constitutional law. In *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Rosenfeld, Michel and András Sajó, 1165-1184. Oxford: Oxford University Press.
- Comanducci, P. (2002). *Forme di (neo) costituzionalismo: una ricognizione metateorica. Neocostituzionalismo e tutela: sovranazionale dei diritti fondamentali*. Giappichelli: Turín.
- Dunning, T. (2008). *Crude Democracy: Natural Resource Wealth and Political Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Forero Rueda, S. (2021). No hay un empresario, terrateniente o gran ganadero apresado por deforestación. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/colombia-20/conflicto/no-hay-un-empresario-terratieniente-o-gran-ganadero-apresado-por-deforestacion/>
- Forsythe, D. (2014). Human rights. En Weiss, T. G., & Wilkinson, R. (Eds.). (2013). *International organization and global governance*. Abingdon: Routledge.

- Fukuyama, F. (2017). *State building: Governance and world order in the 21st century*. Profile Books.
- Gargarella, R. (2014). Latin American Constitutionalism: Social Rights and the Engine Room of the Constitution. *Notre Dame J. Int'l & Comp. L.*, 4, 9.
- Ghiotto, L. (2016). América Latina y el poder corporativo. Una crítica a los compromisos asumidos en materia de inversiones extranjeras. *Nueva Sociedad*. <https://www.nuso.org/articulo/america-latina-y-el-poder-corporativo/>
- Gill, Stephen. (1995). Globalisation, Market Civilisation and Disciplinary Neoliberalism. *Millennium: Journal of International Studies*. 24(1), 399-423.
- Gill, Stephen. (1998). New constitutionalism, democratisation and global political economy. *Global change, peace & security*. 10(1), 23-38.
- Mann, M. (2012). *The sources of social power: Volume 1, A history of power from the beginning to AD 1760*. (1). Cambridge: Cambridge University Press.
- McNeish, J. A. (2018). Resource Extraction and Conflict in Latin America. *Colombia Internacional* (93). Pp. 3-16. <https://dx.doi.org/10.7440/colombiaint93.2018.01>
- Montero, A. P. (2010). *Shifting states in global markets: subnational industrial policy in Contemporary Brazil and Spain*. Penn State Press.
- Panizza, F. (2009). *Contemporary Latin America: Development and Democracy Beyond the Washington Consensus*. New York: Bloomsbury.
- Parrilla, J. (2021). Conflictos sociales atraviesan a la minería en América Latina. <https://dialogochino.net/es/actividades-extractivas-es/43744-conflictos-sociales-rodean-a-proyectos-mineros-en-america-latina/>
- Rodrik, D. (2011). *The globalization paradox: why global markets, states, and democracy can't coexist*. Oxford: Oxford University Press.
- Sánchez, A. (2017). Territorio, extractivismo y (des) ciudadanía en América Latina. *El Cotidiano*, (201).
- Schneiderman, D. (2000). Investment rules and the new constitutionalism. *Law & Social Inquiry*. 25(3). Pp. 757-787.
- Svampa, M. (2015). Commodities consensus: Neoextractivism and enclosure of the commons in Latin America. *South Atlantic Quarterly*. 114(1). pp. 65-82.
- Swiss Info. 2021. Los indígenas wampís reiteran su rechazo a sacar petróleo del Lote 64 de Perú. t.ly/hqij
- Youmbi, F. (2018). Current Debates on Investor-State Arbitration in Latin America. *TLA-Melaua: Revista de Ciencias Sociales*. 12(45). pp. 190-207.
- Weiss, T. G., & Wilkinson, R. (Eds.). (2013). *International organization and global governance*. Abingdon: Routledge.
- Williamson, J. (2008). A Short History of the Washington Consensus. En N. Serra y J. Stiglitz (Eds.), *The Washington Consensus Reconsidered. Towards a New Global Governance*. Oxford: Oxford University Press.
- Zabalo, P. (2012). América Latina ante las demandas inversor-Estado. *Revista de economía mundial*. (31). Pp. 261-296.

CUARTA PARTE

Derecho Internacional del Espacio y Armamentismo

Retos del Derecho del Espacio Ultraterrestre frente al surgimiento y consolidación de nuevas potencias espaciales en la posguerra fría

Juan Carlos Velázquez Elizarrarás*

Introducción

En los últimos lustros y más aún a partir del presente siglo, se ha dedicado copiosa literatura especializada y abierta al público sobre el derecho del espacio ultraterrestre, también denominado derecho espacial, sideral, cósmico, astronáutico, cosmonáutico, satelitario, interastral o incluso universal, términos que son usados indistintamente, pues se trata en realidad de expresiones sinónimas referidas al mismo objeto. Este impulso renovado obedece, entre otros factores, al desarrollo vertiginoso de la tecnología área y espacial que ha incitado que temas jurídicos internacionales, todavía considerados por algunos como de ciencia ficción o poco tangibles, sean asumidos por los juristas e internacionalistas del derecho con creciente seriedad y atingencia, al margen de que para el investigador sea un ámbito de estudio, descubrimiento, enseñanza y aprendizaje de suma importancia e interés por la gran cantidad de problemas, situaciones y retos que se le presentan en una época de grandes cambios.¹

El desarrollo científico y tecnológico que ha permitido a la sociedad moderna la capacidad de explorar y utilizar ese espacio ha provocado el interés económico, político y estratégico de los Estados y en consecuencia su creciente intervención y la necesidad de su regulación, no teniendo más límite que la consi-

Universidad Nacional Autónoma de México, México; ORCID ID: <https://orcid.org/000-002-8658-5884>, karlovel@prodigy.net.mx. Jurista, politólogo e internacionalista mexicano. Profesor de Carrera de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, y de la Facultad y el Posgrado de Derecho de la UNAM. Doctor en Relaciones Internacionales, y Doctor en Ciencias Políticas y Sociales por la UNAM. Investigador Nacional Nivel III. Presidente de la Comisión Dictaminadora en Ciencias Sociales del SNI-CONACYT (2019-2021). Investigador Posdoctoral del Instituto de Investigaciones Jurídicas IIJ-UNAM e Investigador Invitado del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). Miembro de Número de la International Studies Association (ISA), de la Academia de Ciencia Política de los Estados Unidos de América, y de la Academia Mexicana de Ciencias.

¹ La nomenclatura "derecho del espacio ultraterrestre", es quizá la más comúnmente aceptada; aunque en trabajos anteriores se ha utilizado el término "derecho cósmico", se considera sinónimos a ambos y así se hará en la presente entrega. Para mayor explicación sobre las diferentes acepciones de la disciplina consultar a: (Álvarez, 1997).

deración de su naturaleza universal. El derecho cósmico representa uno de los campos de estudio más apasionante y mayormente descrito en su contenido convencional, pero de los menos analizados y problematizados en su fondo por las relaciones internacionales y la doctrina del derecho internacional público de las últimas décadas.² Se le puede definir como *un conjunto de principios, reglas y normas que ordenan las condiciones bajo las cuales debe desarrollarse la exploración, uso y explotación del espacio ultraterrestre y de los cuerpos celestes, los vehículos que por ellos circulan, el personal responsable de su tripulación y las relaciones jurídicas que surjan como consecuencia de tales actividades*. Es una rama del derecho internacional que surge de la necesidad de regular las condiciones y relaciones que se hicieron manifiestas con la evolución del hombre, derivando en la carrera espacial de los Estados y las grandes potencias de antes y después de la guerra fría, y en un gran desarrollo de las telecomunicaciones vía satélite. Por su reciente creación su campo de estudio aún no se encuentra perfectamente determinado y se basa en buena medida en el derecho aeronáutico –de contenido muy dinámico– por lo que siguen surgiendo dudas en cuanto a su objeto, sus sujetos, sus métodos y el tipo de situaciones que debe regular y la manera en la que se deben de solucionar los conflictos.

Esta rama jurídica tiene sus orígenes en 1957, año en que la Unión Soviética puso en órbita el primer satélite artificial de la Tierra, el Sputnik (lo que dio inicio formal a la era espacial y a la necesidad de la comunidad internacional por regular la exploración, uso y explotación de este ámbito). Sus fuentes principales son las convenciones internacionales y la costumbre, amén de que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha dictado resoluciones históricas sobre el tema, como la de 1958. A través de esta Resolución se creó una primera Comisión especial sobre utilizaciones pacíficas del espacio ultraterrestre, substituida un año más tarde por la Comisión sobre la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos. En 1961, la Asamblea General afirmó que el derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas en particular eran aplicables a las actividades de los Estados en el espacio exterior, concretando esa información general en la denominada Declaración de 1961 acerca de los principios jurídicos que debe regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre. Prosiguieron los trabajos orientados a crear un cuerpo normativo, derivado del derecho internacional, que sirviera para reglamentar las actividades de su exploración, uso y explotación, y se celebraron dos grandes Conferencias sobre el espacio exterior: la primera, del 14 al 27 de agosto de 1967, y la segunda, del 9 al 21 de agosto de 1982, ambas en Viena. Asimismo, se concluyeron varios tratados que resultaron de los trabajos realizados en el seno de las Naciones Unidas, y que constituyen el núcleo duro del derecho del espacio

² El Derecho Internacional Público ha tenido transformaciones inéditas en sus categorías esenciales por el impacto de la revolución científica y tecnológica que hoy tiene alcances verdaderamente globales. Esta irrupción de la ciencia y la tecnología expansivas está produciendo también una extensión amplia de sus ramas referidas al espacio: marítimo, aéreo, ultraterrestre y ciberespacial, y en algunos casos su intensidad ha rebasado ostensiblemente la normativa jurídica internacional que se enfrenta a diario con problemas y situaciones ante las cuales no suele ofrecer la respuesta requerida por una sociedad internacional también sujeta a constantes cambios de forma y fondo.

ultraterrestre, continuándose los esfuerzos para elaborar otros acuerdos en áreas en donde todavía no ha sido posible adoptar un documento definitivo, comprensivo y jurídicamente vinculante.

En la década de los años ochenta, ya no se precisa que los juristas internacionales se muevan esencialmente en el campo de la *lege ferenda*, sino que discurren en el de la *ex lege lata*, es decir, ya no se trata de elucubrar, sino de analizar normas vigentes, dejando aparte, entre otras cuestiones, varios acuerdos bilaterales y de alcance local, sobre aspectos muy limitados de las actividades espaciales y que afectan a un número restringido de países.³ Sin embargo, hay ciertos consensos. Por ejemplo, la opinión general de la comunidad internacional es que el espacio exterior debe considerarse como una zona desmilitarizada destinada a la exploración y explotación con fines pacíficos, y como parte integrante del Patrimonio Común de la Humanidad. Y con respecto al ejercicio de la soberanía estatal, aún no se cuenta con una delimitación precisa acerca de dónde termina el espacio aéreo estatal y comienza propiamente la frontera inferior del espacio exterior (Velázquez, Capítulo VIII. Nuevas doctrinas de determinación territorial: el "Patrimonio Común de la Humanidad", 2005). Los primeros intentos por asegurar la exploración y explotación pacífica del espacio exterior se concretaron en el Tratado de Limitación de Pruebas Nucleares en la Atmósfera, el Espacio Ultraterrestre y Debajo del Agua; empero, el denominado *corpus iuris spatialis* se encuentra concentrado en los siguientes instrumentos jurídicos internacionales:

1. *Tratado sobre los principios que han de regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes*, firmado en Londres, Moscú y Washington, el 27 de enero de 1967, y en vigor desde el 10 de octubre de 1968. Dicho tratado merece especial atención ya que representa el marco general en el cual se ha desarrollado el derecho cósmico y ha sido el punto de partida para la celebración de otros acuerdos internacionales en la materia.⁴

2. *Acuerdo sobre salvamento y devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre*, firmado el 22 de abril de 1968. El artículo 5 de este instrumento establece el compromiso de los Estados parte de garantizar la seguridad y asistencia a los astronautas en caso de accidentes, desastres,

³ El inicio de la era espacial representó nuevos retos para el derecho internacional en materia de regulación del uso del espacio exterior, el estatuto jurídico de dicho espacio, así como la determinación de las competencias de los Estados con respecto al mismo, o sea, definir y consensuar los límites de la soberanía y la jurisdicción del Estado sobre el espacio exterior ubicado por encima de su territorio.

⁴ En él se establece: a) el interés universal en la exploración del espacio cósmico; b) el rechazo general a que el espacio y los cuerpos celestes sean objeto de apropiación por los Estados, ni por grupos de Estados; c) la aplicabilidad del derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas a las actividades en el espacio; d) la desmilitarización del espacio exterior, incluyendo la prohibición de colocar en órbita armas de destrucción masiva, y de establecer bases militares en los cuerpos celestes; e) la obligación de todos los países a brindar asistencia a los astronautas, considerados estos últimos como enviados de la humanidad; f) la responsabilidad internacional del Estado o de los organismos internacionales, por las actividades realizadas por ellos en el espacio exterior; g) la conservación por el Estado, en cualquier circunstancia, de la propiedad de los objetos que lance al espacio exterior; h) la exploración del espacio en interés de la humanidad, y la prohibición de actos que signifiquen alterar el medio ambiente natural; i) el establecimiento de medidas para favorecer la cooperación internacional en la exploración del espacio; y, j) el derecho de visita por todos los Estados, de las instalaciones, equipo vehículos espaciales situados en los cuerpos celestes.

aterrizajes de emergencia, así como la obligación de restituirlos a su país de origen. Además, contempla la mutua asistencia entre astronautas de diferentes Estados en el espacio ultraterrestre y sobre los cuerpos celestes. Por último, contempla la obligación del Estado que ha realizado un lanzamiento de absorber los gastos derivados de la asistencia brindada a los astronautas así como los daños ocasionados por los objetos y vehículos espaciales que caigan sobre el territorio de cualquier otro Estado.

3. *Convención sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales*, firmado el 29 de marzo de 1972. El artículo 2 de dicho convenio establece que un Estado tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo; además de la responsabilidad internacional del Estado por actividades lícitas pero consideradas de carácter ultra riesgoso. Al respecto, algunos internacionalistas sostienen que dicho numeral imputa responsabilidad al Estado, incluso si la actividad en cuestión ha sido emprendida por una persona moral de derecho privado, sin requerir al demandante aportar prueba alguna de cualquier forma de posible negligencia.⁵

4. *Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre*, del 4 de enero de 1975. Mediante este instrumento internacional los Estados se comprometen a llevar un registro para inscribir los lanzamientos de objetos al espacio, así como comunicar tales lanzamientos al Secretario General de las Naciones Unidas, el cual llevará su propio registro. La Convención sobre Registro es de suma importancia para establecer el vínculo jurídico entre los objetos espaciales y el Estado titular o responsable de éstos. Sin un sistema adecuado de registro no sería posible identificar la procedencia de un objeto, el Estado al cual pertenece, concretar la devolución del mismo, así como establecer, en los casos que lo amerite, la responsabilidad internacional del Estado de lanzamiento.

5. *Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes*, del 18 de diciembre de 1979. En su artículo 2 se indica que todas las actividades que se desarrollen en la Luna, incluso su exploración y utilización, se realizarán de conformidad con el derecho internacional, en especial la Carta de las Naciones Unidas. Su artículo 3 estipula que todos los Estados Partes utilizarán la Luna exclusivamente con fines pacíficos; y prohíbe recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, así como a otros actos hostiles o a la amenaza de estos actos, así como establecer bases, instalaciones y fortificaciones militares, efectuar ensayos de cualquier tipo de armas y realizar maniobras militares en la Luna. Por su parte, el artículo 4 establece que la exploración y utilización de la Luna incumbirán a toda la humanidad y se efectuarán en provecho y en interés de todos los países, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico. Y el artículo 11 indica textual-

2

⁵ La preocupación esencial de la doctrina de la responsabilidad por actividades ultra riesgosas, es la de proteger, de la forma más eficiente, a todos aquellos sujetos que pudieren llegar a ser víctimas de los peligros inmanentes que conlleva la evolución de la tecnología. Para ello, lo que se requiere es apartarse de la consideración y evaluación del comportamiento del autor del daño, por la gran dificultad o incluso imposibilidad de demostración de algún tipo de conducta culposa, centrándose únicamente en la prueba del vínculo de causalidad entre la actividad desarrollada y el daño cometido, y, en todo caso, dándose por presunta la posible negligencia (Gómez-Robledo, 1992).

mente que la Luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la humanidad conforme a lo enunciado en las disposiciones del presente Acuerdo.

Adicionalmente, hay una generación de acuerdos de carácter limitado, es decir, varios tratados internacionales bilaterales que han sido concluidos entre Estados Unidos y la hoy Federación Rusa, en materia de exploración y explotación del espacio exterior. En Europa, también hay acuerdos entre los países de la región de los que merece especial mención el del 30 de mayo de 1975, que instaura la Agencia Espacial Europea (AEE), una organización internacional cuyo objetivo es el del “lanzamiento, colocación en órbita y control orbital de satélites o sistemas de transporte espacial y la provisión de asistencia técnica”. Junto con estas iniciativas existen otros principios que van más allá de meras recomendaciones y que desde hace medio siglo las Naciones Unidas han promovido para alimentar el *corpus iuris spatialis*. Destacan los siguientes: a) principios que han de regir la utilización por los Estados de satélites artificiales de la Tierra para las transmisiones internacionales directas por televisión (1982); b) principios relativos a la tele observación de la Tierra desde el espacio (1986); c) principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre (1992); y d) declaración sobre la cooperación internacional en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre en beneficio e interés de todos los Estados, teniendo especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo (1996).⁶

Todos estos instrumentos internacionales constituyen el marco general de principios jurídicos sobre los que se ha venido desarrollando el derecho cósmico; no obstante, es evidente que aún existen numerosos vacíos jurídicos, puesto que mientras la tecnología, la ciencia y las actividades humanas en el espacio avanzan de manera asombrosa, el derecho aplicable a dichas actividades se crea y consolida a través un proceso más lento.⁷ En efecto, se debe reconocer que en muchos aspectos de la materia el derecho ha quedado relegado, situaciones provocadas por el desarrollo tecnológico que el derecho de gentes aún no contempla o bien no ha logrado definir hasta el momento. Es el caso de los

⁶ Recordemos cómo a fines de los cincuentas se inició la exploración del espacio ultraterrestre y con ello se dio contenido al derecho espacial, y ahora se ha nutrido de normas amplias y novedosas que, como lo veremos en el presente artículo, han extendido notoriamente el escenario de diseño y aplicación de la normatividad internacional.

⁷ El derecho internacional público es un derecho desconcentrado que funciona en el marco de las relaciones internacionales, como un sistema con un componente múltiple, parte del cual lo constituyen las relaciones científicas y tecnológicas, desde sus diferentes niveles de creación, comercialización e intercambio, cooperación y monopolización. El desarrollo científico y tecnológico, como componente dinámico de las relaciones internacionales, ejerce sobre el derecho una relación de influencia recíproca: por una parte, va enlazado a la evolución del derecho internacional, lo cual es evidente en el campo de la tecnología en comunicaciones y transportes que ha traído aparejado un ensanchamiento del espacio de la aplicación de la legislación internacional. Por otra parte, el derecho influye directamente en las relaciones científicas y tecnológicas al regularlas y enlazarlas, siendo de nueva cuenta el ejemplo más palpable de esta situación el derecho del espacio ultraterrestre, donde los juristas y los internacionalistas se anticiparon en buena medida al promover la elaboración y aplicación de normas al ámbito cósmico.

límites de los espacios aéreo y sideral, los cuales físicamente son lo mismo, pero desde la perspectiva de su regulación están sometidos a distintas normas jurídicas, esto es, el primero está dominado por la soberanía estatal y el segundo por figuras diferentes como el *res communis omnium*, donde no impera el ejercicio soberano del estado. Pasa lo mismo para otras figuras de nueva generación para las que aún no existe una respuesta jurídica clara.

El derecho espacial no escapa a ese sino, amén que surgió a contracorriente, es decir, si el proceso normativo habitual es que cada Estado legisle sobre una determinada materia y que, posteriormente, se reúna con otras entidades soberanas para tratar de acercar sus regulaciones y suscribir un acuerdo internacional, con el espacio ocurrió justo lo contrario: primero surgió el derecho internacional –con meras recomendaciones (lo que se conoce con el término anglosajón de *soft law* o derecho suave o blando) y tratados internacionales al amparo de la ONU– y, en un segundo momento, posterior, fue cuando los propios Estados consideraron ese conjunto de normas internacionales a la hora de implementar y regular este ámbito en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. Como ha sido señalado enfáticamente a diferentes colegas profesores, investigadores y alumnos, hasta ahora sólo se conocen otras dos materias en las que haya ocurrido un proceso similar: los derechos humanos y el derecho internacional del medio ambiente (Guerrero, 2004).

Con justa razón se ha investigado mucho sobre la evolución del derecho internacional que regula el espacio ultraterrestre, pues es una disciplina científica a todas luces paradigmática. Por principio, rompe con la tendencia de destinar al dominio soberano los nuevos espacios abiertos por el desarrollo tecnológico. Hasta finales de la década de 1950 todavía se reflejaba una actitud colonizadora en el derecho internacional existente, pero con el surgimiento del también llamado *metaderecho* se rechaza la apropiación del nuevo espacio y se crea un principio novedoso referido a la explotación y utilización del espacio sideral, así como los cuerpos celestes, en provecho e interés de toda la humanidad. Este principio que se expresa en la fórmula de patrimonio común de la humanidad busca en concreto evitar que se acentúe la brecha tecnológica entre los países que poseen y los que carecen de tecnología aplicada al espacio, y además que quienes la dispongan no abusen de su ventaja. Paralelamente, los denostadores de estas nociones democráticas y universalistas del derecho cósmico no han dejado de aparecer en los últimos años, en todas las latitudes, calificándolas de “obsoletas” y “poco concretas” (Valle, 1991).

Otra situación a considerar estriba en que el régimen jurídico vigente sobre el espacio ultraterrestre se integra por una serie, corta y precisa pero aún no superada, de tratados internacionales de carácter multilateral y medio centenar de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tiempo atrás dejaron de responder (salvo quizás las de 2003 a la fecha) a las necesidades de su regulación efectiva. Ante este vacío jurídico, los juristas estadounidenses en primer término y algunos europeos en segundo lugar, se esfuerzan denodadamente para que su sistema jurídico sea el arquetipo a seguir en la

solución de los problemas de responsabilidades civil, administrativa, penal, de propiedad intelectual, entre otras que ya ocupan las agendas jurisdiccionales en los planos nacional e internacional. Mientras tanto, muchos otros campos del derecho internacional propios del espacio ultraterrestre se mantienen en estado embrionario para la ciencia jurídica, y la legislación adecuada requiere de un amplio esfuerzo de negociación y, por supuesto, de mucha imaginación para construir las figuras y los institutos jurídicos más adecuados. En ese camino se enfila a ratos la comunidad global de nuestra era.

La disciplina se encuentra hoy en literal despegue al infinito, y se enfrenta a problemas tan variados y complejos como la delimitación aéreo-espacial, la estatalidad jurisdiccional,⁸ la monopolización de las telecomunicaciones, la militarización del espacio sideral y su privatización, la disposición de los desechos espaciales, la regulación ordenada y sistemática de la órbita geoestacionaria y los satélites de todo género. Además, destacan la responsabilidad internacional por daños en este sector, el turismo espacial, o los desafíos que plantean las plataformas orbitales que ya son una realidad experimentada y cuya tendencia a la expansión está sumamente acentuada (del *Skylab*, el *Spacelab* y la *Mir*, a la Estación Espacial Internacional). Sin olvidar, por supuesto, la situación que se observa con el poder económico que han acumulado, principalmente las empresas transnacionales espaciales, y su dominio científico y tecnológico en la materia, que las hacen actores primordiales de las relaciones internacionales presentes en el espacio cósmico y perfilan como sujetos plenos y semiplenos del derecho internacional público. Y qué decir de la explosión de las telecomunicaciones, aéreas y espaciales, que están difuminando ostensiblemente la soberanía de los Estados sobre un ámbito geográfico específico (satélites de alta gama, ondas gravitacionales, teleobservadores, transmisiones inalámbricas).

Los juristas internacionales, anticipándose a los avances técnico-espaciales, se han dedicado a reflexionar en torno a las cuestiones jurídicas que planteaba la conquista del espacio, orientándose primordialmente a señalar la extensión y límites de los derechos, reconocidos universalmente, de los Estados sobre el espacio aéreo, así como sobre el problema de la legitimidad de los lanzamientos y estatuto de los satélites artificiales. El progreso realizado desde aquellos ya lejanos fines de los cincuentas, ha obligado a abordar y ofrecer soluciones a situaciones más concretas que han surgido con motivo de tales avances. De

⁸ En cuanto a la estatalidad jurisdiccional en el espacio ultraterrestre, debemos preguntarnos si el espacio es susceptible de apropiación, o sólo una parte del mismo; y de la misma manera hay que dilucidar si los Estados deben y pueden ejercer alguna jurisdicción sobre el espacio sideral, del mismo modo en que se realiza en el espacio aéreo o en el mar. Todas estas interrogantes nos llevan a la figura jurídica de la soberanía, que entendemos como un atributo de todo Estado, que reúne los elementos para llamarse como tal; es una potestad que deriva del orden jurídico estatal, y es un resultado o un reflejo de él. El estudio analítico de este tema rebasa los objetivos de nuestra investigación, pero baste señalar que en materia espacial es uno de los más controvertidos entre tratadistas de derecho internacional, de teoría del Estado, y de derecho del espacio ultraterrestre. No se trata simplemente de recuperar el principio romano de la propiedad que reza: *Cuius est solum, eius usque ad coelum* (quien posee el suelo, posee hasta el cielo); se trata de algo mucho más complejo. En suma, opinamos que el espacio sideral o exterior no puede ser objeto de competencias estatales, teoría conocida como de "*libertad del espacio*", y que se inició al comenzar la actividad de la aviación, lo que provocó el nacimiento del derecho aéreo; aunque con el transcurso del tiempo, y los avances tecnológicos han surgido otras corrientes en este sentido, como la llamada teoría de las zonas o de jurisdicción limitada, que tiene varios adeptos.

esta manera, por medio de estudios singulares o conclusiones elaboradas en simposios, congresos, conferencias, reuniones y otros foros multilaterales de organismos interestatales, se ha venido elaborando desde entonces, un cuerpo de doctrina que pronto ha tenido eco en recomendaciones y resoluciones de las Naciones Unidas (medio centenar de ellas a la fecha), que se traducirían más tarde en acuerdos internacionales ya en vigor, en declaraciones cuasi vinculantes (*soft law*) o en proyectos que esperan ser sometidos a la aprobación de los Estados.

Aunque todavía es discutible y está bajo debate considerar el ordenamiento jurídico aplicable al fenómeno técnico-espacial como un *derecho autónomo*, es claro que la reglamentación internacional vigente sobre la exploración, uso y explotación del espacio exterior permite hablar de un *derecho específico*, con notas y caracteres peculiares, y si se acepta que no hay límites aparentes en el progreso técnico astronáutico, habrá de admitirse, en consecuencia, que los sucesivos avances y conquistas a realizar en este campo plantearán incesantemente el problema de su cobertura jurídica. De ahí que ya sea posible elaborar, sujeta al desarrollo y rectificaciones que los hechos puedan aconsejar a futuro, una teoría del derecho del espacio ultraterrestre. En este sentido, se trata en buena parte de una rama del derecho que busca el estudio teórico de los probables acontecimientos que se llegarán a dar en el espacio. Y al ser el derecho una ciencia que busca la regulación de conductas humanas en cualquier ámbito, cuando el hombre se encamina a explorar la atmósfera y el espacio, el derecho debe evolucionar para ir junto con él. En términos estrictos no se le debería concebir como un nuevo derecho, sino como una rama que surge de la necesidad de regular las condiciones y relaciones que se hicieron manifiestas con la evolución del hombre, lo que derivó en la carrera espacial, y en un gran desarrollo de las telecomunicaciones vía satélite.⁹

Ahora bien, el hecho de que la mayoría y las más importantes normas del derecho del espacio ultraterrestre se hayan gestado y aprobado unánimemente en las Naciones Unidas, así como su pronta ratificación o adhesión por los Estados signatarios de la Carta, es muestra inequívoca de las características de internacionalidad y universalidad que le singularizan frente a otras ramas del derecho. Tales caracteres son, por otra parte, consecuencia de la cada día más necesaria cooperación internacional para que los avances de la técnica espacial no impongan la ley del más fuerte o del más desarrollado en la carrera por la conquista y exploración del espacio sideral. Estas consideraciones han sido tomadas muy en cuenta por las denominadas nuevas potencias espaciales del siglo XXI al momento de formular sus políticas y programas especiales, además

⁹ Considérese que previamente a la aparición de este conjunto normativo, la doctrina científico-jurídica ya se había planteado la regulación del uso del espacio exterior, sin embargo considerando que generalmente el hecho precede al derecho, salvo excepciones, es comprensible el tardío planteamiento de este asunto por parte del derecho internacional y de los legisladores. Con todo, hoy día el derecho del espacio ultraterrestre constituye una parte específica del derecho que ha alcanzado madurez, independencia y originalidad, todo lo cual es una base sólida para afirmar que se distingue del derecho Internacional general, sobre todo respecto de algunos de sus componentes, como el derecho internacional marítimo o el derecho del espacio aéreo.

del universalismo jurídico que trasciende a las fronteras nacionales, que no se explica sin el acompañamiento de los llamados principios fundamentales del derecho internacional espacial.¹⁰

En medio de un juego de fuerzas a favor y en contra, el *corpus iuris spatialis* sigue constituyendo el encuadre general de principios jurídicos sobre los que se ha venido desarrollando el derecho que nos ocupa y sobre los cuales se cimentan las distintas propuestas de solución a los intrincados problemas que se han ido presentando en la evolución continua de su reglamentación, utilización y aprovechamiento. Aquí destaca, por ejemplo, el problema de definición de la jurisdicción estatal o “estatalidad” en el espacio extra atmosférico según expresión de un segmento de la doctrina moderna. Lo cierto es que aun con casi setenta años de evolución a cuestas, persisten en este ordenamiento gran cantidad de vacíos e imprecisiones, puesto que mientras la tecnología, la ciencia y las actividades del hombre en el espacio avanzan de manera asombrosa, el conjunto de reglas aplicables en el rubro se crea y consolida a través un proceso mucho más lento y a ratos titubeante.

El derecho del espacio ultraterrestre ante el surgimiento y consolidación de las nuevas potencias espaciales: Rusia, China y la Unión Europea

Nos encontramos en una etapa de la historia donde los grandes avances científicos y tecnológicos tienen su mayor visibilidad y efectos en los diferentes campos de la exploración y utilización del espacio ultraterrestre. Donde las actividades más importantes se desarrollaron en un primer momento, en el marco de la Guerra Fría encabezada por los Estados Unidos y la entonces URSS, las dos superpotencias que se enfrascaron en una acelerada carrera espacial que culminaría con la llegada del primer hombre en la Luna, y que tomaría nuevos derroteros a partir del colapso del Estado soviético. Y el inicio, en un segundo momento, de un período caracterizado por una vacilante cooperación internacional a través de proyectos de participación conjunta como la Estación Espacial Internacional, junto con la irrupción y consolidación de un selecto grupo de países genéricamente denominados como las nuevas potencias espaciales, en el que destacan la Federación de Rusia, la República Popular China y un subgrupo de naciones integradas en la Unión Europea, por mencionar las principales; pero, sin dejar de advertir el protagonismo de otras como India, Canadá, Australia, Japón, Francia y Alemania.

¹⁰ No está de más reforzar este cuadro de principios del derecho espacial que para el derecho internacional común constituye un *desiderátum* se ha venido concretando a través de las sucesivas resoluciones de las Naciones Unidas y en su mayor parte en los tratados y convenciones internacionales del espacio, como se puede comprobar al estudiar las fuentes de esta rama jurídica. Siete son los principios fundamentales: 1) Libertad de tránsito de cualquier vehículo espacial (sea cual fuere su nacionalidad) por encima del espacio aéreo de cualquier Estado. 2) Libertad de investigación científica, uso y explotación del espacio exterior y los cuerpos celestes. 3) Inapropiabilidad del espacio exterior y sus órbitas y los cuerpos celestes. 4) La investigación científica, exploración, uso y exploración del espacio exterior y los cuerpos celestes debe realizarse en beneficio de todos los países, sea cual sea su grado de desarrollo económico y científico e incumbe a toda la humanidad. 5) Proscripción de toda actividad en el espacio exterior y los cuerpos celestes que no tengan fines pacíficos. 6) Cooperación internacional como condicionante de la licitud de la actividad espacial. 7) Responsabilidad de los Estados, tanto por operaciones realizadas por organismos gubernamentales como por entidades no gubernamentales.

Con el inicio del siglo XXI, en la medida que Rusia y China buscan agresivamente desafiar la superioridad evidente de Estados Unidos en regiones estratégicas del espacio sideral con ambiciosos programas espaciales propios, civiles y esencialmente militares, los riesgos de lucha por el poder podría desatar un conflicto de alcances suficientes para paralizar la infraestructura en el cosmos inmediato y de ahí extenderse casi de manera natural hacia los ámbitos terrestre, marítimo y aéreo. Ello explicaría la razón por la que la mayoría de los programas establecidos por estas potencias están encaminados a la creación y puesta en marcha de sofisticados sistemas antisatélites, y de espionaje espacial, en un ambiente carente de suficientes medios jurídico-políticos de control y de regulación internacional, con la ausencia hasta ahora, de una organización internacional espacial con poderes y potestades verdaderamente supranacionales.

Principales políticas y programas espaciales actuales de la Federación de Rusia

Rusia retomó la carrera por la militarización del espacio en la segunda década del presente siglo, concretamente en 2017, con el lanzamiento de un satélite del que se derivan otra serie de satélites más pequeños pero con la capacidad de cambiar de forma impredecible la dirección de la órbita, los *Russian Nesting Satellites*, que se acompañan del lanzamiento de otros artefactos espaciales capaces de situar y perseguir a los satélites estadounidenses, demostrando la capacidad tecnológica para alcanzarlos, desviarlos e incluso destruirlos. Ello puso en alerta a otras potencias como Francia, Japón, Reino Unido, India y Australia, que comenzaron a darse a la tarea de preparar y experimentar sistemas similares y fuerzas armadas espaciales para protegerse de posibles ataques, no importando su origen. El punto es que mientras los Estados Unidos buscan mantener su liderazgo y establecer nuevos esquemas de cooperación con aliados básicamente occidentales, Rusia apunta a recuperar la posición preponderante que tuvo durante la guerra fría, utilizando la táctica geopolítica de generar conflictos distractores en sus zonas terrestres de influencia y la reconfiguración de alianzas con países asiáticos, con China a la cabeza, que también busca autonomía y márgenes de maniobra discrecionales a fin de obtener un liderazgo en el espacio sideral basada en su sólido desarrollo interno para convertirse en la primera potencia económica y tecnológica mundial antes de 2030.

En abril de 2004 el presidente Putin expresó que “La conquista del cosmos es una prioridad estratégica para Rusia (...) me ocuparé en todo lo posible para garantizar la desmilitarización del cosmos y que el espacio ultraterrestre deje de ser escenario de la rivalidad político-militar.” La Federación de Rusia, se mantiene como una de las potencias más importantes en este ámbito, ya que fue la nación pionera en mandar al espacio una nave tripulada, pero debido a los sucesos del fin de la guerra fría debió pausar el ritmo de su desarrollo y de las investigaciones y avances tecnológicos durante varios años, amén de que no logró responder al aumento del gasto militar-espacial de los Estados Unidos al grado que incluso las misiones conjuntas de Apollo y Soyuz se dieron por terminadas.

Empero, unos lustros después, la llamada nueva Rusia presentaba el espacio exterior como la última frontera del conocimiento y la exploración humana, para lo cual se dio a la tarea de armar un interesante paquete de capacidades espaciales de primer nivel que durante el primer cuarto del presente siglo la han hecho un partícipe indispensable de la exploración, investigación avanzada y explotación del espacio ultraterrestre comprendido por el sistema Tierra-Luna-Marte y otros cuerpos celestes (López, 2017).

Al igual que otras naciones, luego de los atentados terroristas de 2011 dirigidos a Estados Unidos, y la implementación de un programa muy radical, Rusia comienza sus esfuerzos por volver a ganar terreno en el espacio por medio de la cooperación internacional. Por ejemplo, con su programa espacial al interior del complejo industrial militar que representó durante la década anterior una buena fuente para allegarse de recursos, siguiendo hasta cierto punto las bases de la "colaboración estratégica con otras agencias de exploración y empresas multinacionales", lo cual por cierto, fue una característica del agonizante programa espacial soviético que heredó el nuevo programa espacial ruso.

Rusia contaba con *Roscosmos*, una de las agencias espaciales más importantes a nivel internacional, dedicada al desarrollo de tecnologías dirigidas principalmente a la Estación Espacial Internacional (EEI). Sin embargo, en el transcurso de 2015, el presidente Vladímir Putin anunció la fusión entre la Corporación Unificada de Cohetes y el Espacio (ORKK) y la agencia espacial rusa Roscosmos para formar la nueva Corporación Estatal *Goskorporatsia Roskosmos* (Roscosmos). A primera vista puede parecer que se trata de un simple cambio de nomenclatura, pero se trata de algo más de fondo pues la reforma supone la liquidación de la agencia espacial rusa tal y como se le conoce para crear un único organismo estatal encargado del control de todo el sector espacial ruso, una decisión sin precedentes que sin duda está marcando el futuro de Rusia en el espacio (Marín, 2021).

Además, con esta decisión del gobierno ruso se depura y establece una política espacial más agresiva en el mediano y largo plazo, con base en la unificación de todas las empresas dedicadas al sector espacial, así como la creación de nuevos programas espaciales, tales como los sistemas antimisiles, habilitados con naves nombradas 'cosmos', con una gran capacidad de destrucción, que hasta este momento no han pasado de la etapa de ensayos, aunque van bastante avanzados. "Vale advertir que en otro ámbito de la cooperación internacional, destacan las investigaciones bilaterales llevadas a cabo con China para realizar misiones que les permitan llegar a la Luna, así como una visita tripulada a Marte, bajo la cobertura de proyectos que tienen una extensión de vida aproximada al año 2050.

¹¹ En 2018, el presidente Putin señaló que "es necesario mejorar drásticamente la calidad y confiabilidad del espacio y lanzar vehículos... para preservar el liderazgo cada vez más amenazado de Rusia en el espacio". En noviembre de 2018, Alexei Kudrin, director de la agencia rusa de auditoría financiera, nombró a Roscosmos como la empresa pública con "las mayores pérdidas" debido a los "gastos irracionales" al robo y la corrupción absolutos. Un año más tarde, en 2019, Roscosmos logró realizar 25 lanzamientos espaciales sin errores, situación inédita desde 2003. Ver: SpaceNews, 20 de julio de 2018, y también: (WICHO, 2019).

Otra característica de la actual política espacial rusa es su diversificación efectiva orientada a establecer esquemas y acuerdos de cooperación con países de América Latina, como en el caso de México. En efecto, el 27 de septiembre de 2021 ambos gobiernos celebraron un acuerdo de cooperación espacial para la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con “fines pacíficos” y la aplicación práctica de equipo de alta especialización. La firma del instrumento la llevaron a cabo, por un lado, la Secretaría de Infraestructura, Comunicaciones y Transportes (SICT) a través de su organismo descentralizado, la Agencia Espacial Mexicana (AEM), y por la otra, el vicedirector general de la Corporación Estatal Espacial Roscosmos, Sergey Valentinovich Saveliev. Se trabajará con base en áreas como: ciencia espacial y exploración del espacio ultraterrestre; percepción remota de la Tierra desde el espacio; comunicaciones por satélite y uso de las tecnologías de información y los servicios asociados. Además, también se implementarán esquemas de colaboración directa en rubros de la navegación por satélite y tecnologías y servicios asociados a ésta; geodesia y meteorología espaciales; estudio de materiales espaciales; biología y medicina espaciales; viajes espaciales tripulados; prestación y utilización de los servicios de lanzamiento al espacio de naves espaciales; uso de resultados de las actividades conjuntas para el desarrollo de equipos y tecnologías espaciales; protección del entorno espacial, incluso el control, mitigación y reducción de la generación de desechos en la órbita geoestacionaria (Secretaría de Comunicaciones y Transporte, 2021).

Principales políticas y programas espaciales actuales de la República Popular China

El programa espacial de la República Popular China nació hace exactamente veinte años, en 1992, con tecnología rusa, primero prestada y luego adquirida y adaptada –así la nave Soyuz se convirtió en la Shenzhou–. En 2003 el milenarismo país envió al espacio su primer astronauta Yang Liwei; en 2008, Zhai Zhigang llevó a cabo el primer paseo espacial chino, y en 2011 entró en órbita su primera estación espacial, la Tiangong-1. Desde entonces, las misiones espaciales chinas han crecido sustancialmente mostrando grandes alcances. En términos geopolíticos y geoespaciales es evidente que China ha representado para Estados Unidos una amenaza real en materia de uso y control del espacio sideral, pues independientemente de sus particularidades ideológicas y su acercamiento con Rusia, es una potencia emergente que rápidamente se ha logrado posicionar en los primeros lugares de las potencias espaciales (*El Mundo*, 2015). El gasto de China en el espacio coincide con la tasa de crecimiento de la economía, que ha sido un promedio de 10 por ciento anual durante los últimos dos decenios, previo a la pandemia mundial del COVID-19, estableciendo un marcado contraste con Europa y los propios Estados Unidos, donde el gasto por inflación corregida se ha aplanado o estacionado de manera preocupante, es decir, el neto de las inversiones espaciales se mantiene o crece pero en rango poco apreciable.

Otro elemento que no puede soslayarse –aunque los medios oficiales chinos sí lo hagan– y que permitió a China posicionarse de manera consistente,

fue la transferencia básicamente oficial de tecnología por parte de Rusia, en términos muy favorables y ventajosos debido a las circunstancias económicas adversas por las que atravesaba aquella luego de la disolución de la URSS y su difícil tránsito a modelos desconocidos de organización política, económica y social. Mientras tanto, es evidente que China no presentaba, al igual que en la actualidad, problemas de gasto, logrando incluso el desarrollo de una gran capacidad de inversión en el sector espacial en un nivel comparable al de los Estados Unidos (Impey, 2015).

Las actividades espaciales de China son responsabilidad de la agencia conocida como Administración Espacial Nacional China (CNSA), creada en 1993 y su programa espacial es una de las partes exitosas del vasto y costoso complejo militar industrial creado a principios de la década de 1960 por el entonces presidente Mao Tse Tung (durante la Guerra Fría, el complejo llegó a emplear a 16 millones de personas, entre ellas dos millones de científicos). Así, en el año 2003, China logra acabar con muchos años de dominación de Rusia en la materia y de la estrategia espacial de los Estados Unidos al lanzar su primera nave tripulada al espacio. El Teniente Coronel Yang Liwei fue el primer astronauta quien despegó el 15 de octubre de 2003 de la base Jiuquan (Mongolia Interior), en el desierto de Gobi. Durante 21 horas de forma exitosa a bordo de la nave Shenzhou-V dio 14 vueltas a la Tierra a 340 km de altura, lo que convirtió a China como el tercer y último país (hasta el año 2018) en enviar humanos al espacio de forma independiente. A diferencia de Mongolia, Vietnam, Cuba y países de Europa oriental, China rechazó en varias ocasiones ofrecimientos de ayuda de la extinta Unión Soviética para enviar un hombre al espacio, y se apresuró para superar a India en la carrera espacial por sí misma.¹²

China actualmente cuenta con programas de investigación avanzada que consisten en llegar a la Luna, mediante una nave tripulada, así como la creación de una estación espacial internacional en vista de que la International Space Station (ISS) de los Estados Unidos tiene un tiempo de vida y de funcionamiento útil hasta el año 2024 (con una extensión máxima de tres años).¹³ Como respuesta

¹² En 1993 se estableció la Administración Espacial Nacional China (CNSA), institución que pasa a ser la responsable del programa espacial, asumiendo las funciones del Ministerio de Industria Aeroespacial, que se divide en la CNSA y la Corporación de Ciencia y Tecnología Aeroespacial de China (CASC). Esta última es una empresa estatal, que funge como la principal contratista del programa espacial chino y cumple la importante misión de diseñar, desarrollar y fabricar naves espaciales, vehículos de lanzamiento, sistemas de misiles estratégicos y tácticos, entre otros implementos. Diez años después de la reestructuración del programa espacial chino, logra alcanzar los logros de los Estados Unidos y de Rusia, al colocar una nave con tripulación en el espacio con las naves Shenzhou-5 (año 2003) y Shenzhou-6, el uso de vehículos de paseo espacial con la misión Shenzhou-7, dominando las tecnologías de encuentro y acoplamiento con las misiones Shenzhou-8 y Shenzhou-9. Las tecnologías de vuelo espacial tripulado de China han madurado desde la misión Shenzhou-10, logrando enviar un total de 11 taikonautas al espacio, lo que la convierte en la nueva potencia de la industria espacial. Ver estas fuentes: (Xinhua-Español, 2018; SPUTNIK-Mundo, 2018)

¹³ Uno de los programas más ambiciosos de China es el de Exploración Lunar, un programa integrado por exploración robótica y misiones tripuladas, en el cual para la exploración contarán con orbitadores lunares, robots lunares y sondas, que llevarán muestras del suelo lunar a la Tierra. Para las misiones tripuladas tienen intención de utilizar la nave espacial Shenzhou, que será lanzada con una adaptación del cohete Larga Marcha 3A. Actualmente China mantiene en órbita la estación espacial Tiangong 1 (TG-1) desde 2011. Tres naves chinas ya han visitado este laboratorio espacial, la Shenzhou 8, no tripulada, en 2011; la Shenzhou 9, con tres astronautas, en 2012, y la nave tripulada Shenzhou 10, en junio de 2013 (Marín, 2020; Xinhua, 2016).

a esta iniciativa, la política asumida por las autoridades de Washington es el de no permitir ningún tipo de visita de ciudadanos o delegaciones chinas a las instalaciones de la NASA, al igual que cualquier tipo de participación en labores y programas de investigación dentro de la ISS. Entre tanto China está dedicando enormes cantidades de recursos humanos, técnicos y financieros a su carrera espacial, la cual es vista por el gobierno central como un símbolo y un factor determinante de la calidad de gran potencia espacial que busca adquirir y consolidar en los próximos veinte años. El presidente Xi Jinping ha resumido esta postura en su política actual afirmando que la conquista espacial también forma parte del "sueño chino" (*El Mundo*, 2015).

En este contexto, es evidente que para China el espacio ultraterrestre se ha convertido en un lugar indispensable que está sometiendo a las naciones a una constante y desgastante competencia por generar mayores avances tecnológicos, donde de ninguna suerte está descartada su utilización para fines militares y de seguridad. Y aunque el gobierno chino ha manifestado –como también se ha expresado en los últimos congresos del Partido Comunista en el poder– sus deseos por eliminar el uso militar del espacio, en los hechos los proyectos y programas conocidos de la Agencia Espacial China que aún está en construcción, han causado mucha polémica y suspicacia entre varios Estados del mundo en el sentido de que por razones objetivas y supuestos indicativos, no se puede descartar un posible uso militar de estas instalaciones. Es en tal virtud que las autoridades chinas han declarado expresamente que "China ha defendido el uso pacífico del espacio exterior y se opuso a la militarización de la carrera armamentista en el espacio exterior", pero dejando claro que el país "se mantendrá al tanto de la dinámica del espacio exterior, frente a las amenazas de seguridad y los desafíos en ese dominio para asegurar sus activos espaciales y servir a su desarrollo económico y social del país para mantener la seguridad en el espacio ultraterrestre" (Dinatale, 2015).

Por último, si bien el sistema de defensa antimisiles aún forma parte del arsenal de China, no deja de ser un elemento clave para su política, por lo que su gobierno ha concebido un programa de acción que todavía no está totalmente definido y del que no se conocen detalles precisos. Lo cierto es probablemente China esté preparando una respuesta por su descontento ante la puesta en marcha de un sistema de defensa antimisil cerca de sus fronteras por parte de Estados Unidos y que tiene propósitos defensivos frente a un posible ataque proveniente de Corea del Norte. El asunto es realmente muy delicado, y aunque no se le ha dado una correcta y completa explicación analítica, es claro que se inscribe en el contexto de la posguerra fría y en parte explicaría la razón de que las dos potencias, junto con Rusia, estén promoviendo iniciativas jurídicas y político-diplomáticas para generar un marco que coadyuve a establecer mecanismos de control multilateral y la limitación de ciertas actividades en el espacio ultraterrestre con miras a evitar futuros conflictos y garantizar la paz y seguridad internacionales a partir de la cooperación interestatal efectiva y la armonización de intereses en pugna.

Principales políticas y programas espaciales actuales de la Unión Europea

Muchos de los sistemas y servicios que hoy en día son fundamentales para el bienestar y la seguridad de los países de Europa, dentro y fuera de la Unión, dependen directa o indirectamente del espacio cósmico. Al igual que en el resto del mundo, los Estados y los ciudadanos confían en las tecnologías espaciales al utilizarlas en el complejo de actividades y decisiones de su diario devenir. El espacio se ha convertido en parte importante de las colectividades humanas, lo que se ha hecho más palpable a partir de la pandemia mundial del COVID-19 que ha impactado particularmente a los habitantes del viejo continente. Por este motivo, la Comisión Europea propone una nueva política espacial para enfrentarse a los desafíos del mundo actual (EUR-Lex, 2014). Europa, al igual que China y Rusia, se encuentra dentro de los primeros lugares de los Estados y organizaciones regionales que buscan ocupar una posición relevante en el uso y explotación de ese ámbito, por lo que la implementación de proyectos y programas tecnológicos ya forma parte esencial de la política de cada uno de los protagonistas principales.

La industria espacial europea impulsa el crecimiento y la innovación, y es, además, un sector altamente estratégico que ayuda a los ciudadanos a enfrentarse a los desafíos sociales y a crear tecnologías y servicios innovadores. Europa, cuenta con una agencia espacial conocida como ESA, en la que participan 22 Estados. La coordinación de los recursos económicos e intelectuales de sus integrantes permite llevar a cabo programas y actividades de mayor alcance que los que podría realizar cualquier país europeo individualmente (ESA, 2015). Esta Agencia espacial se encarga de la investigación del sistema solar, al tiempo que tiene por meta impulsar la industria espacial por medio de la puesta en órbita de satélites, que permitan realizar las múltiples y variadas actividades cotidianas de millones de civiles tales como el uso de celulares, sistemas digitales, Internet, redes y plataformas de amplio aliento.

La política espacial de la Unión Europea tiene rasgos propios que la ubican entre las mejor diseñadas y de más amplia proyección a futuro dentro del grupo de las potencias siderales tanto emergentes como en reposicionamiento. Sus objetivos son concretos: contribuir a crear empleo e impulsar el crecimiento y la inversión en Europa; expandir las fronteras de la ciencia y la investigación; promover y facilitar otras políticas en ámbitos como la seguridad y la defensa, la industria y el sector digital; estimular la innovación tecnológica; coadyuvar a la recuperación económica tras la crisis del COVID-19; y, responder a desafíos mundiales como el cambio climático. Conforme a investigaciones recientes de la Comisión Europea, la economía espacial de la región, en la que se incluyen la industria manufacturera y los servicios, emplea un cuarto de millón de profesionales y en 2017 se calculaba que su valor superaba los 60 mil millones de euros. Con estas bases se desarrollarán los programas espaciales emblemáticos de la Unión: 1) Copernicus, el programa de observación de la Tierra más avanzado del mundo; 2) Galileo, el sistema mundial de navegación por satélite propio de la Organización, que proporciona datos muy precisos de posicionamiento

global; y, 3) EGNOS, el sistema que presta servicios de navegación vitales a los usuarios del transporte aéreo, marítimo y terrestre por todo el continente (Consejo Europeo, 2022).

En abril de 2021, el Consejo y el Parlamento Europeo adoptaron un Reglamento por el que se crea el nuevo programa espacial de la Unión Europea (UE) para los años 2021 a 2027 que entró en vigor el 1 de enero de 2021 con carácter retroactivo. Este importante instrumento pretende proporcionar datos y servicios relativos al espacio de gran calidad, actualizados y seguros, así como brindar mayores beneficios socioeconómicos derivados del uso de dichos datos y servicios, destinados a incrementar el crecimiento y la creación de empleo en la Unión. Esto le proporciona a la Organización mayor seguridad y autonomía, así como los elementos necesarios para sustentar proyectos esenciales para el desarrollo integral del sector espacial. El Reglamento simplifica el marco jurídico y el sistema de gobernanza vigentes y normaliza el marco de seguridad, con la estrategia de mejorar y reunir en una sola esfera programas de la Unión ya existentes como los mencionados Copernicus, Galileo y EGNOS. Llama la atención que introduce nuevos componentes de seguridad, como el programa de conocimiento del medio espacial (SSA) o la nueva iniciativa de comunicación gubernamental por satélite (Govsatcom) para supervisar los peligros del espacio y proporcionar a las autoridades nacionales acceso a comunicaciones seguras por satélite.¹⁴

Ahora bien, desde la perspectiva geopolítica y geoeconómica, parece no haber duda que la iniciativa de la Unión Europea de lanzar un nuevo programa espacial 2021-2027 que integra todos los esfuerzos y logros de los últimos decenios, tiene por objetivo central reducir la dependencia de Estados Unidos y China. Así lo convalida la estrategia del acuerdo firmado entre la Agencia Espacial Europea (ESA) y la Unión Europea para el nuevo programa espacial 2021-2027, en el que se invertirán 17,600 millones de dólares con el fin de fortalecer su infraestructura. Con esta acción se busca asimismo cimentar el futuro de la industria espacial europea como una combinación de fuerte liderazgo institucional y un nuevo enfoque que no constituya una mera copia de las políticas y proyectos estadounidenses. Aludiendo al contexto actual, algunos especialistas han señalado que Europa debe considerar que el sector aeroespacial está experimentando una suerte de “descenso del precio comercial” del lanzamiento de cohetes, debido a “subsidijs gubernamentales masivos”, como los que abiertamente están realizando China y Rusia (aunque ésta en menor medida); una posibilidad que no está al alcance de los presupuestos europeos. Se ha sostenido

¹⁴ Son varios los beneficios que reporta la política espacial de la Unión Europea, por ejemplo, Copernicus ayuda a vigilar la salud del planeta en su conjunto y puesto que estos sistemas espaciales de nivel mundial están en operación y proporcionan resultados en todo tiempo, la Organización se centra en estudiar la mejor manera de utilizar los datos espaciales recogidos, una actividad con gran potencial al que pueden acceder tanto el sector público como el privado. Vale advertir que entre sus numerosas ventajas, los datos espaciales pueden guiar a los equipos de rescate en lugares afectados por catástrofes naturales, así como mejorar el uso de la tierra en la agricultura y aumentar la seguridad de las infraestructuras de transporte y energía; de igual manera, la combinación de datos espaciales y tecnologías digitales también puede suponer muchas oportunidades de negocio para todos los países miembros del conglomerado.

también que en Estados Unidos el gasto público destinado al desarrollo espacial es entre cinco y siete veces mayor que en Europa, y que en 2019 el sector privado estadounidense invirtió más de 5 mil millones de dólares en el mismo rubro, en tanto que las empresas emergentes europeas destinaron sólo 223 millones de dólares (European Commission, EU Space Programme, 2022).

Por otro lado, debe mencionarse a la Agencia de la Unión Europea para el Programa Espacial (EUSPA, anteriormente *Agencia de los Sistemas Mundiales de Navegación por Satélite Europeos y Autoridad de Supervisión del GNSS Europeo*), creada en 2018 como una entidad de la Unión Europea con la meta de garantizar que los intereses públicos esenciales se defiendan y representen adecuadamente en relación con programas de navegación por satélite de la Unión (Galileo y EGNOS). Su primer objetivo es proporcionar una alternativa europea al sistema estadounidense establecido, GPS. La EUSPA proporciona servicios de navegación por satélite seguros y, al mismo tiempo, promueve la comercialización de datos y servicios de Galileo, EGNOS y Copernicus. También coordina el próximo programa gubernamental de comunicaciones por satélite de la Unión (GOVSATCOM) y es responsable de la acreditación de seguridad de todos los componentes del Programa Espacial Europeo. Al fomentar el desarrollo de un sector espacial innovador y competitivo y al interactuar con toda la comunidad espacial de la Unión, EUSPA contribuye al Pacto Verde Europeo y la transición digital, la seguridad de la Organización y sus ciudadanos, al tiempo que busca reforzar su autonomía y resiliencia.

Otro aspecto que no puede dejar de advertirse en este breve recuento es el de la relación entre la Unión Europea y la Agencia Espacial Europea. Así, cabe recordar que el objetivo inicial de la UE era convertir la ESA en una agencia bajo su control para 2014. Si bien la UE y sus Estados miembros financian juntos el 86% del presupuesto de la ESA, ésta es una entidad autónoma, amén de que varios de sus miembros no pertenecen a la Unión, en particular el Reino Unido, de la que se retiró recientemente, pero sin dejar de ser miembro de pleno derecho de la agencia espacial. La ESA está asociada con la UE en sus dos programas espaciales emblemáticos actuales, la serie Copernicus de satélites de observación de la Tierra y el sistema de navegación por satélite Galileo, sobre el cual proporciona supervisión técnica y, en el caso de Copernicus, parte de la financiación (EUSPA, 2019; Foust, 2021). Empero, la UE ha mostrado interés en expandirse a nuevas áreas, de ahí la propuesta de cambiar el nombre y ampliar su agencia de navegación por satélite (la Agencia del GNSS Europeo) en la Agencia de la Unión Europea para el Programa Espacial. La propuesta generó fuertes críticas de la ESA, ya que se percibía como una invasión de su esfera de competencia, de ahí que en enero de 2021, después de dos años de cierta tensión, ambas instancias arreglaron su relación.

Se llegó al acuerdo de que la política espacial europea continuará descansando en la ESA y su experiencia técnica, de ingeniería y científica única, conservando su carácter de agencia europea para asuntos espaciales, es decir, será la agencia principal y de referencia de la Comisión Europea para todos sus progra-

mas insignia. En la actualidad la ESA y la EUSPA tienen funciones y competencias distintas, que se oficializarán en el Acuerdo Marco de Asociación Financiera (FFPA); en otros términos, mientras que la ESA se centrará en los elementos técnicos de los programas espaciales de la UE, la EUSPA se ocupará de los elementos operativos de esos programas.

En otro orden de acción, figuran diversos acuerdos internacionales en la materia al margen de las Naciones Unidas dado que los Estados pueden desarrollar esta actividad legislativa mediante acuerdos con otras naciones observando los principios y normas aplicables del derecho internacional. Tal es el caso que se observa en un Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre cooperación en el campo de la exploración y del uso pacífico del espacio cósmico, celebrado en Madrid en febrero de 2006. Más allá de estos acuerdos bilaterales o de convenios internacionales que son en verdad bastantes hasta el momento y dado el carácter tan concreto de este ámbito jurídico, lo cierto es que muy pocos países han desarrollado normativa específica sobre derecho espacial, como es el caso de la *Outer Space Act* británica, de 1986, aplicable al funcionamiento y lanzamiento de objetos espaciales y a cualquier actividad en el espacio ultraterrestre.

En esta línea destaca un proyecto de Código de Conducta para las actividades espaciales, que publicó la Unión Europea en 2008 y que se revisó en 2010, el cual hace un llamado a los Estados miembros a establecer "políticas y procedimientos para minimizar la posibilidad de accidentes o cualquier otra forma de interferencia perjudicial con otros el derecho de los Estados a la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos (Zenko, 2011). Con carácter no vinculante, este instrumento se basa en 3 principios fundamentales: 1) la libertad de acceso al espacio con fines pacíficos; 2) la preservación de la seguridad e integridad de los objetos espaciales en órbita; y 3) la debida consideración de los intereses de la defensa legítima de los Estados. Cabe advertir que varias naciones –con la excepción abierta de Estados Unidos por obvias razones– han apoyado la iniciativa por su novedad y tratamiento de varias cuestiones consideradas como militares y de alta seguridad en el espacio ultraterrestre, mismas que no estaban contempladas en Tratados anteriores.

Las nuevas potencias espaciales y la creación de una entidad espacial altamente supranacional en un contexto de posguerra fría

En ocasión de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas para la Exploración y Utilización Pacífica del Espacio Cósmico o Ultraterrestre (UNISPACE-I), celebrada en la Ciudad de Viena, Austria en 1968, se planteó, por primera vez, la posibilidad de crear una Organización Mundial del Espacio Ultraterrestre (OMEU).¹⁵ La propuesta fue compartida por varios de los delegados asistentes y

¹⁵ Diez años antes, el 13 de diciembre de 1958, había sido creada la Oficina de Naciones Unidas para Asuntos del Espacio Exterior (UNOOSA), con sede en Austria, Viena, una pequeña entidad de la Asamblea General de la ONU, encargada de implementar las políticas de la Asamblea relacionadas con el espacio, pero en realidad con alcances muy limitados y muy poca influencia política y jurídica.

se mantuvo como punto pendiente de agenda, de tal suerte que años más tarde con motivo de la celebración en 1982 de la UNISPACE-II, se retomó el tema enfatizando además el interés común de los Estados de reforzar y ampliar la cooperación internacional en materia de actividades espaciales (De-Faramiñán, 2002). Un lustro después, a finales de 1988, el presidente soviético Mikhail S. Gorbachov presentó ante la Asamblea General de la ONU un documento donde expuso una verdadera doctrina general orientada a promover el establecimiento de un mecanismo de funcionamiento para regular y controlar el uso pacífico del espacio cósmico, bajo la administración de una autoridad suprema o una Organización Internacional del Espacio. De ese discurso llama la atención, por provenir de la ex URSS, su denuncia en el sentido de que es requerido un control internacional que evite que el uso del cosmos quede exclusivamente en manos de las grandes potencias.

Posteriormente en 1999, con la realización de la UNISPACE-III, se volvió a hablar del tema trayendo a colación el papel desempeñado por la ONU como entidad coordinadora de la actividad espacial, con la consigna de vigilarla, regularla y controlarla sobre la base de los principios en vigor del derecho internacional y de la coexistencia pacífica. Se destacó la muy grave situación por la que atraviesa actualmente la exploración del espacio, al escaparse prácticamente del control eficaz de la comunidad internacional al grado que, numerosas naciones manifestaron una alta preocupación por el inminente 'neocolonialismo planetario', demandando como solución al problema la creación de un sistema de control multilateral, amplio y efectivo, bajo la férula de una organización de alta supranacionalidad en esta complicada y politizada materia de la agenda contemporánea de las relaciones internacionales.

No debe olvidarse que en la XVI Conferencia de Plenipotenciarios de la Unión Internacional de Telecomunicaciones que tuvo verificativo en 1998, uno de los temas centrales del orden del día lo constituyó el de la sociedad global de la información, afirmándose que ésta no se podrá lograr si cada ser humano no puede desplegar la facultad de acceder libre y fácilmente a todos los servicios de telecomunicación. Y se sostenía que, por tanto, la actividad de los sistemas globales privados podría resultar muy peligrosa para las instituciones democráticas y las estructuras socio-culturales de los Estados. Razón por la cual resultaba muy urgente someterlas, dentro de la brevedad posible, a un control internacional bien organizado, comparable, por ejemplo, al Consejo de Tutela de la ONU (artículos 86-91 de la Carta de las Naciones Unidas) o a la Autoridad Internacional de los Fondos marinos y Oceánicos (artículos 156-185 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar).

Efectivamente, en las reuniones internacionales que anteceden y en las conferencias que se han efectuado en los últimos veinte años, con relación a los diferentes asuntos prioritarios del espacio ultraterrestre, como la órbita geoestacionaria, la desmilitarización, la responsabilidad internacional espacial y el control monopólico de las telecomunicaciones, se vienen detectando una serie de peligros que atentan potencialmente contra la paz y seguridad internacionales

en el espacio. Lo mismo se desprende de los amplios debates promovidos en el seno de los diferentes foros internacionales especializados. Y se reconoce, de manera creciente y expresa, que los organismos internacionales vigentes se sienten incapaces de afrontarlos, por lo que cobra cada vez más fuerza la necesidad de que la comunidad internacional retome la iniciativa de formular una nueva doctrina del espacio sideral junto con la creación de una organización mundial, dotada de amplios poderes y prerrogativas, que pueda regular las actividades espaciales; que se hallan no sólo en manos de las grandes 'potencias siderales', incluidas las emergentes que se abordaron en los anteriores epígrafes, sino también de las empresas transnacionales que han invertido cantidades exorbitantes y altos capitales tecnológicos en este tipo de explotación.

Sabemos bien que el papel decisivo de las Naciones Unidas en la formación del Derecho Cósmico, así como en su ulterior desarrollo, ha sido en buena medida posible gracias a la labor, poco conocida, de la Comisión de las Naciones Unidas para la Utilización Pacífica del Espacio Cósmico, creada por la Asamblea General mediante su resolución 1472 (XIV), de 12 de diciembre de 1959. En particular, por el esfuerzo de la Subcomisión jurídica, se avanzó en la configuración de un marco jurídico propio y una reglamentación jurídica plasmada en instrumentos convencionales, que desarrolló el Derecho Ultraterrestre y originó un conjunto de grandes tratados internacionales, firmados y ratificados por la mayor parte (con excepción del Tratado de la Luna) de los Estados plenipotenciarios. En estos instrumentos se plasmaron multilateralmente los principios básicos que ya habían sido expuestos en diversas Resoluciones de la Asamblea General y lograron institucionalizar la cooperación internacional en materia de actividades espaciales. Estos tratados de alcance y vocación universal no regulan, empero, todas las actividades espaciales; así, por ejemplo, no dan una respuesta específica a los problemas que plantea la utilización de satélites de telecomunicación, los usos no pacíficos del espacio y la apropiación tanto estatal como privada de los recursos espaciales.

Lo cierto es que la Subcomisión jurídica continúa siendo el foro apropiado para reflexionar sobre los posibles giros que hay que darle a la exploración y utilización pacífica del espacio. Así sucedió cuando se elaboró Tratado del Espacio de 1967, uno de los más depurados acuerdos internacionales que se haya firmado hasta la fecha. Su valor nodal se deriva de los principios que establece para regular las actividades estatales en la exploración y utilización del cosmos, incluida la Luna y otros cuerpos celestes, y que fue el punto de partida para determinar que el espacio y sus cuerpos celestes, no son susceptibles de apropiación nacional por parte de ningún Estado. Aquí el principio fundamental es que todas las actividades en el espacio deberán realizarse en beneficio de la Humanidad en su conjunto.

Así, el instrumento señala en su preámbulo "el interés que presenta para la Humanidad en su conjunto el progreso en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos" (Hernández, 1997); concepto que es una constante en la exposición de motivos y el exordio o inicio de todos los

tratados de esta generación y se reafirma en el contenido del Tratado del Espacio, en su artículo primero primer párrafo, al indicar que “la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluida la Luna y los otros cuerpos celestes, deberán realizarse por el bien e interés de todos los Estados, cualquiera que sea el nivel de su desarrollo económico o científico, dado que ella se debe realizar en beneficio de la humanidad en todo su conjunto” (Lachs, 1979).¹⁶ En esta línea argumentativa, se puede afirmar que –como se puede apreciar en los casos de la Zona de los Fondos Marinos y Oceánicos y la Antártica– el interés de la Humanidad es un referente constante tratándose de la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, e incluso el concepto de Humanidad se ‘personaliza’ en el artículo quinto del Tratado *in comento*, cuando alude a los astronautas diciendo que: “los Estados partes en el tratado considerarán a los astronautas como enviados de la humanidad en el espacio cósmico”.

El autor se cuenta entre los juristas e internacionalistas que han manifestado desde la década de 1970, la urgencia de establecer una organización interestatal especializada en asuntos espaciales, pero se reconoce la labor pionera que en este rubro tiene el profesor Simone Courteix. Este doctrinario lo ha expresado como una iniciativa para “(...) crear una Organización Mundial del Espacio, al más alto nivel, de la mano de Estados con capacidad de realizar actividades espaciales y que se encuentren convencidos por la necesidad de plasmarla, que podría tomar la forma de una solemne Declaración con el fin de plantear los objetivos a largo término, es decir, que no se comprometan sólo a poner en marcha esta Organización sino también a continuar colaborando en su funcionamiento posterior”, como se cita en: (De-Faramiñán, 2002).

Como antes se señaló, la idea de instaurar una organización mundial del espacio no es nueva, pues ya ha sido propuesta en reiteradas ocasiones en el marco de las Naciones Unidas, dando lugar a interesantes discusiones académicas y políticas. En Europa los debates y estudios sobre la materia han sido especialmente intensos y propositivos. Es el caso de la aportación que hace el Centro de Estudios y de Investigación sobre Derecho del Espacio del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Panteón-Assas (París II) en Francia, plasmada en un informe presentado en 1992 (retomado en 2002 y 2012) donde se discierne la necesidad real de constituir el organismo espacial en mención (Centre d'etudes de rech. sur le droit de l'espace, 1992).

El grupo de trabajo partió de la constatación que la ejecución de las actividades espaciales resultaba imposible sin recurrir a la cooperación internacional, pasando a destacar una serie de necesidades que ya entonces reclamaban ciertas formas de internacionalización, como el caso de la necesaria reglamentación para coordinar y controlar, a nivel mundial, el número creciente y alarmante de objetos espaciales en órbita; al igual que la oportunidad de realizar programas

¹⁶Además, Lachs (1979) señala que esta base voluntaria también se recoge en el párrafo primero del artículo cuarto del acuerdo sobre la Luna y otros cuerpos celestes, mismo que preceptúa: “la exploración y utilización de la Luna deberá realizarse en beneficio de la Humanidad en su conjunto y por el bien y en el interés de todos los Estados, cualquiera que sea el nivel de su desarrollo económico o científico”.

de exploración planetaria, particularmente por los países industrializados. Aquí se destaca que tal necesidad se verá incrementada en el futuro, en la medida en que surjan nuevos Estados que reclamen posiciones reconocidas como potencias espaciales, mencionándose los casos de Rusia, India, Japón y China.¹⁷

Es claro entonces que la agenda temática a tratar es amplia, compleja y pertinente en la posguerra fría, de ahí que este Centro de estudio haya apuntado que: "si la creación de una Organización Mundial del Espacio parece tener importantes justificaciones, hay que reconocer, también, que ella provocaría un cierto número de problemas" (De-Faramiñán, 2002; Becerra, 1997). Seguramente, la problemática a que se refiere la institución se deriva de la naturaleza misma de las actividades espaciales, ya sea por su alto contenido tecnológico de punta, su naturaleza política, como por consideraciones de orden económico o proyectos estratégicos espaciales de carácter militar.¹⁸ Es de considerarse también la tendencia existente entre las potencias espaciales, incluidas las emergentes, que se muestran muy reticentes a la idea de comprometerse en una cooperación internacional de alcance general o de escala mundial, prefiriendo recurrir a acuerdos multilaterales de 'colaboración' con un carácter más limitado y específico, esto es, caracterizados por esquemas cooperativos informales entre los programas de sus agencias espaciales nacionales. Es el prototipo convencional que se ha desarrollado durante más de tres décadas por el Acuerdo Internacional General para el Programa de la Estación Espacial Internacional (IGAPISS, por sus siglas en inglés).

No obstante los problemas existentes y de las dificultades manifiestas, hay una serie de consideraciones que pueden invocarse para justificar la creación de un organismo supranacional del espacio cósmico. Verbigracia, parece que no sería conveniente la creación de una entidad con objetivos de carácter general, es decir, competente en todos los sectores de las actividades espaciales, sino una organización con funciones limitadas y específicas con el fin de racionalizar y coordinar las actividades espaciales respondiendo a las nuevas necesidades de la cooperación internacional en la materia. En este sentido, se podrían aprovechar las experiencias adquiridas en el marco del Derecho del mar con el fin de, salvando las diferencias, crear una alta autoridad que se ocupara de regular las actividades espaciales y, en particular, el acceso a los recursos que puede aportar el espacio ultraterrestre.

¹⁷ Otras necesidades que reclaman internacionalización son, por ejemplo: el control de las actividades operacionales como la teledetección de los recursos naturales, la teledifusión, la teleinformación, la previsión meteorológica, la vigilancia y protección del medio ambiente, o los servicios de lanzamiento de los que se pueden beneficiar los países en vías de desarrollo; o la cooperación entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo, en particular por lo que hace a la transferencia de tecnologías, o a la creación de bancos de datos espaciales o a la formación de personal especializado (De-Faramiñán, 2002; Becerra, 1997).

¹⁸ Asimismo, identifica cuestiones como el hecho de que la exploración del espacio y los programas científicos que la pongan en práctica son obra de un grupo restringido de Estados que poseen la capacidad tecnológica para llevarlas a cabo; o que estas actividades pueden ser explotadas desde un ángulo comercial, lo que pone en juego importantes intereses económicos e industriales. Están también los imperativos de la seguridad nacional, donde determinadas actividades espaciales, con objetivos de naturaleza militar muy determinados, pueden realizarse en pequeños grupos de Estados estrechamente solidarios, un tema, por otra parte, siempre controvertido en el marco de los compromisos internacionales de uso pacífico del espacio.

Con una visión más objetiva, este autor es de la idea de que un concepto de patrimonio común de la humanidad aplicable al espacio cósmico, plenamente aceptado por la generalidad de los Estados, facilitaría, sin duda, la instauración de una autoridad supranacional coordinadora. Pero ocurre que, en ninguno de los tratados espaciales se recoge el concepto, excepción hecha del artículo 11 del Tratado de la Luna el cual, aunque ha entrado en vigor, carece de apoyos significativos y sólo se hace referencia a una idea más frágil de '*en beneficio de la Humanidad*', lo que en buena medida debilita su alcance. Por ello, es en este punto nodal donde debe ejercitarse la acción de la comunidad internacional a través de los organismos internacionales y en especial de la ONU, para ampliar el alcance del concepto y consolidar la idea que la exploración y utilización del espacio debe realizarse no sólo en interés o beneficio de la humanidad, sino regularlas a través de un criterio más determinante. Incluso, si se habla de *en beneficio de la Humanidad*, y sin necesidad de llegar al concepto más acabado de *patrimonio común de la Humanidad*, se requiere un control supraestatal sobre el mismo, con el fin de evitar discriminación entre los Estados, en razón de su desarrollo económico o científico-tecnológico.

Reflexiones finales

A través de estos planteamientos que se comparten con un sector importante de la doctrina moderna en derecho internacional, se ha expresado la necesidad de aprovechar en el derecho del espacio ultraterrestre con base en criterios jurídicos positivos, una experiencia democrática que han desarrollado las Naciones Unidas para instaurar una nueva organización internacional autónoma, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos (AIFMO). Esta alta instancia se ha convertido en la institución que permite a los Estados partes organizar y controlar las actividades de esa Zona en particular, y desempeñar la administración de los recursos de la misma, en beneficio de toda la humanidad, pero sin desatender modelos de funcionamiento de carácter práctico.

Como se expresó categóricamente en la Comisión Mundial de Ética de los Conocimientos Científicos y Tecnológicos (COMEST) celebrada en Berlín en diciembre de 2001: "se impone una reflexión sobre la noción de espacio ultraterrestre considerado como Patrimonio Común de la Humanidad y no como una simple cuestión de beneficio, ya que el espacio deberá ser utilizado al servicio de toda la humanidad" (De-Faramiñán, 2002). Aunque esta concepción no está del todo resuelta en las convenciones espaciales, es esencial ajustar a las necesidades de la comunidad internacional, principios que el derecho internacional público ha ido manifestando progresivamente durante los últimos lustros, como lo es el concepto de *patrimonio común de la humanidad*.

El espacio ultraterrestre ha sido utilizado por décadas para múltiples y variados fines, trayendo aparejada una incesante carrera por su conquista que busca establecer la supremacía e incrementar el prestigio y la seguridad nacional de las potencias, con el consiguiente impulso al desarrollo tecnológico con fines bélicos principalmente a través de la utilización de satélites de diferentes carac-

terísticas y la puesta en marcha de ambiciosos programas. Esto ha producido un contexto de excesiva ideologización política y económica, temor e incertidumbre en la comunidad de Estados y organizaciones supranacionales ante las consecuencias que estos procesos pudieran conllevar en el mediano y largo plazos en el sistema de relaciones y cooperación internacionales.

Aunque el escenario geopolítico mundial se ha mantenido en constante ajuste y cambios, no ha ocurrido por fortuna un enfrentamiento directo entre las potencias que, de modo persistente y bajo ropajes de prevención, prosiguen con la implementación de mecanismos orientados a resguardar su seguridad ante cualquier posible amenaza externa. Paralelamente, se apoyan incesantemente en la investigación desarrollada de nuevas tecnologías con aplicaciones tanto pacíficas como mixtas y militares en todos los sectores conocidos de la actividad extra planetaria.

El espacio sideral es una realidad cotidiana en la vida de todo el planeta, y pese a que aún es poco percibido por los ciudadanos en general, es inobjetable que condiciona una parte muy relevante de la actividad económica de la comunidad internacional y de hecho se ha transformado en una estructura crítica que se complejiza más aún en la esfera de la alta seguridad de los Estados. Esta situación se explica por la elevada tecnificación de las actividades productivas y los efectos en cadena derivados de la gran interconectividad sobre la que se sustenta el mundo moderno. Y es que las actividades espaciales son estratégicas y de multidominio, en un ámbito de naturaleza vulnerable, esencial y de alto valor que es clave para el desarrollo de la revolución científico-tecnológica actual, pues permiten la vigilancia planetaria, la alta comunicación y el apoyo de acciones en tierra variadas y complejas.

Por estas y otras razones, con la irrupción y consolidación de nuevas potencias espaciales, hoy resulta urgente retomar el contenido y ampliar los alcances del derecho internacional, para establecer un *corpus iuris spatialis* más adecuado, que trascienda la propia Carta Magna del Espacio de 1967 y el Tratado de la Luna de 1979. Estos instrumentos hoy son insuficientes para regular y controlar eficazmente estas prácticas monopólicas de un alto componente tecnológico, que mantienen a las naciones en pugna, en un clima de desconfianza mutua, zozobra e incertidumbre que se ha visto exacerbado por la presencia y las consecuencias de la pandemia mundial del COVID-19 y la irrupción de sus nuevas variantes.

Otra realidad que reclama pronta atención es la de la apertura del espacio exterior al sector privado o empresarial, que puede participar en varios sentidos, desde la elaboración, desarrollo e investigación de sistemas satelitales y de otros tipos, hasta la apropiación de cuerpos celestes para la posterior venta de terrenos y nuevas actividades susceptibles de generar ganancias. Se trata de una situación particular que se encuentra prohibida por la reglamentación internacional vigente.

Además, la inyección de cuantiosos capitales privados a los presupuestos demandados por las políticas espaciales gubernamentales (Estados Unidos, Ru-

sia y China, principalmente), se dirige también a la obtención de información estratégica que es proporcionada a quienes le pueden dar usos reales en política internacional. Es decir, las agencias federales autorizadas que suelen utilizarla para las indicaciones, advertencia, planificación y ejecución de operaciones civiles, mixtas o militares. Adicionalmente, con las redes de satélites público-privados, se obtiene al día la imagen de todos los Estados y sus territorios y posesiones, lo que es de suma utilidad para el despliegue de acciones en todos los espacios y el mantenimiento de la seguridad nacional y la supuesta “defensa de la seguridad humana”.

Como corolario de estas breves reflexiones también se evidencia la necesidad de contar con una Alta Autoridad, o una Organización Mundial del Espacio Ultraterrestre (con competencias sectoriales, como se ha propuesto en foros multilaterales). Su establecimiento se requiere en estos precisos momentos, y no después cuando sean rebasados los límites permisibles de la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, con los consecuentes abusos y deterioros producidos por las actividades irracionales de las viejas y nuevas potencias espaciales o empresas transnacionales, en el medio ambiente, el desarrollo compartido y la paz y seguridad internacionales.

La propuesta sigue teniendo detractores, principalmente en las altas esferas políticas y diplomáticas. Son los países en desarrollo y las potencias medias quienes le han manifestado beneplácito, como ha quedado demostrado en ocasión de los trabajos de la Subcomisión jurídica de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Cósmico con Fines Pacíficos (2001 y 2015). Fueron varios los países apoyaron el proyecto a favor de la nueva organización espacial, como España, Grecia, Egipto, Japón, Australia, Chile, Argentina, México, Colombia, Ecuador y China, recibiendo, como se había previsto, la oposición y la crítica de las delegaciones de los Estados Unidos y la Federación de Rusia. Finalmente, lo importante fue que la cuestión se analizó con profundidad, se le dedicó un relevante espacio de discusión y quedó plasmada en la relatoría oficial.

A manera de cierre, sólo resta retomar el 'idealismo científico' como el verdadero motor de la historia espacial, en el que debe buscarse un punto de equilibrio entre los intereses de los grandes y pequeños Estados, que no es una tarea demasiado compleja si se eleva el nivel de negociación y si hay conciencia y voluntad política, parámetros que no se construyen por sí mismos, sino que hay que formarlos y encausarlos. Como en 1993 lo apuntó el *Centre d'etudes et de recherches sur le droit de l'espace*, las competencias de una organización mundial del espacio deberán estar debidamente delimitadas. Por ejemplo, a algunas misiones que no puedan estar aseguradas por el recurso a otras formas de cooperación internacional y que tengan por objetivo prioritario poner en marcha las disposiciones del Tratado del Espacio que, no son o no pueden, aplicarse en las condiciones existentes. Por lo tanto, el necesario organismo habrá de instaurarse en un terreno de encuentro entre las potencias espaciales y el resto de los Estados soberanos, con el fin de incitarles a llevar a cabo un efectivo intercambio de conocimientos y elaborar proyectos de auténtico interés común.

Fuentes consultadas

- Álvarez, J. L. (1997). *Derecho Espacial*. Ciudad de México: Facultad de Derecho, UNAM.
- Anzar, F. (2021). El espacio exterior, una nueva dimensión de seguridad. *IEEE*, 14.
- Becerra, M. (1997). El Espacio Cósmico. En *Derecho Internacional Público* (págs. 75-81). México: McGraw-Hill, UNAM.
- Centre d'etudes de rech. sur le droit de l'espace. (1992). *Faut-il créer une Organisation mondiale de l'espace?* París: La Documentation Française.
- Christol, C. Q. (1993). *Derecho internacional contemporáneo: La utilización del espacio ultraterrestre*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Consejo Europeo. (15 de Enero de 2022). Política espacial de la UE. *Consejo de la Unión Europea*. Obtenido de Consejo de la Unión Europea: <https://t.ly/G9RG>
- De-Faramián, J. M. (2002). Reflexiones sobre la posible creación de una alta autoridad del espacio ultraterrestre. En Z. Drnas, *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro* (Vol. 1, págs. 275-290). Drnas-Lerner editores.
- Dimas, D. (2019). *El límite inferior del espacio ultraterrestre frente a las nuevas tecnologías: el problema de su delimitación*. Bogotá, Colombia: Bachelor's thesis, Universidad de los Andes.
- Dinatale, M. (15 de Junio de 2015). Un documento de China reavivó la polémica por la base de Neuquén. *La Nación*. Obtenido de <https://t.ly/KvNu>
- (1998). Documento oficial (relatoría, compilación y síntesis) de la XVI Conference des Plénipotentiaires de l'UIT. Minneapolis.
- El Mundo. (10 de Octubre de 2015). China, una potencia en el espacio. *El Mundo*. Obtenido de El Mundo: <https://t.ly/879r5>
- ESA. (19 de Octubre de 2015). Datos de la ESA . The European Space Agency. Recuperado el 19 de Octubre de 2015, de The European Space Agency: <https://t.ly/noV1>
- EUR-Lex. (21 de Enero de 2014). Política industrial espacial de la UE. EUR-Lex. Recuperado el 11 de Noviembre de 2017, de EUR-Lex: <https://t.ly/YHwg>
- European Commission. (16 de Diciembre de 2020). Commission welcomes the political agreement on the European Space Programme. Defence Industry and Space. Recuperado el 26 de Diciembre de 2021, de <https://t.ly/OYPz>
- European Commission. (27 de Enero de 2022). EU Space Programme. Defence Industry and Space. Obtenido de <https://t.ly/A-igF>
- EUSPA. (27 de Noviembre de 2019). From GSA to EUSPA: space transforming business and the economy. EUSPA. Recuperado el 18 de Septiembre de 2021, de EUSPA: <https://t.ly/RSVw>
- Expansión. (21 de Abril de 2010). José Hernández: Es posible llegar a Marte y en naves privadas. *Expansión*. Obtenido de <https://t.ly/JbJn>

- Foust, J. (22 de Enero de 2021). ESA and EU mend relations. Space News. Recuperado el 18 de Septiembre de 2021, de <https://t.ly/swkF>
- Gómez-Robledo, A. (1992). Responsabilidad internacional por daños transfronterizos. En A. Gómez-Robledo, Responsabilidad internacional por daños transfronterizos (págs. 13-14). Ciudad de México: IIJ, UNAM.
- Guerrero, S. (2004). Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA). En J. C. Velázquez, Nuevos desarrollos temáticos para el estudio del derecho internacional público (p. 249). Ciudad de México: UNAM.
- Hernández, J. L. (1997). Derecho Espacial. México: Facultad de Derecho, UNAM.
- Impey, C. (13 de Abril de 2015). How China Entered the Space Race. WIRED. Obtenido de WIRED: <https://t.ly/SqaU>
- Lachs, M. (1979). Derecho del Espacio Ultraterrestre. México: FCE.
- López, L. I. (2017). La exploración y eventual explotación del espacio ultraterrestre entre la cooperación y competencia internacional: los casos de la Federación Rusa, los Estados Unidos de América, la Unión Europea y la República Popular China. Ciudad de México: FCPyS, UNAM.
- Marín, D. (11 de Mayo de 2020). China confirma sus planes de viajes tripulados a la Luna. EUREKA. Obtenido de EUREKA: <https://t.ly/jOvCU>
- Marín, D. (12 de Diciembre de 2021). Desaparece la agencia espacial rusa Roscosmos. ¡Larga vida a la corporación estatal Roscosmos! EUREKA. Obtenido de https://t.ly/J_H-
- Martínez, J. R., & Almario, D. (2016). Derecho internacional privado del espacio ultraterrestre. Legis Editores .
- Nación, L. (2015). Una ley en Estados Unidos habilitó la propiedad privada de objetos del espacio. La Nación. Obtenido de https://t.ly/_9A
- Olinga, L. (06 de Diciembre de 2015). Una ley en Estados Unidos habilitó la propiedad privada de objetos del espacio. La Nación. Obtenido de <https://t.ly/YGRdI>
- Pérez, M. (2005). Acción preventiva y legítima defensa en Derecho Internacional. En J. C. Elizarrarás, El derecho internacional público y privado a través de los debates teóricos actuales en universidades de México y el extranjero. México: FCPS, UNAM.
- Richards, P. H. (1985). Some current problems of international space law. Reino Unido: Edition Liverpool John Moores.
- Ruiz, G. (2020). Derecho espacial: comisión de delitos en el espacio ultraterrestre. España: Universidad Autónoma de Barcelona. Obtenido de <https://t.ly/vqAN>
- Saénz, M. O. (2012). Una organización mundial para el espacio ultraterrestre: reflexiones jurídicas relativas a su creación. Anuario Español de Derecho Internacional(28).
- Secretaría de Comunicaciones y Transporte. (29 de Septiembre de 2021). Firmamos con Rusia Acuerdo de Cooperación espacial para fines pacíficos. Gobierno de México. Obtenido de <https://t.ly/KIJN2>
- Sepúlveda, I. (Julio de 2006). Promesa o peligro: La materialización de la

- Iniciativa de Defensa estratégica. Real Instituto Elcano(34).
- SPUTNIK-Mundo. (29 de Mayo de 2018). China ofrece su estación espacial al mundo entero. SPUTNIK. Obtenido de SPUTNIK: <https://t.ly/0IgO>
- Valle, A. (enero-junio de 1991). La estación espacial internacional: algunos problemas jurídicos. *Revista Española de Derecho Internacional*, XLIII(1).
- Valle, A. (enero-junio de 1991). La estación espacial internacional: algunos problemas jurídicos. *Revista Española de Derecho Internacional*, XLIII(1), 31.
- Velázquez, J. C. (2005). Capítulo VIII. Nuevas doctrinas de determinación territorial: el "Patrimonio Común de la Humanidad". En J. C. Velázquez, *El Derecho Internacional Público en la agenda política de las relaciones internacionales* (p. 279). Ciudad de México: FCPS, UNAM.
- _____, (2007). El estudio de caso en las relaciones jurídicas internacionales. *Modalidades de aplicación del derecho internacional*. FCPS, UNAM.
- _____, (2013). El derecho del espacio ultraterrestre en tiempos decisivos: ¿estatalidad, monopolización o universalidad? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XIII.
- _____, (2015). Poder, Conflicto y hegemonías en la construcción democrática del derecho internacional y los organismos supranacionales de la segunda posguerra. En M. S. Vázquez, & A. L. Vázquez, *Después de la Tragedia. A setenta años de la Segunda Guerra Mundial*. México,: Universidad del Mar-AMEI.
- WICHO. (27 de Diciembre de 2019). Roscosmos consigue completar su primer año sin ningún fallo en un lanzamiento espacial desde 2003. *Microsiervos*. Obtenido de Microsiervos: <https://t.ly/U3bk>
- Xinhua. (08 de Marzo de 2016). Exploiting earth-moon space: China's ambition after space station. *China Daily*. Obtenido de China Daily: <https://t.ly/HtAl>
- Xinhua-Español. (25 de Mayo de 2018). China mejora su tecnología de reentrada y de descenso de naves espaciales. *Xinhua Español*. Obtenido de Xinhua Español: <https://t.ly/7N9o>
- Zenko, M. (30 de Noviembre de 2011). Policy Innovation Memorandum. A Code of Conduct for Outer Space. Nueva York, Nueva York, Estados Unidos: Council on Foreign Relations. Obtenido de <https://t.ly/Zzkf>

El Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares: Significado y tendencias

María Antonieta Jáquez Huacuja*
Joshua Torres Sandoval**

Introducción

En los últimos años, las presentaciones, hallazgos y discusión generada en las tres Conferencias Sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares¹ que tuvieron lugar en Noruega, en 2013, y en México y Austria, en 2014, dejaron en claro, con sustento científico, que la prohibición explícita de las armas nucleares sería necesaria para su eliminación. En ese sentido, la prevención de las consecuencias humanitarias de estos instrumentos de guerra, debería ser el sustento de todas las acciones de desarme y no proliferación nucleares, así como la razón de ser de la prontitud del cumplimiento de compromisos y obligaciones en la materia.

Para el año 2016, la resolución 71/258 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) fue adoptada, intitulada “Avances de las negociaciones multilaterales de desarme nuclear”, presentada por México, Austria, Brasil, Irlanda, Nigeria y Sudáfrica, el llamado “grupo núcleo” que impulsó y negoció un instrumento jurídicamente vinculante que prohibiera las armas nucleares y condujera a su total eliminación. La resolución permitió las negociaciones que tuvieron lugar en Nueva York, en 2017, y resultaron en el Tratado Sobre la Prohibición de las Armas Nucleares² (TPAN), adoptado con 122 votos a

Licenciada en Relaciones Internacionales por la UNAM y Maestra en Ciencias Diplomáticas por el Instituto Matías Romero. Es miembro del Servicio Exterior Mexicano desde 1994 y ha representado a México en diversos foros multilaterales, conferencias y negociaciones dedicados a temas de desarme. Actualmente, está adscrita a la Misión Permanente de México ante la Organización de las Naciones Unidas.

** Doctor en Estudios del Desarrollo Global por la Facultad de Economía y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC). Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho (UABC). Es Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) Nivel 1 y cuenta con reconocimiento Perfil PRODEP. Sus líneas de investigación son: desarme nuclear y derecho internacional. Vicepresidente de la Organización San Diego Worldwide Initiative to Safeguard Humanity (San Diego, California, EE. UU.). Correo electrónico: torres.joshua@uabc.edu.mx

¹ Para una mayor comprensión de la gestación de dichas conferencias y los orígenes del Tratado de Prohibición de las Armas Nucleares, ver Alexander Kmentt, *The Treaty Prohibiting Nuclear Weapons*, Routledge, United Kingdom, 2021.

² El texto del TPAN está disponible en United Nations <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/tpnw/>

favor, el 7 de julio del año 2017. El TPAN entró en vigor el 22 de enero del año 2021 (UN, 2021), y al momento de preparar esta reflexión, cuenta con 68 Estados parte. La Primera Reunión de los Estados Partes, tuvo lugar en Viena, los días 21-23 de junio de 2022. La Segunda Reunión, se llevará a cabo en Nueva York, en noviembre de 2023, bajo la presidencia de México.

Los preparativos de la Primera Conferencia de las Partes de este Tratado,³ encabezados por Austria, así como la reflexión presentada en el presente trabajo, se dieron en medio de la crisis generada por la agresión de la Federación de Rusia a Ucrania el 24 de febrero de 2022, y el exacerbamiento de las tensiones internacionales que ha puesto de nuevo al mundo en riesgo de una conflagración bélica, y que ha incrementado la posibilidad del uso de las armas nucleares, debido a las amenazas de empleo de este armamento, y de la elevación de la alerta operativa de los arsenales de la Federación de Rusia. Este deterioro de la seguridad internacional fue precedido por una muy ostensible erosión del andamiaje de tratados bilaterales entre los principales poseedores de armas nucleares, que se ha acendrado por el anuncio del Presidente de Rusia Vladímir Putin en febrero de 2023, sobre la suspensión del Tratado de Reducción de Armas Nucleares Estratégicas (*New START*), celebrado entre los Estados Unidos de América y la Federación de Rusia, el último de los tratados sobre reducción y control de armamento nuclear en existencia entre estos Estados, que expirará en febrero de 2026.

Aunado a lo anterior, en los últimos 6 años ha podido percibirse una preocupante banalización del discurso sobre la utilización de las armas nucleares, tanto por poseedores de este armamento, como por Estados que defienden la llamada “doctrina de la disuasión”. No obstante, debe hacerse hincapié en que la coyuntura crítica para las relaciones internacionales ocurre cuando, por primera vez desde el inicio de la era nuclear, estas armas han sido ya prohibidas en un instrumento jurídicamente vinculante. Por ello, resulta imperioso reflexionar sobre las implicaciones tanto jurídicas como políticas, o incluso filosóficas, en éstos, los primeros años de vida del TPAN, sobre porqué dicho instrumento jurídico es relevante para la sociedad internacional contemporánea, y su posible impacto, al tiempo en el que los poseedores de armas nucleares parecen estar incrementando sus arsenales.

El TPAN plantea un paradigma que marca una nueva pauta en el diverso mapa de los acuerdos internacionales relacionados con las armas nucleares. Desde los inicios de la ONU, con la resolución⁴ número 1, el desarme nuclear se tornó en *asignatura pendiente* para la organización, dado que la consecución del

³ El Tratado exige que la Primera Reunión de las Partes se realice a más tardar un año a partir de la entrada en vigor del TPAN. Dado que el Tratado entró en vigor en medio de la pandemia por COVID-19, en 2021, las condiciones sanitarias, además de la reprogramación de otras reuniones en la Organización de las Naciones Unidas, impidieron que la reunión fuera programada para antes de enero de 2022, y por ello, la Primera Reunión de las Partes fue reprogramada para junio del mismo año. La Primera Reunión de las Partes del TPAN fue presidida por el embajador Alexander Kmentt, Director para Desarme y No Proliferación de la Cancillería austriaca.

⁴ El 24 de enero de 1946, la primera resolución de la Asamblea General de la ONU fue aprobada y establece una comisión para estudiar las consecuencias originadas por el descubrimiento de la energía atómica (AG ONU Resolución 1, 1946). Las competencias de la comisión es regular la energía atómica garantizar el empleo para fines

desarme nuclear ha sido eludida. El Tratado de No Proliferación (TNP), celebrado en 1968, es la piedra angular del régimen de desarme y no proliferación, y el más universal de todos los que componen la arquitectura de derecho del desarme. El TNP contiene obligaciones para evitar que sus partes, con excepción de los cinco Estados que ya habían realizado ensayos nucleares antes de 1967,⁵ adquieran armas nucleares, al tiempo de que los Estados pudieran seguirse beneficiando de la energía nuclear para fines pacíficos, a través de un concreto sistema de salvaguardas y verificación. No obstante, este tratado no establece una prohibición explícita de las armas nucleares, ni ninguna calificación de este tipo de armamento, y en el seno de las discusiones en torno a la implementación del TNP, hasta hace muy poco, no se aludía a los efectos de las armas nucleares, a este tema se regresará más adelante. A partir de la entrada en vigor del TPAN, los futuros debates, acuerdos y consideraciones en materia de armas nucleares están cimentados en el deber moral, político, jurídico y humanitario de alcanzar y mantener un mundo libre de armas de destrucción en masa, en particular, sin armas nucleares.

El régimen que el TPAN establece, gravita alrededor de los siguientes ejes: primero, el tratado establece la primera prohibición global explícita de las armas nucleares, en función de la prevención del impacto humanitario de estos instrumentos de guerra. Segundo, cuestiona la legitimidad de la llamada “doctrina de la disuasión nuclear” pues la prohibición de la posesión implica una ausencia de justificación de arsenales nucleares bajo cualquier argumento de necesidad o utilidad militar o para la protección de la paz y seguridad internacionales. Tercero, las prohibiciones contenidas en el Tratado están fundamentadas en el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, además de compromisos y obligaciones previamente acordados en tratados previos, notablemente, en el Tratado de No Proliferación Nuclear. El TPAN contiene, asimismo, provisiones innovadoras en instrumentos jurídicos de desarme, como la inclusión de una perspectiva de género, y de apreciación de la diferenciación del riesgo y daño de la radiación ionizantes en mujeres y niñas, así como la centralidad de las víctimas de las explosiones y ensayos atómicos, y la remediación ambiental.

Comprender las implicaciones de la plena instrumentación del TPAN, debe ser tarea central de investigadores e interesados en temas jurídicos, diplomáticos, multilateralistas y, desde luego, expertos en el ámbito del desarme y la no proliferación, en los años por venir, dado que el régimen establecido por el Tratado se irá consolidando en medio de lo que parece ser un reacomodo mayúsculo en la relación internacional de fuerzas de la ya muy larga posguerra fría. Es en dicho contexto en el que resulta necesario entender tanto el espíritu del Tratado, como su letra, y a partir de las obligaciones que tienen las partes del TPAN, podremos comprender su trascendencia.

pacíficos. El punto 5, inciso c) de la resolución propone “eliminar los armamentos nacionales, las armas atómicas, así como todas las demás armas principales capaces de causar destrucción colectiva” (AG ONU Resolución 1, 1946).

⁵ China, Estados Unidos, Federación de Rusia, Francia y Reino Unido.

Obligaciones negativas y positivas del TPAN

El Tratado consigna una serie de obligaciones negativas y positivas. Las primeras son aquéllas vinculadas a las prohibiciones contenidas en el TPAN; las segundas, se refieren a las obligaciones de las partes, con un enfoque de cooperación y reparación de daños. La primera obligación primordial del tratado es de carácter negativa y está en el contenido del primer artículo. El artículo 1 sobre las prohibiciones, establece, en su inciso a) que cada Estado parte tiene el compromiso de bajo ninguna circunstancia desarrollar, ensayar, producir, fabricar, adquirir, poseer o almacenar armas nucleares u otros dispositivos nucleares. En ese sentido, los incisos b) y c) están vinculados a las prohibiciones de transferencias y recepciones de armas y dispositivos. El inciso d) establece la prohibición de usar o amenazar con armamento nuclear, y es concordante con la Carta de las Naciones Unidas.

Esta prohibición de amenaza del empleo de armas nucleares es la primera en su tipo, y se contrapone a la llamada “doctrina de disuasión”, y a la llamada postura del “propósito único” (*sole purpose*), que esgrimen algunas voces para justificar la existencia de las armas nucleares, con el único fin de disuadir posibles adversarios. A este punto se regresará más adelante. Los incisos e) y f) prohíben ayudar, animar a otros Estados, o recibir ayuda de otros, para participar en actividades ilícitas. Por último, el inciso g) prohíbe a los Estados el emplazamiento, la instalación o el despliegue de armas nucleares, incluye dispositivos explosivos nucleares (DEN) en sus territorios o zonas bajo su jurisdicción o control.

El artículo 4 titulado “Hacia la eliminación total de las armas nucleares” en su párrafo 2, fija para los Estados parte, la obligación inmediata de poner fuera de estado operativo y destruir las armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares que tengan en propiedad, posesión o control. El Tratado explica que si un Estado poseedor de armamento nuclear está interesado en ser parte del TPAN y eliminar su arsenal, el proceso consiste en presentar un plan jurídicamente vinculante para negociar que incluya los plazos ante una autoridad internacional (o autoridades) competente, designada por el resto de los Estados parte. De acuerdo a lo anterior, la decisión sobre la designación de la autoridad internacional competente será una oportunidad estratégica para proteger los objetivos del tratado. No obstante, hasta el momento, no se prevé que un poseedor de armamento nuclear vaya a adherirse al TPAN en el futuro inmediato. En consecuencia, la decisión sobre la autoridad no tendría que tomarse con sentido de urgencia, por lo que se espera que la discusión sobre dicha decisión sea considerada en las primeras reuniones de las partes, pero no concluya de inmediato.⁶

El párrafo 3 del artículo 4 también dispone obligaciones negativas, ya que el Estado que tenga las obligaciones del párrafo 2 también deberá cumplir con celebrar un acuerdo de salvaguardias con el Organismo Internacional de Ener-

⁶ Para una mayor comprensión de los compromisos adoptados por las partes del TPAN en su primera reunión, se recomienda consultar el Plan de Acción de Viena, disponible en idioma inglés en https://documents.unoda.org/wp-content/uploads/2022/06/TPNW.MSP_.2022.CRP_.7-Draft-Action-Plan-new.pdf; consultado el 1º de marzo de 2023, a las 08:02p.m, hora central de México.

gía Atómica (OIEA). El Estado ofrecerá en el acuerdo, garantías de que no se producirá ninguna desviación de materiales nucleares declarados para usos pacíficos, y también garantizará que no existan materiales o actividades nucleares no declaradas. El proceso para la creación del acuerdo entre el Estado y el OIEA, tendrá como límite de inicio, la fecha en que concluya la negociación entre los Estados parte del plan jurídicamente vinculante junto con los plazos determinados para poner fuera de operación y eliminación las armas nucleares. Segundo, el acuerdo entre el Estado y la OIEA entrará en vigor, a más tardar, 18 meses después del inicio de la negociación. Por último, el Estado parte emitirá una declaración final para el Secretario General de la ONU sobre el cumplimiento de dichas obligaciones.

El párrafo 1 establece que cada Estado parte del tratado que haya eliminado su programa de armas nucleares después de la adopción del tratado y antes de la entrada en vigor, cooperará con la autoridad internacional competente para efectos de verificación. Cabe hacer énfasis en que el párrafo 6 permite que el Secretario General convoque a una reunión extraordinaria en caso que falte la designación de una autoridad internacional competente de los Estados para adoptar decisiones necesarias. Como se explicó anteriormente, durante el periodo entre la adopción y la entrada en vigor del TPN, el párrafo 1 no se aplicó. El artículo 5 trata sobre la aplicación en el plano nacional y tiene obligaciones negativas básicas para los Estados parte. El objetivo principal del artículo es la responsabilidad de los Estados en adoptar las medidas necesarias para cumplir con los lineamientos del tratado, incluyendo medidas legales, administrativas y sanciones penales para evitar o mitigar cualquier actividad prohibida por el tratado. En ese sentido, los Estados deben legislar para adaptar su normatividad vigente, como por ejemplo, sus códigos penales, mediante reformas o procesos correspondientes, de acuerdo a los sistemas políticos y constitucionales de cada Estado parte.

Desde el enfoque de las obligaciones positivas, el artículo 6 titulado “Asistencia a las víctimas y restauración del medio ambiente”, en su párrafo 1, señala que los Estados parte tienen la obligación de brindar asistencia a las personas afectadas por el uso o el ensayo de armas nucleares, de acuerdo con el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos aplicable. En ese sentido, queda explícita la obligación de proporcionar asistencia, atención médica, rehabilitación y apoyo psicológico a las víctimas de las armas nucleares. Los Estados tienen la obligación de proveer los medios para que las personas afectadas puedan tener inclusión social y económica. Estas obligaciones, además de ser inéditas, tendrán repercusiones significativas para comunidades afectadas por estas armas. Debe recordarse que durante el periodo 1945-2017, los Estados poseedores de armas nucleares realizaron 2,056 ensayos en regiones como los atolones del pacífico que involucran a un grupo de Estados, la región del atlántico sur, territorios de Argelia y Australia, la zona de Semipalatinsk en Kazajistán, entre otros (*Arms Control Association*, 2020), además de los realizados por Estados Unidos en Estados fronterizos con México.

El párrafo 2 establece que los Estados tienen la obligación de restaurar el medio ambiente de las zonas contaminadas bajo su jurisdicción como consecuencia de las actividades relacionadas con el uso y ensayo de armas nucleares. La remediación ambiental, otra cuestión innovadora en la letra del TPAN, hace visible un tema, hasta cierto punto, dejado en el margen de las discusiones concernientes al vínculo entre el empleo de las armas nucleares y el daño a los ecosistemas. En su conjunto, el artículo 6 contiene un enfoque humanitario, no solo de creación de conciencia sobre el impacto humanitario de las armas nucleares, sino en el sentido de otros tratados modernos de desarme humanitario (como las respectivas convenciones de prohibición de las minas terrestres antipersonal, y las municiones en racimo), que prohíben categorías completas de armamento en atención al efecto indiscriminado del arma, y su impacto humanitario, y ofrece apoyo paliativo a las comunidades afectadas.

El artículo 7 titulado “Cooperación y asistencia internacionales” trata sobre los derechos que tienen los Estados parte de solicitar y recibir asistencia. Los Estados parte que estén en condiciones de hacerlo, deben brindar asistencia a otros Estados parte que hayan sido afectados por el uso de las armas nucleares o ensayos. En ese sentido, las víctimas pueden recibir asistencia por los Estados parte del tratado y los Estados parte responsables de las consecuencias y los daños tienen la obligación de proporcionar la asistencia adecuada.

La Primera Conferencia de los Estados Parte y la Participación de los Estados Observadores

Como se indicó al inicio del presente trabajo, el TPAN cuenta, a la fecha, con 68 Estados Parte y 95 firmas. De éstos, la mayoría son Estados de América Latina y el Caribe con 26 partes; África tiene 15 partes, seguida de Asia con 11, Oceanía y parte del Océano Pacífico con 10, Europa con 5 y Oriente Medio con 1. El número de Estados por continente que cuentan con firma, pero tienen pendiente la ratificación son África 18, América Latina y el Caribe con 4, Asia 4 y Europa 1 (*UNODA Database*, 2023).

Las regiones que cuentan con un Tratado que establece una Zona Libre de Armas Nucleares (ZLAN)⁷ son aquellas que, hasta este momento, tienen el mayor número de firmas y ratificaciones al TPAN. Lo anterior puede explicarse porque los Tratados que establecen ZLAN ya contienen prohibiciones similares a las del TPAN. Debe llamarse la atención, por ejemplo, a que, de hecho, el primero de estos Tratados, el Tratado de Tlatelolco de 1967, lleva por nombre “Tratado para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe”, y

⁷ El concepto ZLAN está en la resolución 3472 B (1975) de la Asamblea General de la ONU y considera una zona libre de armas nucleares a toda zona reconocida por la AG de la ONU, que cualquier grupo de Estados establezca en el ejercicio de su soberanía mediante un tratado o convención que determine lo siguiente: “a) se defina el estatuto de ausencia total de armas nucleares al que estará sujeta esa zona, inclusive el procedimiento para fijar los límites de la misma; b) se establezca un sistema internacional de verificación y control para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este estatuto” (ONU A/RES 3472B, 1975, p. 15). Además del Tratado de Tlatelolco de 1967 como ZLAN, existen otros acuerdos como el Tratado de Rarotonga de 1985 para el Pacífico Sur; Bangkok de 1995 para el Sudeste Asiático; Pelindaba de 1996 para África; Semipalantinsk de 2006 para Asia Central (OPANAL, s.f).

constituye el primer instrumento jurídico que contuvo una prohibición expresa de las armas nucleares, con un enfoque regional. No es casual, entonces, que la mayor parte de Estados que han ratificado el TPAN, sean, hasta este momento, latinoamericanos y caribeños.

El continente europeo tiene un bajo número de firmas y ratificaciones en el TPAN, debido en parte, a la gran cantidad de Estados en dicha región que son miembros de la Organización de la Alianza del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), que es, en esencia, una alianza nuclear, que ofrece disuasión nuclear extendida (la llamada “sombrija nuclear”) a sus miembros, con las armas nucleares de Estados Unidos, Francia y Reino Unido. Asimismo, cinco países europeos⁸ tienen esquemas de intercambio nuclear o “*nuclear sharing*”, por los que tienen en su territorio, armas nucleares de los Estados Unidos. Por otra parte, algunos países europeos neutrales, como Suiza o Suecia si bien participaron en la negociación del Tratado, han decidido no ser parte todavía.

Todo lo anterior hace notable la participación y tenacidad que algunos Estados europeos (como Austria, Santa Sede, Irlanda, Malta y San Marino, que han ratificado el Tratado, o Liechtenstein que aún no ratifica el Tratado, pero lo apoya) han tenido en la gestación y establecimiento del TPAN, y ello podría ir ayudar a gestar mayor empatía por el Tratado por parte de más países europeos. Asimismo, Noruega, que organizó la primera Conferencia Sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares en el año 2013, seguido por México y Austria, sostuvo una posición similar a la de otros miembros de la OTAN, en el sentido de no firmar el TPAN. Sin embargo, a raíz del cambio de gobierno en dicho país, Noruega participó como observador en la primera reunión de los Estados parte del TPAN. Del mismo modo, Alemania anunció en el acuerdo sobre coalición de partidos del nuevo gobierno, a finales del año 2021, que participaría como observador en dicha reunión. (*Koalitionsvertrag*, 2021).

Los pronunciamientos de Alemania y Noruega mostraron la posibilidad que otros Estados pertenecientes a la OTAN consideren como primer paso el rol de observadores en el TPAN.⁹ La participación de Alemania como observador en el TPAN puede replantear y abrir el debate de manera más abierta sobre la permanencia de las armas nucleares de Estados Unidos que se encuentran en su territorio y en los demás países con *nuclear sharing*. Dadas las obligaciones contenidas en el artículo 4, párrafo 4 del TPAN, cada Estado parte está obligado a la remoción de sus armas nucleares u otros DEN en cualquier ubicación bajo su jurisdicción o control que otro Estado tenga en propiedad o controle. Por otro lado, la postura de la OTAN en una declaración en el año 2020 reafirma su compromiso para el control de armas, desarme y no proliferación, pero expresa su oposición al TPAN por los retos de las condiciones de la seguridad internacional. La declaración argumenta que la OTAN es una alianza defensiva y el propósito de su capacidad de armamento es para mantener la paz y detener la agresión (*NATO press*, 2020).

⁸ Alemania, Bélgica, Italia, Países bajos y Turquía.

⁹ Australia, otro país bajo la llamada sombrilla nuclear, también envió una delegación observadora. <https://banmonitor.org/profiles/australia>

Por otra parte, Suiza emitió una declaración en la primera comisión de la Sesión 76 de la Asamblea General el 13 de octubre 2021 (*ONU Journal*, 2021). La declaración hace énfasis en las consecuencias humanitarias como argumento para el desarme nuclear, y confirmó la participación de Suiza como observador en la primera conferencia de los Estados parte del TPAN, y la intención de contribuir en una relación edificante entre el TNP y TPAN. Cabe señalar que Suecia también participó como observador en la 1ª Conferencia de las Partes. Los pronunciamientos de Suiza y Suecia tienen un fuerte mensaje del valor del multilateralismo, Suiza, por ser uno de los Estados con un significativo número de sedes de organismos internacionales, Suecia, por ser uno de los campeones tradicionales del desarme nuclear, y por su postura neutral tradicional. Los recientes anuncios de Suecia y Finlandia sobre su intención de ingresar a la OTAN, en el contexto de la agresión de la Federación de Rusia a Ucrania, hacen más difícil la participación de dichos países como estados parte del TPAN, en el futuro inmediato.

Cabe destacar que Austria, como Estado parte del TPAN, también tiene una influencia por ser sede de organismos internacionales como el Organismo Internacional de Energía Atómica y la Comisión Preparatoria de la Organización para el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares, entre otros. Suiza y Austria comparten una ubicación geográfica estratégica porque comparten fronteras con Estados miembros de la OTAN, y son neutrales, además de rechazar, incluso la opción de generar energía nuclear. Austria es un probado promotor de llamado “desarme humanitario”, y ha impulsado, junto con México, Noruega e Irlanda, entre otros países, importantes procesos para la prohibición de categorías completas de armas, en atención a las características intrínsecas de dichos instrumentos de guerra y sus consecuencias humanitarias (como las minas terrestres antipersonal; las municiones en racimo; y las armas nucleares).

El gobierno austriaco convocó a una cuarta Conferencia sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares el 20 de junio de 2022, de manera previa a la Primera Reunión de los Estados partes del TPAN, y de manera independiente de ésta (*Federal Ministry Republic of Austria*, 2022). La reunión permitió el diálogo de los participantes sobre nuevos estudios, hallazgos y datos sobre el impacto humanitario de las armas nucleares, desde la perspectiva de la sociedad contemporánea. Debe recordarse que las tres Conferencias previas tuvieron lugar hace una década, y varios de los planteamientos merecen seguimiento y actualización, desde el punto de vista académico, para poder continuar alimentando las negociaciones diplomáticas, con base en datos y hechos. La Cuarta Conferencia sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares permitió la participación de gobiernos, sociedad civil y actores que no necesariamente participarían en la Conferencia de los Estados Partes del TPAN, pero que podrían mantenerse involucrados en la reflexión sobre las consecuencias catastróficas de las armas nucleares.

La Tendencia en el Número de Ratificaciones del TPAN y la Comparación con el Comportamiento Numérico de los Arsenales Nucleares

El proceso de negociación e implementación de un tratado como el TPAN, está regido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969, e incluye una serie de etapas básicas como la negociación, adopción del texto, autenticación del texto y manifestación del consentimiento. La manifestación del consentimiento consiste en que un Estado acepta con su consentimiento la obligación de cumplir con los artículos o contenidos establecidos en el tratado y podrá manifestarse con diferentes formas que acuerden los Estados, las formas comunes son la firma, el canje de instrumentos que constituyan una ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión (CVDT, 1969). Para que los Estados puedan formar parte del TPAN y estén obligados a cumplir, la primera vía es mediante la firma y la ratificación, el tiempo entre firma y ratificación depende de cada Estado según sus procesos y cuestiones internas. La ratificación es requerida para que el Estado pueda estar obligado y participar como Estado Parte del TPAN. La segunda forma es la adhesión para aquellos Estados que no participaron en la negociación del tratado, entonces pueden realizar el proceso de adherirse y participar como Estado Parte.

El artículo 13 sobre firma del TPAN establece “El presente Tratado estará abierto a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York a partir del 20 de septiembre del 2017”. Por su parte el artículo 14 señala “El presente Tratado estará sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios. El Tratado estará abierto a la adhesión”. La manifestación del consentimiento de los Estados no forma la parte final del proceso de celebración del tratado, requiere de la entrada en vigor que se establece en el tratado con un número de instrumentos requeridos y la fecha asignada por los Estados negociadores (Ortiz, 2017). Durante el periodo 2017-2021 (Tabla 1), el TPAN tuvo una tendencia promedio de 11.8 ratificaciones por año, este promedio incluye las adhesiones. El promedio anual de las firmas del TPAN es de 17.2. La tendencia desde la perspectiva numérica indica que, para el año 2025, el TPAN podría superar los 100 Estados parte con un cálculo de 106.2 ratificaciones y 154.8 firmas. La tendencia también es viable al considerar que el tratado contó con 122 votos a favor para la adopción.

Tabla 1. Número de Estados Parte (ratificaciones) y Firmas de los Estados

Año	2017	2018	2019	2020	2021	Total	Promedio (2017- 2021)	Tendencia 2025
Estados Parte (Ratificaciones)	3	16	15	17	8	59	11.8	106.2
Firmas de los Estados	56	14	11	7	1	86-89	17.2	154.8

Fuente: Elaboración propia con base en *United Nations Treaty Collection*

Cabe destacar que, desde la apertura a firma del Tratado a su entrada en vigor (tres años y cuatro meses, después de los 90 días transcurridos desde la ratificación número 50), el ritmo de ratificación y adhesión al TPA fue, en promedio, similar a la de otros tratados relacionados con armas de destrucción en masa, pero, en el transcurso de 2021 y 2022, el ritmo de adhesiones ha sido más lento que en relación con los otros tratados de armas de destrucción en masa (*Norwegian People's Aid*, 2022).

Por otra parte, durante el periodo de 2017 y 2022 (Gráfica 1), Rusia y Estados Unidos reportaron haber reducido 1025 y 1375 ojivas, con un promedio de reducción de 205 y 275 ojivas por año. Francia muestra una tendencia de disminución moderada y Reino Unido tuvo un incremento moderado. China incrementó sus arsenales con 80 ojivas nucleares con un promedio en incremento de 16 ojivas, pero en los años 2019 al 2021 prevaleció la tendencia de 30 ojivas por año. Pakistán y la India tienen un incremento, cada uno de 25 y 40 ojivas, con un promedio durante el periodo de 5 y 8 ojivas por año. Israel, no ha aceptado, ni negado estar en posesión de armamento nuclear, pero los datos existentes muestran que mantiene un moderado incremento de sus arsenales nucleares. Por otro lado, Corea del Norte tiene un aumento de 20 ojivas con un promedio de 4 ojivas por año.

Para junio del 2022, los datos del *Research Center for Nuclear Weapons Abolition* (RECNA) sobre el inventario de las armas nucleares en el mundo fue de 12, 720. Los Estados Unidos y Rusia tienen los mayores arsenales con las cantidades de 5, 425 y 5, 975 ojivas, seguidos por China con 350, Francia y Reino Unido con 290 y 225; Pakistán y la India tienen cantidades similares 165 y 160. El Estado de Israel mantiene el rango de 90, y por último Corea del Norte con 40 ojivas (RECNA, 2022). Por otro lado, los datos del *Stockholm International Peace Research Institute* (SIPRI) muestran una información sobre el inventario de armas nucleares similar a los rangos de RECNA. Para SIPRI en enero del 2022, el inventario de armas nucleares en el mundo fue de 12, 705. Los Estados Unidos y Rusia tienen los mayores arsenales con las cantidades de 5, 428 y 5, 977 ojivas, seguidos por China con 350, Francia y Reino Unido con 290 y 225; Pakistán y la India tienen cantidades similares 165 y 160. El Estado de Israel mantiene el rango de 90, y por último Corea del Norte con 20 ojivas (SIPRI, 2022).

Gráfica 1. Número de armas nucleares periodo 2017-2022 y tendencia 2023-2025



Fuente: Elaboración propia con datos RECNA periodo 2017 a 2022, *Nuclear Warheads Data Monitoring Team Nagasaki University*.

La gráfica 1 muestra un ejercicio de tendencia en el periodo 2023 a 2025, basado en los promedios del periodo 2017-2022. Para el año 2025, la tendencia global del número aproximado de armas nucleares es de 11,401. Aún si estas tendencias se mantuvieran estables, Estados Unidos y Rusia seguirían con las cifras más altas en sus arsenales con 4600 y 5360 ojivas, respectivamente. Francia parece presentar un promedio de reducción de 2 ojivas por año, mientras Reino Unido e Israel mantienen un promedio de incremento de dos ojivas por año, en el entendido de que estos últimos tres Estados no han transparentado números totales detallados de su arsenal. China parecería mantener un arsenal con modesto incremento de alrededor de 404 ojivas. No obstante, el Reporte Anual 2022 del Departamento de Defensa de los Estados Unidos para el congreso, titulado *"Military and Security Developments Involving The Peoples Republic of China"* muestra una preocupante tendencia del incremento del arsenal nuclear chino, presumiéndose que pudiera triplicarse para el año 2035. En el caso de India y Pakistán, incrementan sus arsenales con las cantidades de 184 y 190, y por último Corea del Norte incrementa con 52.

Lo anterior eran tendencias probables de acuerdo a los promedios y el comportamiento de las condiciones y factores en la seguridad internacional en los últimos cinco años, en el entendido de que no existe verificación multilateral para acciones de desmantelamiento o desarme nuclear, ni sobre la irreversibilidad del desarme, además de que ni los datos provistos por los poseedores de armamento son similares entre sí.¹⁰ Por otra parte, la *Federation of American*

¹⁰ El *Stockholm International Peace Research Institute* (SIPRI) muestra el número aproximado de armas nucleares que tiene cada Estado en el año 2021. La diferencia de las cantidades entre SIPRI y RECNA son mínimas. De acuerdo con SIPRI, los Estados de Rusia y la India tienen 6255 y 156 ojivas (SIPRI, 2021), cinco y cuatro ojivas de variación al comparar los datos con RECNA. También en ese sentido, SIPRI (2021) especula que Corea del Norte tiene de 40 a 50 ojivas, y el resto de las estimaciones estatales de las armas nucleares son iguales a RECNA.

Scientists (s.f) publicó en Marzo del 2023 la estimación de los inventarios de las armas nucleares de ese mismo año. El número total de armas nucleares es de 12,512. Los Estados Unidos y Rusia tienen 5244 y 5889 ojivas. Seguidos por China con 410, Francia y Reino Unido con 290 y 225; Pakistán y la India 170 y 164. El Estado Israel mantiene la cantidad de 90 y por último Corea del Norte con 30. Las estimaciones que muestra la *Federation of American Scientists* se mantienen cercanas a los rangos de la tendencia 2023 de la gráfica 1 de acuerdo a las proporciones de inventario por Estado.

Una posible disminución de los arsenales estratégicos entre Rusia y Estados Unidos dependía en gran medida de la continuidad del Acuerdo *New START*, acuerdo bilateral que entró en vigor en la década pasada y que fue extendido de febrero de 2022, hasta 2026. La disminución de arsenales estratégicos, sobre todo, dependería de la posibilidad de mantener el diálogo entre los poseedores de armamento nuclear. Si bien el año 2022 inició con una señal positiva con la declaración del 3 de enero en la que los cinco Jefes de Estado de los poseedores de armas Nucleares bajo en el TNP se adhirieron al postulado de Reagan y Gorbachov en el sentido de que una guerra nuclear no puede ser ganada y no debe ser peleada (*White House Statement*, 2022), la agresión militar en Ucrania, acompañada de un desdén por acuerdos previos de garantías negativas de seguridad hacia Ucrania, así como del ataque ilegal contra instalaciones nucleares para fines pacíficos, mostró la fragilidad del discurso de reducción de riesgos nucleares.

No obstante, la situación del régimen de no proliferación y desarme ya era precaria antes de dichas acciones. En los últimos años, pudimos presenciar el resquebrajamiento de los tratados bilaterales entre Estados Unidos y Rusia; las conversaciones bilaterales para la vigencia del Tratado *New START*, están suspendidas en estos momentos, y como se explicó más arriba, el Presidente de la Federación de Rusia anunció que suspendería la aplicación de este tratado en febrero de 2023. El anuncio había sido precedido de la suspensión de las inspecciones bilaterales entre sus partes, y de acusaciones mutuas de incumplimiento, además de la tensión internacional que prevalece entre los cinco poseedores de armas nucleares, miembros permanentes del Consejo de Seguridad por la invasión rusa a Ucrania, son todas señales ominosas para la posibilidad de reanudar el diálogo diplomático entre dichos países.

Dicha coyuntura política y estratégica, y la ausencia de diálogo o mesas de negociación, apunta a que los poseedores, al menos los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, van en pos de incrementar, tanto su gasto militar como sus arsenales nucleares, en cantidades no vistas desde los momentos más álgidos de la guerra fría. Aun cuando ello no ocurriera, las cifras actuales y proyectadas siguen haciendo de las armas nucleares una amenaza existencial para la humanidad. La cantidad actual de armas nucleares existente es injustificable; de ser utilizados estos arsenales, se pondría en riesgo la supervivencia misma de la humanidad y de la civilización como la conocemos.

Adicionalmente, debe tenerse en mente que en 2020, los Estados poseedores de armamento nuclear gastaron 73 mil millones de dólares americanos en el mantenimiento de estos artefactos (*ICAN Report*, 2020). Ello contrasta de manera burda con los recursos destinados al desarrollo por estos países, y en general, por la comunidad internacional, particularmente en momentos en los que se necesita fomentar la recuperación económica por los estragos de la pandemia de COVID-19, y porque pone de relieve la contradicción que existe entre las doctrinas militares en torno a la conservación de las armas nucleares, acuerdos multilaterales (como el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible), y el derecho internacional.

Como anteriormente, en los siguientes años, el deterioro de la situación en la seguridad internacional puede cambiar de manera drástica el comportamiento numérico de los arsenales nucleares, así como la actitud de la comunidad internacional hacia este tipo de armas y su impacto humanitario. La amenaza nuclear por parte de uno de los poseedores pone en riesgo el régimen de no proliferación y desarme y es un incentivo para la proliferación nuclear y el escalamiento de tensiones, que hacen más factible la banalización de recurrir a las armas nucleares, y argumentaciones filosóficas sobre la supuesta necesidad de este armamento, y de mantenerlo.

En ese sentido, la Primera Reunión de las partes del TPAN fue una buena ocasión para que los Estados mostraran rechazo a la opción nuclear, y su compromiso nacional, y multilateral con la prohibición y eliminación de las armas nucleares. Fue un momento único para fortalecer la noción de que la mayor parte de las naciones del mundo está en contra de la existencia, del empleo y de los riesgos asociados al armamento nuclear, cuando una minoría de Estados las posee y gasta vastos recursos en mantenerlas, posiblemente en incrementar sus números, y en vista de los acontecimientos recientes, podría, en efecto, emplearlas.

Reflexiones finales

Como cualquier Tratado, de la implementación de las obligaciones del Tratado por sus partes, dependerá la fortaleza del régimen establecido por el TPAN. Incluso cuando en estos momentos las partes del TPAN son exclusivamente no poseedores de armamento nuclear, el incremento de Estados Parte del Tratado, y el establecimiento de vasos comunicantes con no partes, como los observadores a la Primera Reunión de las Partes, está contribuyendo para elevar el costo político a quienes justifican el empleo de armas nucleares y su existencia, y cuestiona fuertemente la validez de la doctrina de la disuasión. Del mismo modo, afianza la norma consuetudinaria de prohibición de las armas nucleares y sus obligaciones positivas y negativas.

Al final del día, alcanzar y mantener un mundo libre de armas nucleares solo podrá lograrse si hay un avance normativo que respalde las acciones de desarme, bajo los principios de transparencia, verificación e irreversibilidad. Estas acciones tendrán sentido en la medida en la que las partes del TPAN

consideren a la prohibición de las armas nucleares como la razón de ser de todas las acciones de no proliferación y desarme. Lo anterior resulta relevante, porque no debe perderse de vista que si bien el TPAN, es un tratado independiente de otros instrumentos jurídicos, en efecto, vino a llenar una laguna legal existente en el derecho del desarme. Antes de 2017, las armas nucleares era la única categoría de armas de destrucción en masa que no eran objeto de una prohibición explícita en un tratado multilateral, como concluyó la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1996 (Asamblea General ONU A/51/218, 1996).

Como puede apreciarse del espíritu y letra del TPAN, sus provisiones no son un camino alternativo, o sustituto de otros tratados, sino un complemento de éstos, y son consistentes con dichas obligaciones previas. Las partes del TPAN deberán continuar cumpliendo las obligaciones adquiridas por ser parte de otros tratados. En estos momentos, todas las partes del TPAN son partes del TNP; algunas de ellas, son también parte de Tratados que establecen Zonas Libres de Armas Nucleares y/o del Tratado de Prohibición Completa de los ensayos Nucleares, que todavía no está en vigor. El TPAN complementa un amplio andamiaje de diversos tratados en materia de desarme y no proliferación de las armas nucleares, y de alguna manera, les da sentido político y jurídico.

De manera particular, el TPAN complementa y puede coadyuvar al fortalecimiento del régimen establecido por el TNP. Si las armas nucleares están prohibidas por el derecho internacional, se comprende la razón de la conservación de la energía nuclear para exclusivamente, usos pacíficos; se comprende porqué es importante cancelar cualquier posibilidad de proliferación de este armamento, y, sobre todo, es el fundamento de las acciones hacia el desarme nuclear, que constituye una obligación legal del TNP,¹¹ pero que, hasta la negociación del TPAN, no habían sido negociadas provisiones jurídicamente vinculantes para instrumentar dicha obligación. El TPAN representa los esfuerzos de los Estados no poseedores de armas nucleares para implementar sus obligaciones bajo el TNP.

La Décima Conferencia quinquenal de Examen del Tratado sobre la No Proliferación de las armas Nucleares (TNP) tuvo lugar en agosto de 2022, después de varias posposiciones por la situación sanitaria internacional, y posterior de la Primera Reunión de las Partes del TPAN. Fue importante observar cómo la Conferencia de Examen del TNP operó por primera vez, bajo la premisa de que las armas nucleares ya son objeto de una prohibición explícita en el derecho internacional. De entrada, políticamente, los Estados no poseedores de armas nucleares llegaron a la Décima Conferencia de Examen del TNP con el firme propósito de refirmar su compromiso con los propósitos del Tratado. Las partes del TNP; que también son parte del TPAN, demostraron su compromiso con los objetivos y fortaleza del régimen de no proliferación y desarme con acciones concretas, como lo ha sido la negociación de un nuevo tratado, el TPAN, y su implementación.

¹¹ Ver el texto del Tratado para la No Proliferación de las Armas Nucleares en <https://treaties.unoda.org/t/npt>

La Conferencia de examen del TNP, llevada a cabo en agosto de 2022, concluyó sin un acuerdo de consenso, debido a la negativa rusa de sumarse a un documento que mostraba preocupación por los ataques militares a las plantas nucleares en Ucrania, entre otros puntos contenciosos. El TNP ha fracasado en mostrar, desde las reuniones de su ciclo sexenal de examen, una señal de respeto normativo a la implementación de sus provisiones por parte de los estados poseedores de armas nucleares, así como en enviar una señal positiva de rechazo a la proliferación nuclear.

Es imperativo ahora, para las partes del TPAN demostrar que el régimen de no proliferación y desarme debe funcionar, no tanto a pesar de la turbulenta situación en la que se encuentra el TNP y el mundo bajo nuevas amenazas nucleares, sino precisamente, porque el régimen es la mejor defensa contra estos desafíos, y la prohibición de las armas nucleares, un fuerte cimiento que garantiza la estabilidad de la arquitectura de desarme y no proliferación. Esperamos que así suceda, porque el mundo no puede darse el lujo de abrir nuevas grietas al multilateralismo, y sí a la posibilidad de alcanzar y sostener un mundo libre de armas nucleares, como lo era antes de 1945.

Fuentes consultadas

- Asamblea General ONU A/51/218 (1996). Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares. Recuperado el 14 de enero del 2022 en <https://www.icj-cij.org/public/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1996-es.pdf>
- Asamblea General ONU A/RES/1 (1946). Resoluciones aprobadas de acuerdo al primer comité. Recuperado el 3 de febrero del 2022 en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/035/61/PDF/NR003561.pdf?OpenElement>
- Arms Control Association (2020). The Nuclear Testing Tally. Recuperado el 9 de febrero del 2022 en <https://www.armscontrol.org/factsheets/nuclear-testtally>
- Convención de Viena Sobre el derecho de los tratados (1969). U.N. Doc A/CONF.39/27. Recuperado el 20 de febrero del 2022 en https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Declaración de Suiza (2021). 76 sesión de la Asamblea General ONU Primera Comisión. Recuperado el 2 de enero del 2021 en https://statements.unmeetings.org/statements/11.0010/20211013/Qhh3cuS7UmuH/HFKJXjVxSjlj_en.pdf
- Department of Defense Annual Report to Congress (2022). Military and Security Developments Involving the People's Republic of China. <https://media.defense.gov/2022/Nov/29/2003122279/-1/-1/1/2022>
- Federal Ministry Republic of Austria European and International Affairs (2022). The 2022 Vienna Conference on the Humanitarian Impact of Nuclear Weapons. Recuperado el 13 de mayo de 2020 en <https://www.bmeia.gv.at/en/european-foreign-policy/disarmament/weapons-of-mass-destruction/nuclear-weapons/2022-vienna-conference-on-the-humanitarian-impact-of-nuclear-weapons/#:~:text=The%202022%20Vienna%20Conference%20on,in%20the%20Austria%20Center%20Vienna>

- Federation of American Scientists (s.f) (2023). Estimated global nuclear warhead inventories 2023. Recuperado el 10 de marzo del 2023 en <https://fas.org/issues/nuclear-weapons/status-world-nuclear-forces/>
- ICAN Report (2020). Enough is enough 2020 Global Nuclear Weapons Spending. Recuperado el 13 de mayo de 2022 en https://www.icanw.org/report_73_billion_nuclear_weapons_spending_2020
- Koalitionsvertrag Zwischen (2021). Mehr Fortschritt Wagen Bundnis fur Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Recuperado el 2 de enero del 2021 en https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalition_svertrag_2021-2025.pdf
- NATO Press Release (2020). North Atlantic Council Statement as the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons Enters Into Force. Recuperado el 1 de diciembre del 2022 en https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_180087.htm?selectedLocale=en
- Norwegian People's Aid (2022). The status of the TPNW, Nuclear Weapons Ban Monitor. Recuperado el 14 de mayo del 2022 en <https://banmonitor.org/tpnw-status>
- ONU Journal (2021). General Assembly First Committee Switzerland Statements. Recuperado el 4 de enero del 2021 en <https://journal.un.org/en/new-york/meeting/officials/9d3cd100-a51a-ec11-8311-0abf1fa886b5/2021-10-13/statements>
- Organización de las Naciones Unidas (1975). Resolución 3472 B, Estudio amplio de la cuestión de las zonas libres de armas nucleares en todos sus aspectos.
- Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina y el Caribe (OPANAL) (s.f). Zonas Libres de Armas Nucleares. Recuperado de <http://www.opanal.org/zonas-libres-de-armas-nucleares-zlan/>
- Ortiz, L (2017). Derecho Internacional Público. 4ta Edición. OXFORD University Press
- Resolución 71/258 Asamblea General (2016). Avances de las negociaciones multilaterales de desarme nuclear. Recuperado el 27 de enero del 2021 en <https://undocs.org/es/A/RES/71/258>
- Research Center for Nuclear Weapons Abolition (RECNA) (2022). They exist so they can be used: the world's Nuclear Warheads Count, Nagasaki University, Japan. Recuperado el 1 de diciembre del 2022 en https://www.recna.nagasaki-u.ac.jp/recna/bd/files/NuclearWH_2021_ENG.pdf
- Stockholm International Peace Research Institute (2022). SIPRI Yearbook 2022 Armaments, Disarmament and International Security. Recuperado el 5 de febrero del 2023 en <https://www.sipri.org/yearbook/2022/10>
- Tratado Sobre la Prohibición de las Armas Nucleares Asamblea General ONU (2017). Recuperado el 7 de diciembre de 2021 en <http://undocs.org/A/CONF.229/2017/8>
- Tratado Sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares TNP (1968). Recuperado el 13 de mayo de 2022 en https://www.iaea.org/sites/default/files/publications/documents/infircs/1970/infirc140_sp.pdf
- United Nations (2021). The United Nations Disarmament Yearbook, Disarmament Resolutions and Decisions of the Seventy-fifth Session of the United Nations General Assembly, Volume 45, Part 1.

- UNODA (2022). TPNW Meeting of States Parties. Recuperado el 15 de febrero del 2022 en <https://meetings.unoda.org/meeting/tpnw-msp-1-2022/>
- United Nations Office for Disarmament (2023). Disarmament Treaties Database. Recuperado el 1 de febrero del 2023 en <https://treaties.unoda.org/t/tpnw>
- United Nations Treaty Collection (s.f). Status of Treaties 2022, Chapter XXVI-9 Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons. Recuperado el 25 de febrero del 2022 en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-9&chapter=26
- White House Statement (2022). Joint Statement of the Leaders of the Five Nuclear Weapons States on Preventing Nuclear War and Avoiding Arms Races. Recuperado el 13 de mayo del 2022 en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/01/03/p5-statement-on-preventing-nuclear-war-and-avoiding-arms-races/> visitado el 13 de mayo de 2022.

QUINTA PARTE

Derecho Internacional, Política y Diplomacia

Derecho vs. política en el escenario internacional contemporáneo: El caso de Ucrania

David Jamile Sarquís Ramírez*

*Un hombre puede decir lo que quiera,
pero jamás debe olvidar que no está solo en el mundo.*

Lao-Tsé

Introducción

No es intención de este trabajo analizar las causas y consecuencias del conflicto ruso ucraniano en sí; sobre el tema se ha generado abundante literatura durante la primera mitad de este 2022 (Mearsheimer 2022; Walt 2022). El propósito es más bien reflexionar de manera crítica sobre las implicaciones de este proceso para el sistema internacional, especialmente en lo referente a la relación que existe entre la política y el derecho en el ámbito internacional.

Independientemente de la validez política que las razones que llevaron al estado ruso a invadir Ucrania a finales de febrero del 2022, puedan haber tenido, el acto en sí constituye, sin lugar a dudas, una flagrante violación del derecho internacional contemporáneo y una clara amenaza al ideal de un mundo más próspero y justo fincado en el espíritu de la ley. Putin bien puede argumentar que el expansionismo de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, (OTAN) representaba una amenaza inminente para su país o que el maltrato del gobierno ucraniano contra las minorías ruso parlantes en la región del Donbás¹ al este de Ucrania ameritaban la intervención rusa. Sin embargo, en términos de derecho

* Doctor en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Doctor en Historia por la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM). Maestro en Ciencias por el Instituto Politécnico Nacional (IPN). Docente-investigador de tiempo completo en el Instituto de Estudios Internacionales "Isidro Fabela" de la Universidad del Mar, en Huatulco, Oaxaca. Ha sido profesor invitado en las Universidades de Berkeley y de Yale en Estados Unidos. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) Nivel 1.

¹El Donbás, fronterizo con Rusia, es una región al este de Ucrania formada por las provincias de Lugansk y Donetsk que vivieron proclamaciones de independencia unilaterales en 2014 (...) una serie de protestas pro-rusas acabaron en una declaración unilateral de independencia por parte de las dos provincias que constituyen el Donbás, que decidieron separarse de Ucrania y crearon la República Popular de Donetsk y la de Lugansk. En febrero de 2022 Rusia reconoció estos territorios unos días antes de comenzar la invasión a Ucrania. (Alonso, 2022) Disponible en <https://www.newtral.es/donbas-lugansk-donetsk-rusia/20220415/>

internacional público, ninguno de sus argumentos justifica la evidente agresión en contra de Ucrania, un estado vecino, libre y soberano miembro de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

El tema dio lugar a candentes debates y profundas explicaciones en todos los ámbitos de la ciencia social durante los meses posteriores a la invasión del territorio ucraniano que de hecho, continúan vigentes. Dado que existen partidarios de uno y otro lado, se hace propicio revisar, desde una perspectiva crítica, la relación entre derecho y política en el ámbito internacional, donde ingenuamente se llegó a pensar, al término de la Guerra Fría, que la amenaza de la confrontación entre Estados ya pronto sería cosa del pasado (Fukuyama, 1989, p. 4) y que al amparo del credo neoliberal, en breve tendríamos un orden internacional más justo y más estable fincado en un firme estado de derecho.

Si bien es cierto que el número de conflictos inter-estatales es hoy en día cada vez más limitado, la amenaza de la guerra 'como continuación de la política por otros medios' según la célebre observación de Von Clausewitz está lejos de convertirse en cosa del pasado. La persistencia de la guerra en las relaciones internacionales nos recuerda las sabias palabras de Erasmo de Rotterdam: “¿No es acaso la guerra la semilla y el origen de todas las hazañas más celebradas? Pero ¿Hay algo más descabellado que lanzarse a una lucha de este tipo sean cuales sean las razones, si las partes en contienda sacan siempre más daño que provecho?” (1996, p. 58).

Es conveniente recordar que el derecho y la política son importantes instrumentos para facilitar la convivencia social. Idealmente tendrían que facilitar la interacción entre los seres humanos en sus diversos planos y generar condiciones para fomentar intereses en común, al mismo tiempo que para zanjar diferencias entre los miembros de cualquier sociedad. El objetivo compartido en ambos casos debe estar ligado a la idea del bien común, pues de lo contrario, ambos se convierten fácilmente en instrumentos de opresión.

Idealmente, la política como actividad debería abrir espacios para el diálogo y la negociación, porque así como la convivencia contribuye a facilitar la supervivencia grupal, también es terreno fértil para el conflicto; no necesariamente por razones de una naturaleza humana inherentemente egoísta o perversa, como pensaba Hobbes cuando postuló la idea del 'estado de naturaleza'² sino simplemente porque cada ser humano en lo individual tiene sus propios puntos de vista e intereses, no siempre en concordancia con los de los demás. De modo tal que, mientras más grande es un grupo, mayores son los niveles de complejidad en cuanto a sus procesos de convivencia y también las

² Hobbes explica que, en ausencia de un gobierno regulador de la vida social, los hombres viven en una condición de lucha permanente de todos contra todos y sentencia que “En una situación semejante no existe oportunidad para la industria, ya que su fruto es incierto; por consiguiente no hay cultivo de la tierra, ni navegación, ni uso de los artículos que pueden ser importados por mar, ni construcciones confortables, ni instrumentos para mover y remover las cosas que requieren mucha fuerza, ni conocimiento de la faz de la tierra, ni cómputo del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad; y lo que es peor de todo, existe continuo temor y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve”. (Leviatán, Cap. XIII: 51) disponible en <http://bibliotecadigital.tamaulipas.gob.mx/archivos/descargas/31000000555.PDF>

posibilidades de desencuentro entre sus miembros, lo cual genera una mayor necesidad de mecanismos para la negociación pacífica de las controversias.

Por su parte, idealmente el derecho debería ser el instrumento para alcanzar la justicia, condición necesaria para garantizar el bien común. No obstante, tanto el derecho como la política pueden ser utilizados (y con frecuencia lo son) como instrumentos de los poderosos, no para fomentar el bien de la colectividad, sino para la promoción de sus propios intereses y el control de los demás. Esto hace que el juego de la política y el derecho sea tan dinámico e intenso, a la vez que tan controvertido en el ejercicio de la práctica social en general y en las relaciones internacionales en particular.

Seres colectivos

La naturaleza gregaria de los seres humanos, condición que implica la necesidad de vivir en grupo, ha sido observada por los analistas políticos desde la más remota antigüedad y sigue siendo objeto de reflexión hasta la fecha. Los textos más antiguos sobre política y sociedad reconocen la necesidad de la organización colectiva como requisito indispensable de la supervivencia; la política y el derecho como disciplinas tienen precisamente ese objetivo.

La concepción del ser humano como animal político, ζῷον πολιτικόν (*Zoon politikón*) se le atribuye a Aristóteles, quien reconoce la necesidad de organizar el esfuerzo colectivo y nos habla en *La Política* sobre el surgimiento del Estado para el logro de ese fin: “cuando varias aldeas se unen en una sola y única comunidad, suficientemente grande, para ser casi o completamente autosuficiente, entonces surge el Estado, el cual se origina en las meras necesidades de la vida y sigue existiendo para lograr una buena vida” (Kaplan, 1958: 280). De lo anterior se deduce que el Estado, aun siendo una construcción social, es resultado de un condicionamiento impuesto por la naturaleza, pero matizado por la experiencia cultural, ya que el hombre es el único ser viviente que tiene una idea del bien y del mal, de lo justo y lo injusto. Ello le permite crear diversas formas de agrupación, desde familias hasta Estados, siempre organizados en base a principios y valores, que tanto el derecho como la política ayudan a formular e implementar para poder funcionar de la manera más adecuada. Esto implica que independientemente de sus fines y metas personales, incluso más allá de su natural egoísmo, el ser humano tiene necesariamente que tener en cuenta las metas colectivas, definidas por su pertenencia a una determinada sociedad; metas condicionadas por la naturaleza misma y matizadas por la cultura, de donde se nutren en primera instancia las ideas de política y derecho. De este modo, la relación entre el individuo y su grupo ha sido materia de reflexión, inicialmente filosófica, desde la más remota antigüedad. El proceso tiene un significado especial cuando se refiere a la organización colectiva en el plano internacional, donde las diferencias culturales se proyectan con más fuerza como condicionantes del desarrollo de la política y del derecho, tanto en su carácter de disciplinas como en su práctica, como hechos jurídicos y hechos políticos respectivamente.

Cicerón, inspirado en Platón, aunque desde una perspectiva más pragmática, plantea la problemática de la organización colectiva en sus obras: *La República* y *Las leyes*. En ellas explica que los seres humanos se asocian entre sí, no tanto por estar conscientes de su debilidad individual, la cual resulta evidente siempre que un individuo queda aislado de su grupo, sino como resultado de una tendencia natural a la vida en sociedad. Es decir, una disposición al comportamiento gregario, que pone en juego el interés individual frente al colectivo. La relación entre ambos aspectos es ineludible, ya que, como es fácilmente demostrable, resulta muy difícil para cualquier persona sobrevivir de manera aislada, por lo cual se requiere siempre de formar colectividades, toda vez que, aun teniendo suficientes bienes terrenales para una existencia holgada, ningún ser humano podría subsistir sin la convivencia con los demás (Cura Grassi, 2004). El problema se redimensiona marcadamente cuando pasamos al plano de las relaciones internacionales, donde tienen que convivir diversos grupos con recursos dispares, tradiciones culturales diferenciadas y distintos niveles de desarrollo.

La experiencia histórica muestra fehacientemente que todos los grupos humanos requieren de códigos de conducta claramente establecidos y basados en valores y en principios consensados por la comunidad, en cuya ausencia, los grupos estarían condenados a vivir de manera permanente en un 'estado de naturaleza' hobbesiano, en el que la amenaza de la guerra de todos contra todos es una constante (Weltman, 2021: 1). Esos códigos de conducta, que empiezan a desarrollarse a partir de la praxis cotidiana grupal, se transforman en costumbres que van adquiriendo carácter de obligatoriedad y que, al paso del tiempo, tienden a convertirse en normas jurídicas reguladoras de la conducta social, estableciendo lo que está permitido y lo que es socialmente reprobado, de donde se nutre la idea del derecho, la cual abre paso al desarrollo civilizador. Incluso la guerra, como forma extrema de hacer política ha sido objeto de reflexión y acción jurídica desde la antigüedad.

Como atinadamente señala Martínez Roldan: No hay la menor duda de que donde hay una sociedad humana habrá derecho, y de que si queremos perfeccionarla tendremos que apoyarnos en el derecho, sobre todo si queremos hacer verdaderas sociedades utópicas que puedan servir de ejemplo para criticar, mejorar y transformar la realidad presente (2007, 374). Es imperativo señalar, sin embargo, que las normas jurídicas deberán estar inevitablemente orientadas a la búsqueda del bien común, pues de lo contrario serían fuente permanente de tensión y conflicto dentro del grupo. Este razonamiento es igualmente válido para todas las formas de sociedad humana existentes, incluida desde luego la sociedad internacional.

El bien común

La idea del bien común es una de las más manejadas en diferentes ámbitos. Todos los políticos del mundo, por ejemplo, se justifican diciendo que éste es su máspreciado objetivo y que sus acciones están siempre encaminadas a lograrlo. Sin embargo, sobre todo en el plano internacional, el concepto no puede ser sim-

plemente impuesto si tomamos en cuenta la vasta diversidad cultural de la humanidad, por lo tanto, tiene que ser consensado. El derecho internacional en todas sus formas apunta siempre en esa dirección como mecanismo para optimizar la convivencia.

Este objetivo es menos complicado de lograr en el ámbito interno de los estados, ya que los procesos de homogeneización cultural son más fáciles de lograr sobre la base de la convivencia cotidiana, la historia común, los valores compartidos, etc. En el plano internacional, sin embargo, el asunto se complica debido a que cada grupo ostenta sus propios principios y valores rectores, por lo cual el consenso se torna ostensiblemente más difícil de alcanzar. No obstante, es fundamental buscarlo, dado que para poder subsistir, los responsables de cualquier comunidad, desde la más pequeña a nivel familiar hasta la más grande a nivel estatal e internacional tienen que estar en búsqueda lo mismo: ¡el bienestar de todos! Rousseau es contundente cuando habla de la función del gobierno en este sentido al sugerir que: los gobiernos se originan en la voluntad común de defender las libertades individuales mediante la fuerza de todos (1999 [1762]: 55 y ss). En la perspectiva internacional, los gobiernos, como agentes responsables del trato externo, tienen que velar por el interés colectivo y negociar con otros gobiernos promoviendo garantías de paz, seguridad y respeto para todos.

Dada la ausencia del gobierno en el plano internacional, ese objetivo se torna visiblemente más complicado, pues en este ámbito no es fácil definir en qué consiste ese bien común. ¿A quién le corresponde la responsabilidad de decidir lo que es más conveniente para todos? Incluso en las familias, donde es más fácil pensar en una estructura uniforme, en la que los intereses de todos deberían coincidir con mayor facilidad, se observa la naturaleza falaz de esta idea. Y no es necesariamente por maldad o falta de voluntad que el logro de tan noble causa se dificulta; lo que pasa es que todo grupo humano está formado por individuos y como diría Terencio Publio: *“Tantos hombres, tantos pareceres: cada uno tiene su manera”*.³

A partir de lo anterior se puede constatar, a través de la experiencia derivada de todas las ciencias sociales, que cada miembro de la familia, padre, madre y cada uno de los hijos pueden tener, y de hecho tienen sus propios intereses, no siempre afines entre sí. El problema se magnifica enormemente cuando lo trasladamos al plano internacional, donde, en virtud de su derecho soberano y del compromiso con su propio interés nacional, los responsables de los procesos de toma de decisiones actúan interpretando a su manera lo que supuestamente conviene a todos.

Muchos de los conflictos que incluso acaban por separar a las familias vienen de este hecho tan fundamental y no siempre tan reconocido de la divergencia de intereses entre los miembros de cada forma de agrupación. Sobre todo cuando los hijos o los ciudadanos sienten que la voluntad de los mayores o de los gobernantes les ha sido impuesta en nombre del bien común, se generan resentimientos que frecuentemente devienen en conflicto. La presencia de reglas claras

³Ofrases.com, Terencio <https://www.ofrases.com/autor/190-terencio/5> consultado el 22 de junio de 2022.

para regular la conducta de los miembros de cada grupo siempre ayuda a minimizar los conflictos, de ahí la importancia que va cobrando la idea del derecho, sobre todo en la medida en la que los grupos se van haciendo más grandes. Lo mismo puede decirse de la política como vehículo para la negociación.

En el sistema internacional contemporáneo a pesar de la persistencia del conflicto (y quizá en razón misma de él) los estados han hecho esfuerzos considerables, a partir del fin de la segunda guerra mundial, por institucionalizar sus relaciones, fortalecer la participación colectiva en los procesos de creación de normas e implementar acuerdos tendientes a buscar equilibrios más firmes en las relaciones internacionales. De una u otra manera, existe un marco normativo, quizá no tan sólido como debería ser, pero suficiente, al menos para fomentar una convivencia medianamente pacífica entre los miembros de la sociedad internacional. En ese sentido la agresión rusa contra Ucrania de 2022 demerita sensiblemente los logros alcanzados en materia de derecho internacional durante poco más de un siglo y debilita la idea de un orden internacional basado en leyes al colocar nuevamente la razón de la fuerza por encima de la fuerza de la razón (Scott, 2017, 2).

A nivel de la sociedad en general, el problema es notablemente más complejo en comparación con el caso de las familias, y mucho más aún en el del sistema internacional, donde con mucha frecuencia, la supuesta búsqueda del bien común acaba en terribles conflagraciones porque, aunque se pueda coincidir en algunas ideas básicas para garantizarlo, como la libertad, la igualdad, la seguridad, la prosperidad, es necesario determinar qué significa cada uno de estos términos en el seno de cada grupo y más aún, cómo se consigue tal cosa para todos los involucrados. Bolívar (1981) decía al respecto: “Son derechos del hombre: la libertad, la seguridad, la prosperidad y la igualdad. La felicidad general, que es el objeto de la sociedad, consiste en el perfecto goce de estos derechos. El sistema de gobierno más perfecto es aquél que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política”. El sistema internacional carente de un gobierno propio, de un legislador y de un poder judicial para castigar a los transgresores enfrenta un escenario mucho más complejo.

Es claro que todos aquellos que ostentan alguna posición de poder tienen al mismo tiempo la responsabilidad de decidir sobre el bien común. Esto es igualmente cierto para los padres de familia que para los jefes de estado. ¿Pero qué criterio deben seguir para hacerlo? La tentación más grande es, quizá, la de seguir el criterio propio. ¿Acaso no siempre argumentan los padres que hacen las cosas por nuestro bien? Al igual que los jefes de estado, ellos apelan a su propia experiencia para decidir por el bien común, ya que después de todo tienen la responsabilidad de hacerlo, ¿pero pensarán alguna vez en nuestro sentir como hijos o como ciudadanos?

Quizá a final de cuentas tengan razón y acaben logrando que las cosas se hagan como ellos quieren e incluso, con resultados satisfactorios. Sin embargo, en ausencia del diálogo, la tolerancia y la negociación, la decisión final siempre

será vista como una imposición, y la mayor parte de las veces, dejará la huella del resentimiento. ¿Por qué? Porque la decisión impuesta inevitablemente deja la sensación de que no se nos ha tomado en cuenta. Hobbes planteaba desde 1651: “Hay muy pocos que sean tan necios que no prefieren gobernarse a sí mismos antes que ser gobernados por otros [y añade que] donde no hay un poder común, no hay ley; y donde no hay ley, no hay injusticia” (Hobbes 1984, 109). Dada la experiencia histórica de lo que ocurre en el plano internacional no resulta demasiado complicado reconocer la falacia en el razonamiento hobbesiano; la ley no es necesariamente lo mismo que la justicia.

Dada la estructura tan diversa y heterogénea de todas las comunidades y la variedad de intereses egoístas y opiniones personales, difícilmente habrá decisiones que satisfagan a la totalidad de los involucrados; siempre habrá inconformes o insatisfechos. El caso del debate actual en torno al alcance de los derechos soberanos o de los derechos humanos es claramente ilustrativo de toda esta complicada problemática. Ello explica en gran medida lo difícil y compleja que es la historia evolutiva del derecho internacional.

Desde mediados del siglo XVII, al término de las guerras de religión mediante los tratados de Münster y Osnabrück empieza a fortalecerse la idea del Estado-soberano como entidad política cuyos gobernantes no tienen que rendir cuentas a nadie más, por encima de su propio poder. Ello los obliga a depender de sus propios recursos para defender su interés nacional y, en ese contexto, la guerra es un procedimiento reconocido y aceptado por la comunidad internacional como parte de la realidad política en el ámbito internacional. Deberán pasar cerca de tres siglos más para poner en tela de juicio la validez de la guerra como mecanismo de la política internacional y finalmente prohibirla. No obstante, la experiencia histórica demuestra fehacientemente que a pesar del rechazo que pueda hacerse de la guerra como instrumento de la política internacional, en la práctica, el recurso a la misma fácilmente se coloca por encima del derecho.

En cuanto a los derechos humanos, desde que terminó la Guerra Fría, las potencias occidentales, encabezadas por Estados Unidos han tratado de promover en todos los foros internacionales la idea de los derechos humanos como expresión de un ideal universal por alcanzar el bien común considerando que la noción misma: “Hace referencia al valor o fin que todos los miembros de un Estado o sociedad (incluida aquí la sociedad internacional) deben perseguir para garantizar su subsistencia, bienestar y felicidad. Es un principio que da forma a la sociedad y representa la voluntad moral de sus integrantes”.⁴ Es probable pues que el establecimiento de un ideal de bien común sea más fácil de lograr a nivel de una familia o de una misma nación, ya que ambas tienen, a final de cuentas una forma de autoridad reconocida, una jerarquía formal que puede, en última instancia, imponer *su* idea del bienestar colectivo. Pero a nivel internacional, donde no existe una autoridad común que regule la interacción entre las comunidades estatales resulta mucho más difícil.

⁴Conceptos política (2007) <http://concept.blogia.com> consultado el 23 de junio de 2022.

Si Vladimir Putin se sintió agraviado por el expansionismo de la OTAN o por la intención de Ucrania de unirse a la Unión Europea, pensando en términos políticos quizá pensó que no tenía otra opción más que atacar a su vecino. No obstante, en términos jurídicos su decisión sólo puede ser considerada lamentable. El bien común, especialmente pensado en la fórmula del rechazo a la guerra o de la promoción de los derechos humanos contemporáneos está concebido como un ideal de todos y para todos. Supuestamente no debe otorgar ventajas de ninguna clase para nadie en especial y por ningún motivo, sino que debe centrarse en el beneficio general de la humanidad en todo momento; aun considerando que las acciones rusas no llegaran a representar realmente un riesgo de guerra mayor, es decir, un holocausto nuclear, el número de víctimas actual y los daños materiales ocasionados a más de un año de iniciado el conflicto resultan, a todas luces injustificables.

En principio, no se debería tolerar el recurso a la guerra como forma de zanjar diferencias en el mundo contemporáneo, ni se le debería limitar a nadie el derecho al bien común, ya sea con el pretexto de su pertenencia a cualquier grupo nacional, religioso, preferencia sexual, origen étnico, inclinación política o clase social. Nadie debe ser excluido de estos principios que avalan la idea de los derechos humanos. De hecho, se estima que con el establecimiento de un concepto de derechos humanos universales se podría garantizar una estabilidad duradera en el mundo para las generaciones del futuro, capaz de eliminar la amenaza de la guerra. El derecho soberano de cada país a decidir el camino de su propio desarrollo tendría que estar contemplado en el mismo nivel, pero ninguna de las grandes potencias en la historia parece inclinada a respetarlo.

El problema, en términos jurídicos es cómo encontrar la fórmula para evitar el recurso a la guerra o cómo definir el contenido de esos derechos humanos en la búsqueda del bien común. A mediados de la década de 1990, Samuel Huntington habló de un choque de civilizaciones (2011) como reto inmediato del nuevo orden internacional. A partir del 11 de septiembre de 2001, esa negra profecía cobró un realismo dramático simbolizado por la caída de las torres gemelas en Nueva York. Desde entonces, Occidente parece enfrascado en una lucha terrible contra el terrorismo, en la que, tanto la idea del derecho soberano de los estados como la erradicación de la guerra o la defensa a ultranza de los derechos humanos parecen haber pasado a segundo plano.

Me parece que uno de los derechos humanos fundamentales para el siglo XXI tendría que ser el de vivir libre de la amenaza de la guerra, sobre todo como producto de la agresión de un estado contra otro, terreno en el que parecía haberse logrado un avance significativo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando Naciones Unidas proclama la prohibición del uso de la fuerza como medio de solución de controversias y se nulifica el supuesto derecho de conquista, que durante tanto tiempo estuvo vigente en las relaciones internacionales, mediante la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General e incluso se codifica el crimen de agresión a través de la Corte Penal Internacional en 2018.

La agresión rusa en contra de Ucrania implica, por todo esto, una grave regresión en materia de derecho internacional.

Por otra parte, desde principios del nuevo milenio, dos potencias emergentes se han convertido en un gran desafío para el mundo occidental, tan sólo por el tamaño de su población (China y la India) y por el tremendo crecimiento económico han hecho la competencia por recursos mucho más encarnizada y las consecuencias negativas de la industrialización para el ambiente, mucho más evidentes. ¿Cómo alcanzar, en este contexto de creciente rivalidad, un consenso que permita definir el alcance real del concepto del bien común? ¿Cómo ignorar la fuerza de tradiciones culturales tan distintas, valores tan variados y principios morales tan diferentes en la búsqueda de un común denominador ético para toda la humanidad? En fin, ¿cómo minimizar el riesgo de la guerra si no es a través del derecho?

No es casual que las distintas comunidades humanas no occidentales se sientan amenazadas por un proceso globalizador de la moral que pretende imponer los valores culturales de un Occidente, supuestamente democrático, individualista y liberal bajo el rubro de “los derechos humanos universales”. Quizá la idea no sea mala en sí, de hecho es muy probable que sea conveniente que los seres humanos de todas las latitudes del planeta, con todas sus diferencias culturales pudieran ponerse de acuerdo sobre principios básicos para definir derechos comunes, especialmente en todo lo relacionado a la preservación de la paz, en particular el respeto a la integridad territorial de otros estados. Ya Kant nos había anticipado que: “El derecho es el conjunto de condiciones que permiten a la libertad de cada uno acomodarse a la libertad de todos.” (2005,: 144) Por lo que resulta más evidente que cualquier forma de imposición sólo podrá lograr alejarnos de tan deseada meta.

George Orwell nos presenta evidencia contundente de esto en su clásico *La Rebelión en la Granja* (1945) donde en clara alusión a la experiencia soviética ilustra las vicisitudes que implica el intento por organizar colectivamente a una sociedad, supuestamente desde los ideales del bien común, pero en base a decisiones tomadas desde una cúpula de poder. El ejemplo resulta interesante porque sugiere de inicio la buena intención de un espíritu renovador en la figura de Major, quién efectivamente está pensando en superar una condición de explotación ejercida por los seres humanos en contra de los animales. No obstante, una vez tomado el poder, inevitablemente empieza a surgir una serie de condiciones en las que un pequeño grupo de oportunistas asumen control de las cosas en beneficio propio, para regresar a un nuevo esquema (aún peor) de explotación social.

¿Significa esto que no hay forma de alcanzar el ideal de un beneficio auténticamente colectivo? ¿Está invariablemente conectada la dicha de unos pocos con el malestar de las grandes mayorías? ¿Estamos irremediabilmente condenados a la jerarquía impositiva y el abuso de la fuerza como sugiere la agresión rusa contra Ucrania? Aunque la experiencia histórica parece sugerir que sí, no debe ser motivo de desánimo; la jerarquía no tiene que ser necesariamente auto-

ritaria, aun cuando la tentación para serlo sea mayúscula y la búsqueda de soluciones pacíficas a las controversias tiene que convertirse en regla vigente y efectiva fundamental de las relaciones internacionales.

Es probable que, el riesgo del conflicto se vea notablemente disminuido si los responsables de la toma de decisión tienen la sensibilidad de consultar opiniones, consensar intereses y, sobre todo, negociar soluciones entre todos los involucrados en cualquier conflicto que pueda trascender fronteras. En conclusión, resulta conveniente entender este principio básico de la convivencia social puede ahorrarnos a todos una gran cantidad de problemas en el futuro inmediato, o en palabras del Cardenal Richelieu: “Hay que escuchar mucho y hablar poco para gobernar bien un Estado”.⁵

El derecho internacional contemporáneo

El término de la SGM inauguró una nueva etapa en la vida del sistema internacional contemporáneo y marcó el establecimiento de un nuevo orden internacional, conocido en su momento como el orden de Yalta, vigente hasta inicios de la última década del siglo XX. Aunque la mayor parte de los analistas centran su atención en la confrontación ideológica entre dos grandes bloques antagónicos y la amenaza de un holocausto nuclear, esa fase también se caracterizó por un renovado esfuerzo de organización internacional en el que, de hecho, no siempre de manera ágil, pero en cierta medida efectiva, participaron todos los miembros del sistema internacional.

A pesar de las reticencias hubo algunos avances significativos en el camino de la institucionalización de las relaciones internacionales por la vía jurídica. Finalmente, la guerra fue prohibida por el derecho internacional y de hecho su nombre mismo satanizado, al grado de que la Carta de Naciones Unidas prefirió usar el nombre más neutral, aunque igualmente peyorativo de agresión, como señala Ferrier. En la ruta de la evolución jurídica contra la guerra, la Corte Penal Internacional (CPI) pudo incluir entre sus competencias los crímenes del recurso a la guerra (Ferrier, 2010, 167).

Para principios de la década de los 90 hubo una nueva fase de transformación del orden internacional que implicó, entre otras cosas, un replanteamiento de la idea de soberanía. Una vez terminada la contienda bipolar, hubo nuevos intentos de fortalecimiento del orden jurídico internacional, que sin dejar de estar matizados por los tintes de la tradicional 'política del poder', representaron avances significativos en el proceso de construcción de un orden legal para un mundo globalizado. Sin bien es cierto que, como predijo contundente y acertadamente Kaplan (1994) el tránsito al anhelado nuevo orden internacional no sería nada fácil, a la vista de los acontecimientos ocurridos desde entonces, su predicción parece haberse quedado corta. Muchos textos de derecho enfatizan hoy en día una famosa alocución latina clásica que reza: *Ubi societas, ibi ius*, la cual sugiere una relación íntima entre derecho y sociedad: toda forma de agrupación humana requiere de reglas claras y puntuales para lograr un mejor fun-

⁵Akifrases, Cardenal Richelieu, s/f <https://akifrases.com/frase/176967> consultado el 12 de mayo de 2022

cionamiento, esa situación genera el terreno fértil para el desarrollo del derecho. La sociedad internacional, a pesar de su laxitud, no constituye una excepción, el derecho es condición *sine qua non* de la sociedad civilizada.

No obstante, la situación del derecho internacional como disciplina y como práctica sigue siendo paradójica. A diferencia del derecho en el plano doméstico, donde se da el fenómeno del monopolio legítimo del poder, en el ámbito internacional del sistema westfaliano no hay tal cosa. Los abogados en general tienden a prestarle poco interés al derecho internacional por su carácter *sui generis*, ya que debido a su falta de poder coercitivo, para la mayoría de los abogados no representa una forma real de derecho. Los internacionalistas, por su parte, bajo la influencia del pensamiento realista tradicional tampoco parecen inclinados a prestarle suficiente atención; entre ellos, el potencial de la fuerza como reguladora de la relación entre actores internacionales es una realidad más contundente que la vía legal. Sin embargo, la consciencia de la importancia que tiene la búsqueda de soluciones pacíficas al reto de la convivencia internacional no es ajena a la experiencia histórica, tal como demuestra la existencia de tratados internacionales con una antigüedad de unos 4,000 años.

La dinámica globalizadora del mundo contemporáneo vino a darle un impulso insospechado a la idea del derecho en el plano internacional. Sobre todo a partir de la creación del sistema westfaliano de relaciones internacionales, pero muy especialmente durante el periodo de la segunda posguerra mundial a mediados del siglo pasado, y más aún, luego del deshielo bipolar, el derecho internacional empezó a proyectarse desde fines del siglo XX en diversos ámbitos, como pocas veces lo había hecho con anterioridad. Es por ello que la experiencia del conflicto ruso-ucraniano resulta tan particularmente lamentable.

Inclusive durante la guerra fría, el ámbito jurídico de las relaciones internacionales tuvo un gran crecimiento en materia de instrumentos multilaterales, muchos de los cuales crearon condiciones favorables para el surgimiento de innumerables organismos internacionales no gubernamentales de diversa índole en muchos campos de interés para el derecho internacional público. Destacan los referentes a los derechos humanos, el mantenimiento de la paz, el control del uso de la fuerza, los acuerdos monetarios y comerciales, los acuerdos ambientales o el derecho penal, en donde se ha transitado de acuerdos bilaterales hacia acuerdos e instituciones multilaterales como mecanismos de preferencia para atender estos asuntos apremiantes de la agenda internacional actual, aunque su evolución no ha sido tan expedita como se requiere para el logro de un sistema internacional más estable.

Inevitablemente todos estos acuerdos e instituciones estuvieron generando cambios importantes en el contexto jurídico internacional y las relaciones entre estados durante las décadas iniciales de este siglo, así como la apreciación misma de la idea de derecho en el ámbito internacional, lo cual permitió revisar los conceptos básicos y las doctrinas, incluyendo el análisis teórico sobre las fuentes del derecho (Alston y Goodman 2013, Scott, 2017, Orakhelashvili, 2019). Así pues, desde mediados del siglo pasado, el derecho internacional se ha estado

desarrollando en diferentes áreas, en la medida en que las complejidades de la vida en la era actual se han multiplicado. Ciertamente, la ley refleja las condiciones y las tradiciones culturales de la sociedad en la que opera y la sociedad internacional de principios del siglo XXI es especialmente demandante en este sentido, tal como revela Onuma (2017) a través del recorrido que hace para explorar el tránsito desde un derecho internacional eurocéntrico hacia uno multicéntrico, pero sobre todo, multi-civilizacional.

Es claro, según muestra fehacientemente la experiencia histórica, que cada comunidad desarrolla un tipo específico de valores sociales, económicos y políticos –y éstos imprimen su sello en el marco jurídico que organiza la vida dentro de ese ambiente. Es por ello que, cuando el derecho internacional de origen europeo se fue expandiendo por otras regiones del mundo, se encontró con desarrollos locales y se topó con otros mecanismos normativos vigentes (Onuma, 2017: 30). A partir de esta experiencia podemos constatar que el derecho internacional también es producto de su ambiente y de sus circunstancias y se ha desarrollado de conformidad de las nociones prevalecientes en las relaciones internacionales en sus diferentes etapas; para poder sobrevivir, como sistema normativo, el derecho internacional tiene que irse adaptando a las nuevas realidades de cada época, pero esa adaptación no tiene porqué significar una regresión. La guerra sigue siendo un tema nodal del derecho internacional. A pesar de los siglos transcurridos para tratar de humanizarla y de los esfuerzos tendientes a prohibirla, la *razón de estado* sigue vigente y, con más frecuencia de la deseable, sigue pisoteando el espíritu de la norma jurídica que tiende a limitarla. Esto es algo que la comunidad internacional en su conjunto debe esforzarse por impedir.

Hoy en día sigue habiendo una tensión continua entre las reglas ya establecidas y las fuerzas sociales, constantemente en evolución, que buscan el cambio del sistema; de nueva cuenta, predomina la tensión entre política y derecho en los escenarios sociales. El proceso de creación de normas nunca está exento de las vicisitudes políticas de cada época, al contrario, de hecho trata de responder a ellas. Durante siglos, el derecho de conquista, por ejemplo, fue considerado como una especie de derecho natural en las relaciones internacionales y el mapa político del mundo lo demuestra con toda claridad cuando analizamos sus cambios al paso del tiempo. El análisis histórico jurídico pone de manifiesto que, si bien en tiempos de guerra, la ocupación de un territorio podía justificarse e incluso significar en lo inmediato una transferencia de soberanía, la comunidad internacional empezó a condenar la ocupación territorial de otro cuando se hacía sin declaración formal de guerra y sobre todo, sin causa justificada, es decir, en tiempos de paz y sin razón que lo ameritara (Haggenmacher, 1994: 286).

A pesar de las dificultades que representa determinar la legitimidad de los actos de política exterior de los estados, sobre todo cuando la costumbre de largo plazo parecería justificar muchos de ellos, el progreso del pensamiento jurídico puede irse determinando conforme se alcanzan acuerdos en materias tan sensibles como la agresión, el genocidio, la intervención en asuntos internos de otros

estados o la validez del derecho de conquista, sólo muy recientemente (en términos históricos) condenado por la sociedad internacional. No obstante, es claro que las *razones de estado* siguen teniendo un considerable peso político que desafía el significado y alcance de la norma jurídica internacional. Estados Unidos, por ejemplo, tuvo que enfrentar en su momento duras críticas por su intervención en Irak sin acuerdo del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Sin embargo, dada su condición de potencia, no tuvo que pagar consecuencias adversas significativas y hoy en día fuera de los círculos académicos, poca gente lo recuerda (Ward, 2013: 359).

Quizá los rusos pensaron que tenían el mismo derecho que los estadounidenses para actuar por cuenta propia según sus intereses sin la menor consideración de los demás. En su afán de reafirmar su condición de potencia, sobre todo después de lo que Putin consideró como un trato humillante para su país luego de la implosión de la Unión Soviética, consideró jugar la carta geopolítica por encima de estimaciones legales. Desde este punto de vista se puede pensar que, dadas las circunstancias, la acción militar rusa tiene legitimidad política, aunque resulte totalmente cuestionable desde un punto de vista jurídico. Como es fácil apreciar, uno de los principales problemas del derecho internacional público es determinar cuándo y cómo introducir, pero, sobre todo, cómo mantener nuevos estándares de comportamiento y nuevas realidades de la vida en el marco de lo ya existente, de tal modo que, por una parte, siga siendo algo significativo, pero por otra, que el sistema en el que se aplica no se distorsione severamente (Shaw, 2014: 31). El fin de la guerra fría parecía augurar un auténtico nuevo orden internacional, en el que la tensión histórica entre política y derecho fuera disminuyendo, aunque fuera de manera desesperantemente gradual.

Bajo este nuevo orden, el derecho internacional contemporáneo podría ser visto como un esfuerzo disciplinario en reconstrucción a través de múltiples procesos que han venido sugiriendo y promoviendo una ampliación del horizonte tradicional del derecho internacional clásico, tanto en el ámbito público como en el privado, a fin de sintetizar las diferencias culturales entre los distintos actores del escenario internacional, para así facilitar la creación de un sistema más estable, en el que la fuerza de la razón pudiese superar a la razón de la fuerza. Esto significa varias cosas a la vez: nuevas fuentes para la generación de normas y nuevos sujetos, así como una reinterpretación del alcance mismo de la idea del poder soberano, cada vez más presente entre entidades supraestatales, lo que permite el desarrollo de una capacidad de generación de normas que van del plano internacional hacia el nacional ida y vuelta.

Al mismo tiempo, se había venido gestando un movimiento de acercamiento entre legislaciones nacionales para atender, desde una perspectiva común diversas áreas del quehacer internacional: la financiera, la penal, la ambiental, la comercial, la de los derechos humanos y/o la ayuda humanitaria, entre otras, contribuyendo de esta manera a una mayor integración consensada del sistema internacional. Es en este sentido que la agresión rusa en contra de Ucran-

nia a principios del 2022, por mucho que pudiera justificarse en términos políticos, significa una lamentable regresión en términos jurídicos.

Han sido diversos factores los que han contribuido a la transformación de la idea de un orden jurídico internacional y su proceso de institucionalización en el sistema internacional actual, pero destacan entre ellos, el impacto de la globalización y el surgimiento de nuevos polos de poder político y económico. El proceso globalizador parecía implicar una especie de 'encogimiento' del terreno para la interacción entre actores internacionales –especial, pero no exclusivamente en el terreno de la economía, las finanzas y el comercio– lo que, en definitiva generó la necesidad de nuevas reglas de encuentro entre actores internacionales. La globalización se presentó al término de la guerra fría como el camino más rápido y seguro para garantizar la paz, el progreso y la prosperidad de todos, sin embargo, muy pronto surgieron situaciones en el escenario internacional que lo pusieron en duda, ya que la tendencia globalizadora implicó a la vez factores de redistribución de poder en el escenario internacional.

No fue sólo el surgimiento de nuevos polos de poder o el reposicionamiento de otros en distintos niveles: la Unión Europea, China, Japón, India, Brasil, Rusia, etc. fue sobre todo la intensidad de los lazos económicos que los unen y que difícilmente serían posibles sin reglas claras del juego. Los actores internacionales tendrían que aceptar una versión más restringida del concepto de soberanía y una reconsideración de la idea de su interés nacional en función de la idea del bien común de la humanidad. Del mismo modo, se dio un notable crecimiento en importancia los nuevos actores no estatales que reclamaban una mayor participación en los procesos de toma de decisión en política doméstica e internacional y se hizo cada vez mayor el segmento de la economía internacional controlado por las grandes corporaciones. Todo esto parecía augurar, hasta hace relativamente poco, un futuro promisorio para el desarrollo del derecho internacional en sus diversas ramas.

La situación empezó a tomar un giro distinto a raíz de la crisis económica del 2008 y sus efectos adversos para la economía internacional. Los grupos privilegiados de la sociedad internacional se vieron afectados por inflación, carestía desempleo y una creciente llegada de migrantes a sus territorios en busca de mejores condiciones de vida. Muchos se sintieron amenazados por la pérdida de privilegios, de identidad, de soberanía o simplemente a disgusto por la llegada de nuevas formas de hacer las cosas; ese suele ser el costo histórico del progreso. Lo cierto es que la magnitud de los retos ha venido creciendo proporcionalmente con relación a las ventajas y los miembros de la comunidad internacional necesitan estar preparados para actuar de manera conjunta en todos los ámbitos.

Sin embargo, uno de los mayores retos proviene precisamente de las reacciones que se han presentado, especialmente a partir de la crisis económica mencionada entre los países más desarrollados: el retorno del proteccionismo, la xenofobia, el ascenso de los partidos políticos de extrema derecha, el populismo, el manejo totalmente distorsionado y discrecional de la información. Todo ello pone claramente de manifiesto que, más allá de los supuestos beneficios de la

globalización, el retorno de la política como instrumento del manejo de las crisis amenaza con debilitar las ganancias que parecía estar logrando el espíritu del derecho.

La política internacional en el mundo globalizado

El modelo de organización del estado nacional en política internacional es relativamente reciente en términos históricos, data apenas de las postrimerías del siglo XVIII y solo empieza a consolidarse durante la segunda mitad del siglo XIX. Es un modelo netamente europeo occidental que se exporta al resto del mundo después de intensos procesos de colonización. Resulta políticamente atractivo porque contribuye a configurar unidades políticas más amplias y menos dispersas, a las que dota de un perfil histórico de largo alcance y fomenta el desarrollo de un sentimiento de pertenencia entre su población, lo cual permite en alguna medida, una actuación política un tanto más coordinada frente a otros estados. En términos internacionales, a su vez, permitió el surgimiento de una sociedad internacional integrada, en primera instancia por estados nacionales y soberanos cuyo flujo de interacción constituyó el foco de interés de la política internacional.

Esta condición soberana del estado nacional ha sido particularmente importante en la historia moderna y contemporánea, toda vez que implica una idea de autosuficiencia e independencia política, en virtud de la cual cada uno es responsable de su propio interés nacional, dado que no admite el reconocimiento de ninguna autoridad por encima de la propia. La sociedad internacional, (inter-estatal, en primera instancia) por lo tanto carece de una autoridad común capaz de regular sus interacciones. Es una sociedad 'anárquica', como dijera Bull (2002 [1977]) en la que el recurso a la guerra como fórmula para la defensa o promoción del interés nacional ha sido una constante histórica, pues si bien el principio de la soberanía dota de forma, contenido y propósito a los estados nacionales, también ha representado un serio obstáculo para la promoción del bien común entre ellos, toda vez que limita las posibilidades de la cooperación internacional, a la que muchos políticos perciben como amenaza para su condición soberana.

Dada la desigual repartición de recursos naturales en nuestro planeta y el disparate crecimiento poblacional de los distintos países, la porosidad de las fronteras nacionales, las marcadas diferencias en cuanto a niveles de desarrollo en general, las amenazas transnacionales por problemas de toda índole, la inestabilidad del escenario internacional es patente, el surgimiento de conflictos es constante, todo lo cual exige de respuestas colectivas bien coordinadas, solo alcanzables precisamente a través de la cooperación internacional y la creación de reglas que, dada la naturaleza de la sociedad internacional, desafortunadamente dependen en gran medida de la buena fe en el trato entre los estados. Todo ello lleva con frecuencia por el camino de la confrontación bélica, tal como demuestra la historia de las relaciones internacionales del sistema westfaliano.

El advenimiento del capitalismo industrial creó la paradoja de un ambiente internacional necesitado de más y mayores vínculos económicos entre estados soberanos, lo cual propició a su vez un desfase entre los intereses económicos de los estados y sus intereses políticos. Dicha situación, en turno, se tornó favorable para desavenencias conducentes a la guerra que el progreso científico y tecnológico fue haciendo cada vez más letal y destructiva, hasta llegar al límite de la amenaza de un holocausto nuclear. Solo entonces empezó a cobrar mayor importancia entre los actores del escenario internacional la consciencia de la necesidad del rechazo a la violencia, la necesidad de la cooperación institucionalizada y el establecimiento de reglas claras para definir el orden internacional mediante el principio de la solución pacífica de las controversias. A pesar de que el camino del conflicto y la violencia nunca se ha cerrado del todo, como ya se ha señalado, desde el inicio del periodo de la segunda posguerra mundial, el esfuerzo por fortalecer la perspectiva jurídica en las relaciones internacionales se empezó a hacer más patente, e incluso se alcanzaron algunos logros significativos, a pesar de lo difícil que era la negociación durante la contienda bipolar.

El fin de la guerra fría parecía abrir nuevas esperanzas de un multilateralismo más efectivo para el logro de un orden internacional más justo al reconocer la recomendación que hiciera Margaret Mead a principios de la década de los sesenta:

En una época en la que hay una desesperante necesidad de organizaciones transnacionales, ya sea para compartir recursos naturales escasos o mal distribuidos, erradicar enfermedades o aprovechar el uso de escasos recursos intelectuales, la mayor parte de los esfuerzos mundiales se han dirigido hacia la construcción de mecanismos que no son transnacionales sino intergubernamentales (Mead, 1962: 84)

Desafortunadamente el modelo de desarrollo global, todavía fincado en la existencia de estados nacionales aún reticentes a limitar su concepto de soberanía y su interés nacional en aras del bien común de la humanidad en su conjunto ha hecho que el juego de la política internacional siga dando prioridad a la perspectiva nacional sobre la internacional y en este sentido el escenario internacional siga siendo terreno fértil para el conflicto suicida.

Reflexiones finales

El hecho de que en el análisis de la realidad internacional persista la duda sobre la existencia de una sociedad internacional como tal y en su lugar se privilegie la representación del escenario internacional más bien como un conglomerado de estados soberanos en permanente competencia por la promoción de su propio interés, dificulta el principio básico que sugiere la necesidad de normas comunes para el logro de un sistema más estable y pacífico. Siendo, en el mejor de los casos, una sociedad imperfecta, a los ojos de muchos analistas políticos, la sociedad internacional solo tiene un sistema jurídico imperfecto, en donde la falta de

poder coercitivo constituye una de sus mayores debilidades, lo cual lleva a algunos estados a tomar lo que consideran justicia en sus propias manos.

Desde este punto de vista es posible analizar la problemática internacional tanto desde una perspectiva netamente política, como desde otra jurídica (o económica, cultural, social, etc.) lo que permite conclusiones validas en cada ámbito, pero necesariamente parciales en favor de la disciplina que las genera. Sin embargo, es necesario recordar que, en efecto, la realidad es compleja, no disciplinaria. Todas las fronteras entre disciplinas son artificiales y aunque pueden ser didácticamente útiles, resultan contraproducentes cuando buscamos una visión integral de la realidad internacional. ¿Tiene Rusia el derecho de intervenir en los asuntos internos de otros estados cuando considera que está en riesgo su interés nacional? No se necesita ser un experto en política internacional para ver que históricamente todas las potencias del escenario internacional lo han hecho, pasando por encima de cualquier consideración jurídica.

Ciertamente hay elementos para denunciar a Rusia por el delito de agresión en contra de Ucrania e incluso de perpetrar durante la invasión actos tipificados por la legislación internacional como crímenes de lesa humanidad e incluso genocidio (Patiño, 2022, p. 15) a pesar de las argucias legaloides con las que ha tratado de justificarse, aunque lamentablemente, eso no le resta validez al argumento político de la amenaza contra su soberanía nacional. Tenemos entonces dos líneas de argumentación encontradas que en definitiva impiden el diálogo para la búsqueda de una solución pacífica al conflicto.

Pero aun en este caso, la política y el derecho siguen siendo, como antaño, instrumentos vitales para la convivencia social. Sin embargo, es claro que no solo pueden verse como modelos ideales; tienen fines y mecanismos concretos que deben ser puntualmente considerados en su contexto específico y redireccionados cada vez que sea necesario para el logro de sus metas: armonía y justicia social basada en una sólida concepción del bien común, fuera de la cual, ni la política ni el derecho cumplen cabalmente su misión. Todos los actos humanos tienen un insoslayable trasfondo ético que solo se puede ignorar en ausencia de una consciencia moral desequilibrante de la convivencia.

El conflicto ruso-ucraniano tiene hondas raíces históricas y también múltiples perspectivas de análisis. Desde el punto de vista de la política internacional puede ser explicado de manera favorable para cualquiera de las partes, ya que las explicaciones basadas en la idea de 'interés nacional' suelen prestarse con más facilidad a la justificación, más que al análisis crítico de la realidad, por ser decididamente parciales. Desde una perspectiva teórica también hay argumentos para sustentar esas diferentes posturas: Mearsheimer, por ejemplo, desde 2014 señalaba que la política liberal de Occidente era responsable de la suspicacia rusa que había provocado la crisis de Crimea, postura que reafirma de manera contundente este mismo año y que le ha valido severas críticas por parte de sus connacionales. Walt (2022) por su parte señaló con un mes de anticipación la inminencia de un ataque ruso contra Ucrania, cuestión que Brzezinski (1998: 99) plantea como riesgo real desde fines del siglo pasado, dado el severo impacto

geopolítico que significó la independencia de Ucrania para las aspiraciones hegemónicas de Moscú luego de la implosión soviética.

El problema con el enfoque realista de la política internacional es que parece conformarse con una visión pesimista de la condición humana y, en consecuencia, termina por justificar todas esas conductas turbias, ventajosas, abusivas de los poderosos sobre sus adversarios más débiles, lo que le da una vigencia inusitada al diálogo de los melios que presenta Tucídides en el libro V de *La Guerra del Peloponeso*. Y si bien es cierto que muchos destacados realistas reconocen sin vacilar las ventajas de la negociación y los compromisos de base moral para la política exterior de los estados, todos comprenden y aceptan, del mismo modo, el uso de la fuerza como mecanismo válido para la defensa y promoción del interés nacional. Es en este sentido que la estructura de un sistema de estados soberanos se convierte en un gran obstáculo para el trabajo conjunto en busca soluciones a los problemas de carácter global y del bien común.

Si en alguna época se llegó a considerar ingenuo o utópico el pensar que la creación de un marco legal para la interacción interestatal daría respuesta a las crisis internacionales, hoy en día resultaría no sólo ingenuo, sino decididamente peligroso pensar que se puede ignorar la fuerza del derecho internacional para hacer frente a las crisis de un mundo globalizado, cuya naturaleza inherentemente interdependiente obliga a todos a actuar de manera coordinada en busca del bien común, so pena de poner en riesgo inminente a la totalidad del conjunto.

Fuentes consultadas

- Nahiarra, A. (2022) “¿Qué es el Donbás?: la zona en la que Putin centra su ataque que Ucrania no controla desde 2014” Disponible en: <https://www.newtral.es/donbas-lugansk-donetsk-rusia/20220415/>
- Philip & Goodman Ryan, A. (2013) *International Human Rights*, Oxford University Press.
- Bolívar, S. (1981). *Simón Bolívar ideario político*, Caracas, Ediciones Centauro.
- Brzezinski, Z. (1998), *El gran tablero mundial: la supremacía estadounidense y sus imperativos geoestratégicos*, Barcelona, Paidós
- Bull H. (2012 [1977]) *The Anarchical Society: a study of order in world politics*, New York, Columbia University Press.
- Cura Grassi, D. (2004) *Pensamientos de Marco Tulio Cicerón*, Buenos Aires, Prometeo.
- Rotterdam, E. (1996) *Elogio de la locura*, Madrid, Alianza Editorial.
- Ferrier, J. P. (2010) «Relations Internationales: une question de definition, et un peu plus» *Relaciones Internacionales* Vol. 19 No. 39 Estudios, Buenos Aires, Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de la Plata.
- Fukuyama, F. (1989) “The end of history” *The National Interest* No. 16, pp. 3-18. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/24027184>
- Haggenmacher, P. (1994). «L'occupation militaire en droit international : Genèse et profil d'une institution juridique». *Relations Internationales*, 79, pp. 285-301. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/45344561>
- Kaplan, J. (Ed.). (1958). *The pocket Aristotle*, New York, Simon & Schuster.

- Kaplan, R. (1994) "The Coming Anarchy: How scarcity, crime, overpopulation, tribalism, and disease are rapidly destroying the social fabric of our planet" *The Atlantic Monthly*, Washington, D.C. February Issue pp.44-76
- Hobbes, T. (1651). *Leviatán*. Disponible en: <http://bibliotecadigital.tamaulipas.gob.mx/archivos/descargas/31000000555.PDF>
- Huntington, S. (2011 [1996]). *The clash of civilizations*, New York, Simon & Schuster.
- Kant, I. (2005). *Ensayos sobre la paz, el progreso y el ideal cosmopolita*. Madrid, Cátedra.
- Martínez Roldán, L. (2007). "Derecho versus utopía (ubi societates ibi ius)" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp.365-386.
- Mead, M. (1962). "The underdeveloped and the overdeveloped" *Foreign Affairs* Vol. 41 No. 1, pp. 78-89, disponible en <https://www.foreignaffairs.com/articles/1962-10-01/underdeveloped-and-overdeveloped>
- Mearsheimer, J. (2014). "Why the Ukraine crisis is the West's fault: the liberal delusions that provoked Putin" *Foreign Affairs*, Vol. 93 No. 5 pp.77-89
- Mearsheimer, J. (2022). "The causes and consequences of the Ukrainian crisis" *The National Interest*, disponible en <https://nationalinterest.org/print/feature/causes-and-consequences-ukraine-crisis-203182>
- Onuma, Y. (2017). *International law in a transcivilizational world*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Orakhelashvili, A. (2019). *Akehurst's Modern introduction to International Law*, London, Routledge
- Orwell, G. (2013). *La rebelión en la granja*, México, Debolsillo
- Paillard, C.-A. (2022). «La crise ukrainienne met-elle l'Union européenne et ses membres au pied du mur? » *Diplomatie*, 115, pp. 12-16. <https://www.jstor.org/stable/48668609>
- Patiño, C. (2022). *Guerra en Ucrania: origen, contexto y repercusiones de una guerra estratégica de impacto global*, México, Debate.
- Rousseau, J. J. (1999 [1762]). *El contrato social*, en <https://www.elaleph.com>
- Scott, S. (2017). *International law in world politics*, London, Lynne-Rienner.
- Shaw, M. (2014). *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Walt, S. (2022). "Liberal Illusions Caused the Ukraine Crisis", *Foreign Policy*, disponible en https://foreignpolicy.com/2022/01/19/ukraine-russia-nato-crisis-liberal-illusions/?mc_cid=f56f9a7e67&mc_eid=cf80db6d95
- Ward, T. (2013). "La légitimité dans les relations internationales dix propositions Dans: Gilles Andréani éd., *Justifier la guerre: De l'humanitaire au contre-terrorisme* (pp. 359-382). Paris: Presses de Sciences Po.
- Weltman, D. (2021). "Nasty, brutish and short: Hobbes on life in the State of Nature" in 1000-word Philosophy: An introductory anthology, <https://1000wordphilosophy.com/2021/07/14/hobbes-on-the-state-of-nature/#:~:text=The%20English%20philosopher%20Thomas%20Hobbes,%2C%20brutish%2C%20and%20short.%E2%80%9D>

La inmunidad diplomática en el siglo XXI

Pedro González Olvera*

Introducción

Actualmente, el Derecho Diplomático y Consular consta, al menos, de tres ejes principales que regulan, en el ámbito más general del Derecho Internacional Público, las relaciones entre los Estados. Nos referimos a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (CVRD), de 1961, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC), de 1963 y la Convención de Nueva York sobre Misiones Especiales (CNYME), de 1969. A más de medio siglo de su firma, sus cláusulas continúan con vigencia general pues se han constituido en la forma aceptada por la comunidad internacional de normar la convivencia pacífica entre sus integrantes. No son, por cierto, instrumentos totalmente novedosos en la materia que reglamentan. Es decir y a grosso modo, las fórmulas bajo las cuales han de conducirse los Estados en sus relaciones recíprocas, cómo deben tratarse a sus respectivos representantes y las reglas a las que estos deben atenerse durante su estancia mientras son parte del cuerpo diplomático acreditado en otro país, tienen una vieja historia pues nacen, precisamente, con las relaciones pacíficas interestatales.

Los antecedentes son largos y numerosos. Casi en todas las civilizaciones antiguas se encuentran noticias sobre el intercambio de representantes destinados, primero, a negociar asuntos de cualquier índole y, segundo, para la representación continua de su soberano. Egipto, Grecia, Roma, China, Bizancio y los reinos musulmanes, cuentan en su historia ejemplos no sólo de enviar y recibir a los que hoy llamamos Embajadores y Cónsules, así como del establecimiento de métodos legales o teológicos de tratarlos con respeto mientras duraba su misión. Igual en la Edad Media es posible rastrear enviados cuasi diplomáticos que tenían inmunidades, de conformidad con los usos de la época, pues “gracias al renacer del Derecho romano y la consiguiente apreciación de hecho de la función diplomática, con el reconocimiento de fundamentales inmunidades y privilegios, hicieron que la inmunidad diplomática alcanzara unos caracteres bien definidos” (Paz y Puente, 1975: 35).

* Profesor-Investigador del Instituto de Estudios Internacionales “Isidro Fabela”, de la Universidad del Mar, campus Huatulco. Presidente de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI) en el periodo 2021-2023.

Más tarde, en pleno renacimiento, después de la llamada Paz de Westfalia de 1648, son establecidas las primeras bases de la diplomacia moderna, en función del reconocimiento de la soberanía de los Estados (todavía encarnada en emperadores, reyes y príncipes). Y casi dos siglos después, durante el Congreso de Viena de 1815, convocado con el propósito de recomponer la Europa arrasada por el emperador Napoleón, se establecieron las primeras reglas formales sobre cómo deberían conducirse las relaciones entre los Estados y asistidos sus respectivos enviados.

Aunque este Congreso no creó instituciones fijas, la fluidez de las relaciones diplomáticas descansó en gran medida en un instrumento jurídico: “El reglamento del 19 de marzo sobre el rango y precedencia de los representantes diplomáticos” (diplublico.org, s.f.). De entrada, se incorporó la igualdad, dentro de cada clase, de los agentes diplomáticos. Así, no se tomaban en cuenta los lazos de parentesco o de alianza de la familia entre las Cortes; se estableció una especie de rango, de mayor o menor categoría, y se acordó que la precedencia de las firmas de los documentos emergidos de esta Congreso sería por sorteo. Tres años después, en el Congreso de Aquisgrán, de 1818, las normas de Viena fueron complementadas. Se instituyó la figura de “ministros residentes” como una nueva clase de agentes diplomáticos. Sin embargo, sólo los ubicados en la primera categoría (embajadores y nuncios) tendrían carácter representativo, en el sentido de que podían acordar en directo con el soberano del país ante el cual estuvieran acreditados.

Esto es importante, pues durante el siglo XIX y el siglo XX, los Estados no acreditaban siempre a los titulares de misión con el rango de embajador, pues era la figura más alta de representante diplomático que se tenía y solamente eran designados cuando se trataba de relaciones muy importantes, al considerarse que actuaban en nombre de la persona del jefe de Estado y de gobierno. En cambio, lo que se acostumbraba con mayor frecuencia era nombrar ministros residentes, muchas veces también, plenipotenciarios, y representaban ya no a la persona del jefe de Estado o de gobierno sino a sus intereses. El protocolo de Aquisgrán sustituyó el sistema de sorteo de firmas establecido Viena, por uno en el que debían aparecer en orden alfabético, según la inicial del país en francés. Justo todas estas son las fuentes de las que poco a poco fue surgiendo la costumbre de darle facilidades a los representantes extranjeros a fin de que pudieran realizar sin problemas su trabajo; esas fuentes conformaron así el derecho diplomático consuetudinario, hasta llegar a su plena definición y aceptación en el derecho internacional público.

Las inmunidades diplomáticas y sus diversas facetas

En las tres convenciones mencionadas se encuentra lo que antes señalamos sobre la protección jurídica al personal con nombramiento diplomático en una embajada o en un consulado.¹ Nos referimos a las cláusulas que dan lugar a la rama del

¹ La mayoría de las inmunidades otorgadas a los funcionarios diplomáticos son compartidas por los funcionarios consulares, según lo establecen las Convenciones.

derecho diplomático llamado Derecho de la Inmunidad Diplomática, mismo que está integrado por la serie de concesiones que se le hacen a representantes de los Estados y a los elementos necesarios al buen desempeño de su trabajo, como locales o inmuebles, vehículos, archivos, comunicaciones, y otros; dicho de otro modo, el derecho diplomático tiene como una de sus funciones regular:

El conjunto de prerrogativas reconocidas a los agentes diplomáticos (y en general a todos los órganos diplomáticos de los estados, con fundamento en la costumbre internacional (y en las convenciones internacionales, que se refieren a su inviolabilidad personal, a la independencia necesaria para el desempeño del cargo y la cortesía con que deben ser tratados en sus contactos con las autoridades oficiales del país en que ejercen sus funciones. (Pina, Rafael, citado por Paz y Puente, 1985, p. 47).

Todas esas prerrogativas, llamadas también inmunidades y privilegios, se hacen a las personas no en su carácter privado sino en términos de la designación que el Estado al que pertenecen les concede a fin de que representen y defiendan sus intereses y los de los connacionales que se encuentran residiendo temporal o permanentemente en otro Estado. “Los privilegios suelen ser clasificados en esenciales y no esenciales. Entre los primeros se comprende la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción, y entre los segundos los privilegios de cortesía. Aunque por virtud de convenios o por reciprocidad todos los privilegios son exigibles al Estado receptor, solamente los privilegios esenciales pueden en rigor ser considerados indispensables para el libre ejercicio de la función del agente” (Ormeño Valdivia, 2012: 10). Se menciona que son privilegios, cuando en realidad se trata, las más de las veces, de facilidades que reciben los diplomáticos a fin de estar en condiciones de cumplir con las responsabilidades consustanciales al cargo.

El caso del pago de impuestos es útil en demostración de lo anterior. Según las Convenciones de Viena, los diplomáticos extranjeros no tienen la obligación de pagar la mayoría de impuestos que los nacionales de los países en los que se encuentran deben sufragar, pero en contrapartida esos diplomáticos sí pagan los impuestos en su propio país, de todo tipo. De no ser así, quienes van al exterior a representar a su Estado (y a su población) estarían sometido a una doble tributación: la impuesta por las leyes de su país y la del que fueron enviados en su calidad de diplomáticos. En adición a lo que se dijo líneas arriba no hay una exención total fiscal, pues varios impuestos sí deben ser cubiertos por los agentes diplomáticos y pueden ser más amplios o más reducidos, de acuerdo a la costumbre del Estado de sujetarse exclusivamente a lo que dicen las Convenciones de Viena (CVRD y CVRC).

Por lo demás, se encuentran otras facilidades (y no privilegios) como la libertad de tránsito por todo el territorio del país receptor, la inviolabilidad de su persona y sus bienes personales, así como los bienes del Estado que envía, la inviolabilidad de locales, automóviles, correo y archivos, condiciones favorables en caso de tener que abandonar el país por un conflicto bélico en el estado re-

ceptor o de este con uno de sus semejantes. No obstante, la inmunidad diplomática no es total, pues tiene algunas excepciones, como ya se mencionó con relación al campo fiscal. Así, de manera textual la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas estipula en su artículo 31 lo siguiente, respeto de la protección que se le debe otorgar al diplomático:

El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata:

a. de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante [el que envía] para los fines de la misión; b. de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; c. de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

3. El agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a, b y c del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

4. La inmunidad de jurisdicción de un agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante.

Aquí conviene hacer un par de comentarios. Cuando se trata de acciones del diplomático en su vida privada, la inmunidad civil y administrativa cesa tal y como lo indican los sub párrafos a y b del párrafo primero. El segundo comentario se refiere al párrafo 4 de este artículo, el diplomático al volver temporal o definitivamente a su país ingresa nuevamente a la jurisdicción nacional y tiene los derechos y obligaciones conforme a la ley que tienen todos los ciudadanos en general. Si comete una falta contra la ley, de cualquier tipo, estará obligado a responder ante las autoridades por ello.

En cambio, la inmunidad en otros ámbitos es total, como puede verse en los siguientes artículos de la CVRD:

Artículo 29

La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

Artículo 30

1. La residencia particular del agente diplomático goza de la misma inviolabilidad y protección que los locales de la misión.
2. Sus documentos, su correspondencia y, salvo lo previsto en el párrafo 3 del Artículo 31, sus bienes, gozarán igualmente de inviolabilidad.

De conformidad con lo anterior, el agente diplomático o funcionario diplomático no puede ser arrestado por la comisión de un delito, cualesquiera que este sea, por lo que se espera que sea el estado acreditante el que ejerza la acción judicial que corresponda, a pesar de que no siempre sucede así, sea por negligencia o porque el delito cometido puede no estar catalogado como tal en su marco judicial.

También es posible que el Estado que envía renuncie a la inmunidad de su agente, con la condición de que la renuncia sea expresa, es decir por escrito (CVRD art. 32, párrafos 1 y 2), lo que tampoco es común. Sí puede suceder que un diplomático, o un familiar que goce de inmunidad por el parentesco (CVRD art. 37, párrafo 3), entable una acción judicial o una demanda civil o administrativa; entonces no podrá invocar su inmunidad y tendrá que atenerse a participar en el juicio como lo hacen todos los nacionales del Estado receptor, aunque si la ejecución del fallo es contraria a sus intereses podrá invocar la inmunidad, pues para perder ésta es necesaria una nueva renuncia (art. 37, párrafo 4). Del mismo modo está obligado, al menos en teoría y no obstante las inmunidades, a respetar la legislación del país receptor.

Es importante resaltar que la inmunidad diplomática, además de constituir una serie de facilidades destinadas al correcto ejercicio del trabajo de los representantes de un estado en otro, responde a otras consideraciones, particularmente el reconocimiento de la soberanía e independencia del Estado que envía, en otras palabras la inmunidad se otorga bajo el principio de *par in parem non habet imperium*, que significa que no existe jurisdicción entre iguales, en el sentido que hay un principio de igualdad soberana de los Estados. De este modo, el principio de inmunidad es aquel por el cual un Estado está imposibilitado de interferir en actividades legales ejercidas por un Estado extranjero en el territorio del primer Estado.²

La revisión de la inmunidad diplomática en el presente

Este tipo de inviolabilidad se encuentra en discusión en varios foros de internacionalistas por considerar que se trata de una excesiva canonjía y que debería limitarse estrictamente al tiempo de oficina y a las labores propias del diplomático realizadas fuera de la oficina, es decir cuando asiste a actos que suponen alguna de las funciones reconocidas en el artículo 3 de la CVRD: a) representar a sus respectivos gobiernos en todos aquellos asuntos que sean de su incumbencia, directa o indirecta, b) proteger los intereses del Estado y los de sus nacionales, c) negociar con el Estado receptor los asuntos de interés mutuo, d) fomentar las relaciones amistosas políticas, sociales, económicas, culturales y científicas, e) enterarse de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos que suceden en el Estado receptor con el propósito de informar a su Gobierno.

² Es importante recordar que la mayoría de las inmunidades y privilegios diplomáticos se han extendido también a los representantes de los Estados ante los organismos internacionales, y cuando se hayan en una misión especial de carácter temporal.

Pero dada esta variedad de funciones, se vuelve muy complicado y entraña grandes dificultades definir en qué momento el diplomático se encuentra en funciones o en que otro no lo está; podrá decirse que durante las noches o los fines de semana, pero aun así, es complicado definir si se encuentra laborando o no; en infinidad de ocasiones el diplomático tiene que llevar a cabo los trabajos de protección en horas que normalmente no se consideran hábiles.

Otro argumento es el abuso de las inmunidades:

“En tiempos recientes, desafortunadamente, ha habido una tendencia creciente entre los diplomáticos a abusar de su estatus para cometer actos prohibidos por la ley y aun así reclamar inmunidad procesal. Estos han incluido informes que sugieren la participación de diplomáticos en la comisión de crímenes internacionales, como el narcotráfico, el crimen organizado y el terrorismo. Los Estados parte también han agravado esta situación al interpretar selectivamente las normas a su favor, ignorando que la reciprocidad es la base para el buen funcionamiento de la protección diplomática” (Subramanian, p. 207).

Varios casos son usados en demostración de lo que los revisionistas de las inmunidades llaman excesos en la protección que otorga la inmunidad diplomática, excesos cometidos ya sea por el propio agente diplomático o por el Estado que lo envía. En el primer caso se encuentran desde faltas leves como violaciones a las reglas de tránsito hasta crímenes que supondrían un fuerte castigo si lo cometieran nacionales del Estado receptor: un robo, acoso sexual, explotación laboral a personal de servicio local, espionaje y hasta asesinato. Es aquí cuando las facilidades se vuelven verdaderamente privilegios.

Un evento en el que estuvo involucrado el gobierno mexicano, ilustra claramente el hecho de que no siempre el estado acreditante castiga a sus diplomáticos por un delito cometido en el territorio del Estado receptor. Acaecido en septiembre de 1969 y narrado primero por el internacionalista Mario Ojeda Gómez (1974: 488-492) y luego por otros dos analistas de asuntos internacionales (Covarrubias y Rojas, 201: 161-165), el episodio se refiere a una acusación que el gobierno cubano hizo al agregado de prensa de México en la Habana, Humberto Carrillo Colón, de realizar labores de espionaje en favor el gobierno estadounidense.

Luego de la presentación de pruebas e incluso un viaje ex profeso hecha por el ministro cubano de Relaciones Exteriores a México, durante el que se entrevistó hasta con el presidente Gustavo Díaz Ordaz a fin de mostrar esas pruebas, el gobierno mexicano se negó a retirar la inmunidad a Carrillo Colón y “regresó la nota por las imputaciones que ella contenía en contra del gobierno de México”. Si la nota se hubiese limitado a denunciar a Carrillo Colón, habría procedido a tomar las medidas necesarias de acuerdo con las normas internacionales y las tradiciones de México en la materia (Ojeda, M., 1974: 489). Carrillo Colón fue retirado de su cargo inmediatamente, aunque el gobierno mexicano no negó las acusaciones y tampoco retiró la inmunidad diplomática, sobre la

base de que un mexicano debía ser juzgado en México” (Covarrubias y Rojas: 163). No obstante, esto último, Carrillo Colón nunca fue juzgado en su país.

Un ejemplo adicional de la negativa a retirar la inmunidad diplomática es más reciente. Sucedió en el año 2019, cuando la esposa de un diplomático de Estados Unidos acreditado en Inglaterra chocó su auto contra una motocicleta tripulada por un joven, quien murió a consecuencia de las heridas sufridas en el accidente. Detenida por las autoridades, la mujer, que gozaba de inmunidad total como familiar directo del diplomático estadounidense, fue liberada por su inmunidad, pero con la promesa de no salir del país. Sin respetar la promesa salió de inmediato de territorio inglés, con gran disgusto de las autoridades de Inglaterra, las que exigieron, incluido el Primer Ministro Boris Johnson, el retiro de la inmunidad que permitiera ser juzgada por sus autoridades judiciales. El Departamento de Estado de EE.UU. respondió que eran raros los casos en que la inmunidad diplomática hubiera sido retirada por su país (*BBC News*, 8/oct/2019) y, por tanto, se negó a satisfacer la exigencia de Inglaterra, a pesar de las reclamaciones de los padres del joven fallecido.

K. K. Mwenda asegura, basado en un estudio de la ONU sobre faltas leves a las leyes de tránsito y de otras parecidas, que lo que él llama abusos de la inmunidad tiene un correlato con el nivel de la corrupción en sus países de origen; cita, casos más graves como el de una trabajadora doméstica prácticamente esclavizada por un funcionario diplomático asignado por su país en la Organización de Naciones Unidas, que también otorga inmunidades diplomáticas desde la carta de su fundación, que no pudo ser castigado una vez que la empleada pudo escapar de sus captores, debido al alegato de la inmunidad, a pesar de la evidente violación de derechos humanos de la afectada (Mwenda, K., 2014).

La resistencia a retirar la inmunidad diplomática en estos dos casos y en varios otros y al factor de que la Convención de Viena de 1961 no presenta una categorización de la gravedad de los casos de violaciones a la ley nacional del Estado receptor, ha sido el motivo principal de revisión del alcance de la inmunidad diplomática. Hanna Holla asegura que la revisión debe basarse sobre todo en la defensa de los derechos humanos de los afectados por una falta grave cometida por los diplomáticos y afirma que:

“Durante mucho tiempo, el público en general ha visto a los diplomáticos como personas que disfrutan de una impunidad excesiva y se comportan de manera incompatible con sus deberes y las normas del derecho internacional. El abuso de la inmunidad es más llamativo en el campo de los derechos humanos. Gracias a los privilegios que se derivan del estatus de los diplomáticos, los ciudadanos comunes son a menudo objeto de delitos penales. Se elevan los llamados a someter las acciones diplomáticas a la jurisdicción penal internacional, ya que actos como la violación, el asesinato, la esclavitud, el robo y el secuestro vulneran derechos fundamentales de todos los seres humanos” (Holla, Hanna, 2022: 2).

Francia ha sido uno de los países precursores de las limitaciones a la inmunidad diplomática. Una muestra muy sonada de esta nueva actitud se dio con el hijo del dictador de Guinea Ecuatorial, Teodoro Obiang Nguema Mbasogo, conocido con el nombre muy parecido de Teodorín Nguema Obiang Mangue. Nombrado Vicepresidente de su país por su padre, residía la mayor parte del tiempo en París, mostrando una vida de lujos, desproporcionada en función del salario de cualquier funcionario de algún gobierno africano. Por este motivo, la ONG Transparencia Internacional solicitó fuera llevado a juicio por corrupción evidente y saqueo de los bienes del pueblo de Guinea Ecuatorial. Las autoridades francesas admitieron la solicitud e iniciaron un juicio contra Teodorín, a quien aparte, en Estados Unidos, Suiza, Reino Unido y Brasil, una considerable suma de dinero ya le había sido incautada por el mismo motivo.

El gobierno de Guinea Ecuatorial alegó que Teodorín debía gozar de inmunidad diplomática como alto funcionario de su país (Vicepresidente y ministro de Agricultura y Ganadería); Francia se negó a reconocer esta inmunidad bajo la consideración de que los actos juzgados del vicepresidente de Guinea Ecuatorial habían sido de carácter privado. A pesar de todos los alegatos guineo ecuatoriales, Teodorín, después de varios años de litigio, en el que fue involucrada la Corte Internacional de Justicia, fue condenado por el Tribunal de Apelación de París en febrero de 2021 a tres años de prisión condicional y a 30 millones de euros de multa y confiscaciones, por haberse construido fraudulentamente un patrimonio considerable en Francia.³

Asimismo, el Reino Unido adoptó en 1987 una legislación que permitía la policía, con el permiso de un juez, entrar en un recinto diplomático en caso de producirse una utilización ilícita de esa inmunidad. La ley fue aprobada por el Parlamento después de la muerte, en 1984, de una agente de policía por disparos efectuados desde la Embajada libia. A pesar de que el gobierno británico no llegó a entrar en la Embajada ni ningún diplomático o empleado de la embajada libia fue procesado por el asesinato de la agente de policía, sí cortó las relaciones diplomáticas con Libia. La ley en cuestión fue aprobada por el parlamento inglés para actuar en situaciones en que pudieran darse de actos terroristas provenientes de una embajada. Asimismo, La ley, llamada *Diplomatic and Consular Premises Act* de 1987, prevé que la policía tenga la capacidad de ingresar a un local diplomático bajo la autorización de un juez. Hasta ahora la ley no ha tenido aplicación. (Altares, G. 2012).

Lo anterior refleja una situación en el marco de la cual los agentes diplomáticos, y sus respectivos gobiernos, se aprovechan de una legislación internacional cuyo principal objetivo es la facilitación del trabajo de los agentes re-

³ Open Society Foundations. Aspectos más relevantes del caso de EE.UU. contra Teodorin Nguema Obiang de Guinea Ecuatorial. <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/excerpts-us-case-against-teodorin-nguema-obiang-equatorial-guinea/es>. Por otra parte, en el derecho internacional consuetudinario solamente se reconoce inmunidad frente a tribunales extranjeros a jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores. Ha habido, también una “erosión del principio de inmunidad, en el caso de los Jefes de Estado (así como también de otros altos funcionarios) que presenta, en nuestro parecer, una doble manifestación. En primer lugar, la erosión —y evolución— se traduce, por un lado, en la separación y distinción entre actos oficiales o públicos, y actos privado” (Reyes Milk, 2008, p. 74).

presentantes de un Estado ante otro u otros, pero que ha sido usufructuada en la evasión de la jurisdicción penal, civil y administrativa por estos agentes, desvirtuando su sentido original. Los efectos negativos de estas conductas, tanto de los Estados como de los diplomáticos, que son esgrimidos para alegar la revisión de las inmunidades diplomáticas son varios:

- la inmunidad otorgada para facilitar el trabajo de los agentes diplomáticos se transforma en un verdadero privilegio que alcanza la impunidad.
- incompatibilidad de la posible sanción por una violación de las normas legales, con la independencia que debe tener el diplomático en el cumplimiento de sus labores oficiales.
- pérdida de legitimidad de las instituciones del estado de derecho, debido a que la justicia se vuelve selectiva, desde el momento mismo que los diplomáticos reciben un trato preferencial por su calidad de representante de un Estado extranjero, frente a un ciudadano que sí recibe castigo por el mismo delito cometido por el primero.
- crea tensiones entre el Estado receptor y el Estado que envía, con el posible surgimiento de un conflicto que entorpecería las relaciones bilaterales.
- descredito de las inmunidades diplomáticas, que son vistas por la opinión pública local e internacional como una herramienta abusiva, con la consecuente pérdida de su credibilidad (Astudillo Galarza, 2015: 46-47).

Contrapartida: la violación de las inmunidades diplomáticas

No obstante, debe verse también la otra cara de la moneda: el irrespeto de las inmunidades diplomáticas por el gobierno de un Estado. Dos casos sirven para ilustrar esta violación a la inmunidad diplomática.

El primero se refiere a la toma de la Embajada de Estados Unidos y de 52 funcionarios diplomáticos de este país en Irán como rehenes, en el transcurso de la llamada “Revolución de los Ayatolas”, por estudiantes revolucionarios en noviembre de 1979 y hasta el 20 de enero de 1981. La acción fue apoyada por el nuevo gobierno encabezado por el ayatola Ruhollah Jomeiní, quien caracterizó a la Embajada como un centro de espionaje imperialista en donde se conspiraba en contra el movimiento revolucionario. A pesar de lo establecido por la Convención de Viena de 1961, el nuevo líder iraní calificó la toma de la embajada y de rehenes, que tenían un status diplomático, como un acto en contra de la civilización occidental.

Los rehenes fueron liberados después de la derrota del presidente Carter en su intento de reelección en 1980, pero en tanto el nuevo presidente Ronald Reagan, todavía en su papel de candidato, se había comprometido a cumplir con algunas de las condiciones impuestas por Irán para soltar a los rehenes. En medio de la crisis Estados Unidos llevó el conflicto a la Corte Internacional de Justicia en la que acusó al gobierno iraní de:

tolerar, alentar y no prevenir y castigar la conducta de los manifestantes, violar sus obligaciones internacionales respecto de los EE.UU., en especial las

derivadas de: a. Artículos 22, 24, 25, 27, 29, 31, 37, 44 y 47 de la **Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961** b. Artículos 5, 27, 28, 31, 33, 34, 35, 36, 40 y 72 de la **Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963** c. Artículos 2, 4 y 7 de la **Convención sobre Prevención y Represión de Crímenes contra Personas protegidas Internacionalmente incluyendo Agentes Diplomáticos de 1973** d. Artículos II (4), XIII, XVIII y XIX del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares entre los EE.UU. e Irán de 1955 e. Artículos 2(3), 2(4) y 33 de la Carta de las Naciones Unidas,

Adicionalmente, el gobierno estadounidense solicitaba que Irán debía liberar de inmediato a los rehenes, pagar una reparación por las violaciones en una suma determinada por la CIJ y someter ante las autoridades locales a los culpables de las violaciones. (Negro Alvarado, 2002: 167). Por su parte, Irán no se presentó ante la CIJ (recuérdese que los Estados no tiene la obligación de someterse a su jurisdicción), pero sí difundió su posición mediante comunicados, en los que llamaba la atención de la Corte sobre las profundas raíces y el carácter esencial de la Revolución Islámica de Irán, revolución llevada adelante, como allí mismo se indica, por una nación enteramente oprimida por extranjeros, cuyas repercusiones están directamente relacionadas con el presente problema y enmarcadas dentro de los límites de la soberanía de Irán. En opinión de dicho país, la Corte no debía avocarse al conocimiento del presente caso ya que este sólo tenía un carácter marginal y secundario respecto de un problema mayor, el cual no podía ser estudiado separadamente, y que envolvía más de 25 años de continua interferencia por parte de los EE.UU. en los asuntos internos de Irán, la explotación irracional de sus recursos, y numerosos crímenes perpetrados en contradicción con todas las normas internacionales y humanitarias (Negro Alvarado, 2002: 168).

Irán fue declarado culpable por la CIJ, reiterando que ningún miembro del personal consular o diplomático podía ser sometido a proceso judicial en seguimiento a lo establecido por la Convención de 1961 y reiterando la validez de sus cláusulas sobre la inmunidad diplomática. Finalmente, La liberación del personal diplomático y consular americano retenido en Irán fue resultado del acuerdo concluido en Argelia, gracias a la mediación del gobierno argelino por los dos Estados el 19 de enero de 1981.

Un caso diferente, aunque con características aún más violentas de quebrantamiento de las normas de inmunidad diplomática se refiere al ataque a la Embajada de España en Guatemala por la policía y el ejército de este país el 31 de enero 1980. A raíz de la toma de la sede diplomática por un grupo de disidentes campesinos en protesta por las matanzas perpetradas por el ejército y la policía en la región del Quiché, integrantes de los cuerpos de seguridad asaltaron la Embajada y provocaron la muerte de 379 personas, incluyendo 7 funcionarios y empleados públicos de la propia Representación, entre ellas el Cónsul, de nacionalidad española. A pesar de los insistentes llamados del titular de la Misión de

que se retirara la fuerza pública, a fin de impedir el ataque, ninguna autoridad, incluyendo al Ministro de Relaciones Exteriores, quiso intervenir a ese efecto. Luego entonces, el asalto fue solapado por el gobierno del general Romeo Lucas bajo una conducta:

“Incomprensible, lamentable y contraria al Derecho Internacional. No solo permitió la irrupción de las fuerzas de seguridad en la Embajada, contra la expresa voluntad del embajador, sino que además pretendió excusar y encubrir sus decisiones con una campaña calumniosa contra el entonces embajador de España, Máximo Cajal, presentándolo como responsable de haber organizado la toma de la legación por campesinos y estudiantes. España no tuvo entonces otra opción que tomar la... decisión de romper relaciones con Guatemala...que solo se restablecerían cinco años después” (ABC, 2015).

Como se indica en el párrafo anterior, el gobierno español no llevó el caso a la Corte Internacional de Justicia por estos actos “constitutivos de una flagrante violación de la inmunidad diplomática de la Embajada de España por parte de agentes del estado de Guatemala” (ABC, 2015). Solamente se limitó a expresar su satisfacción a “la justicia guatemalteca por haber juzgado, 35 años después, aquellos hechos de acuerdo a las leyes y con el respeto al debido proceso, dictando el Tribunal de Mayor Riesgo “B” sentencia condenatoria contra el único responsable que ha podido ser juzgado por aquel lamentable episodio” (ABC, 2015).

Un caso parecido a los dos anteriores, con algunas características disímiles, lo tenemos en la toma de la residencia del embajador de Japón en Perú, por un grupo de guerrilleros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), el 17 de diciembre de 1996, durante el festejo del cumpleaños del emperador Akihito, episodio en el que numerosos invitados, en una cifra no precisada que rondaba las 800 personas, entre ellas varios diplomáticos, incluido el propio anfitrión, fueron tomados como rehenes (la cantidad disminuyó paulatinamente por la liberación de la mayoría de ellos). Cuatro meses después el ejército peruano tomó a sangre y fuego la embajada, liquidando a sangre fría a todos los guerrilleros con el saldo adicional de un rehén y dos militares muertos en la segunda toma de la Embajada. Mientras varios gobiernos de la región se apresuraron a felicitar al presidente Alberto Fujimori, poco a poco se dieron a conocer los excesos y las ejecuciones extrajudiciales de varios guerrilleros, que ya se habían rendido.

Aparte de que “la toma de rehenes está y sigue estando prohibida en todo tiempo por el derecho internacional humanitario⁴ (CICR, 1999), podemos decir que en este episodio hubo dos violaciones a la inmunidad diplomática, por una parte al local sede de la embajada japonesa y por otra a la de los diplomáticos presentes en la celebración del cumpleaños del emperador japonés, tomados como rehenes.

⁴Cfr. artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949; IV Convenio de Ginebra, artículos 34 y 147; I Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, artículo 75; II Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, artículo 4”.

Es posible afirmar también que el gobierno peruano incurrió en una violación a la inmunidad al no garantizar efectivamente la protección del local de la Embajada de Japón, tal y como lo establece la CVRD en su artículo 22, párrafo 2: “El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad.” Parece obvio que, a pesar de la aparente extrema vigilancia instalada en los alrededores de la Embajada por el gobierno fujimorista y de las advertencias sobre la posibilidad de un ataque a la embajada, no se cumplió con lo estipulado por el mencionado artículo, incurriendo en una violación a la inmunidad diplomática.

Debe decirse que el gobierno japonés no lo vio de esta manera, ya que “al igual que la gran mayoría de los japoneses, había insistido permanentemente, desde el comienzo hasta el fin, en una solución pacífica a la crisis de los rehenes. Sin embargo, cuando se confrontó con el hecho consumado de la incursión militar, coincidiendo de nuevo con la gran mayoría de los japoneses, súbitamente cambió de actitud y elogió la decisión del presidente Fujimori. En esto incidió definitivamente el hecho de que ningún japonés hubiera caído víctima de la operación militar.” (Ohgushi, Kazuo, 1998, p. 204). Incluso, el jefe de Gabinete del Gobierno de Japón de ese entonces, declaró que el resultado era lo que contaba (Ohgushi, Kazuo, 1998, p. 204). Por lo tanto, no hubo ninguna acción de protesta, ni ninguna controversia internacional, de lo que pude deducirse que Japón dio su consentimiento a la operación de rescate de los rehenes, renunciando tácitamente a la inmunidad diplomática.

La declaración de *persona non grata*

¿La expulsión de agentes diplomáticos o su no aceptación puede tomarse como una violación a la inmunidad diplomática? La respuesta inmediata es negativa, si nos atenemos a lo que indica el artículo 9:

1. El Estado receptor podrá, en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado acreditante que el jefe u otro miembro del personal diplomático de la misión es persona non grata, o que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable. El Estado acreditante retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en la misión, según proceda. Toda persona podrá ser declarada non grata o no aceptable antes de su llegada al territorio del Estado receptor.
2. Si el Estado acreditante se niega a ejecutar o no ejecuta en un plazo razonable las obligaciones que le incumben a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1, el Estado receptor podrá negarse a reconocer como miembro de la misión a la persona de que se trate.

Antes de llegar a este punto, lo usual es que el estado receptor realice discretas averiguaciones dirigidas a conocer los antecedentes, de todo tipo, de la persona propuesta a fin de estar en condiciones de otorgar su beneplácito al

nuevo embajador y sólo en este caso, pues no se averigua el pasado de agentes diplomáticos de menor rango, aunque estos también pueden ser sujetos de ser declarados *persona non grata*, cuando han cometido algún ilícito en el Estado receptor y el Estado acreditante se ha negado a retirarle la inmunidad diplomática. Es la medida con la que cuenta el primero si busca castigar de alguna manera al infractor.

El problema es cuando se abusa de la declaración como medida de represalia por algún diferendo con otro Estado, lo que ha sucedido sobre todo entre las potencias al expulsar no a uno o dos agentes diplomáticos, sino a decenas de ellos. El 26 de marzo de 2018, fueron expulsados, es decir declarados *persona non grata*, más de ciento cincuenta diplomáticos rusos de Estados Unidos, Europa y otros países. El pretexto de esta expulsión colectiva fue el envenenamiento del exespía ruso, Sergei Skripal, y de su hija, en Inglaterra. En Estados Unidos, el gobierno del presidente Donald Trump expulsó a cuarenta y ocho funcionarios diplomáticos y doce más de la representación rusa en la Organización de Naciones Unidas, además de cerrar su consulado en Seattle. En reciprocidad, Rusia anunció la expulsión de 150 diplomáticos (60 estadounidenses, 23 británicos y el resto de otros 25 países, principalmente europeos), y la clausura de la oficina del British Council ubicada en Moscú, y del consulado estadounidense en San Petersburgo.

“En este sentido, ha sido posible observar (otros) numerosos casos en los que se ha procedido a la declaración de *persona non grata* por diversos motivos; por ejemplo, cuando un cable diplomático confidencial de la embajadora de Estados Unidos en Ecuador, Heather Hodges, sobre la supuesta corrupción policial en Ecuador fue filtrado a través de Wikileaks y publicado por un diario español (2011), la consiguiente medida espejo adoptada por Estados Unidos fue que declaró *persona non grata* a Luis Gallegos, jefe de misión ecuatoriano en Washington (sin que tuviera nada que ver en el problema); la reciente declaración de *persona non grata* y expulsión del embajador de Canadá ante el Reino de Arabia Saudita, Dennis Horak, a principios de agosto de 2018, debido a *tweets* de su gobierno expresando preocupación por casos de violación de derechos humanos; el ya conocido asunto Río-frío, ocasión en la que el gobierno de Perú solicitó el retiro del embajador ecuatoriano Rodrigo Guillermo Río-frío Machuca, en 2013, motivado por un altercado de orden público. Estos casos y otros ilustran el abuso de esta institución diplomático-consular y su utilización para fines distintos a aquellos que tenían en mente quienes codificaron esta antigua norma. Desde la entrada en vigor de la CVRD, las reglas señaladas han sido utilizadas, particularmente, cuando el Estado receptor presume que una misión está o ha estado involucrada en casos de espionaje o terrorismo, aunque siempre existe el riesgo o la probabilidad de que esta decisión provoque una acción recíproca por parte del Estado acreditante, lo que generalmente suele ocurrir (no siempre sucede, como vimos en el caso del espía mexicano en Cuba). Otra de las causas que puede llevar a que éste último decida restringir el número de integrantes de una misión diplomática es el patrón de conducta de los miembros de la mi-

sión. Si éstos incurren en comportamientos contrarios a la legislación local o las normas internacionales, es probable que un Estado decida disminuir el número de miembros a fin de controlar este tipo de conductas” (Arredondo, R., 2019-2020, paréntesis nuestros).

Es verdad que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 faculta a los Estados parte a tomar este tipo de medidas, pero se entiende que deben ser usadas solamente en caso de abusos de la inmunidad diplomática, en caso de violaciones a las leyes locales o hasta por actos que van en contra de la ética personal o social, como fue el intercambio de insultos y golpes entre el embajador peruano Río Frío Machuca en Ecuador, mencionado en la última cita, pero también se ha convertido en una arma de represalias por actos que pueden incluso no tener vinculación con eventos propiamente diplomáticos.

Al hacerlo así, los Estados se encuentran en una situación que alcanza los límites de violaciones a las inmunidades diplomáticas, toda vez que la expulsión o la declaración de persona non grata alcanza a diplomáticos que no tuvieron algo que ver con el acto por el que ella se ejecuta. Surge entonces la pregunta, ¿si están protegidos por la inmunidad diplomática, por qué deberían pagar los diplomáticos afectados por una declaración de *persona non grata* por actos que no cometieron? Se trata, a nuestro juicio, de un abuso en contra de las inmunidades diplomáticas. “En el fondo del asunto, significa que si los diplomáticos no tienen las inmunidades, no podrán hacer su trabajo correctamente. ¿Por qué? En pocas palabras, el diplomático necesita protección por actos ilícitos del estado o actos que tienen motivaciones principalmente políticas: el diplomático, al ser el representante del estado que envía, puede verse atrapado en medio de una disputa entre los Estados receptor y emisor y ser utilizado como peón. Sin el DI [Derecho Internacional], vivirían y trabajarían con el temor de ser arrestados por motivos políticos” (Franklin, A., 2021), o de ser expulsados sin motivo.

Reflexiones finales

Las inmunidades que se les atribuyen a los agentes diplomáticos por medio de las convenciones mencionadas en estas notas, CVRD, CVRC, CNYME, constituyen las herramientas más valiosas con la que cuentan en la realización eficaz de sus labores como representantes de un Estado ante otro. Son llamados privilegios, aunque en realidad se pensaron como facilidades laborales y se otorgan no en función de la persona sino en la de comisionado de su Estado. Las inmunidades diplomáticas tienen una larga historia pues existen desde que se iniciaron los contactos regulares entre dos o más Estados, mediante enviados cuya vida debía ser respetada recíprocamente y pudieran transmitir los mensajes de unos y otros.

No obstante, ha habido una distorsión de esas inmunidades, por una parte por agentes diplomáticos que, amparados por ellas, no respetan las leyes nacionales de los países en los que se encuentran adscritos y cometen delitos que van de leves a graves, sin ser castigados justamente por esas inmunidades que, en

este sentido, sí se convierten en privilegios. Asimismo, es notoria la falta de respeto a las inmunidades por abusos cometidos por Estados que se saltan las normativas establecidas por las convenciones y rompen con ellas, atentando ya sea en contra de los locales (embajadas y consulados), ya sea en contra de la persona que encarna al Estado extranjero

Lo anterior, principalmente en la primera de estas situaciones, ha propiciado que haya surgido una corriente revisionista sobre el alcance de las inmunidades diplomáticas, generalmente con el ánimo de limitarlas. Esta corriente revisionista proviene tanto de especialistas que hacen énfasis en los abusos de los diplomáticos, como de Estados que han propiciado la promulgación de leyes, o que han llevado a juicio por algún delito de acuerdo a sus leyes internas, a personas que eventualmente alegaron contar con esa inmunidad. Con toda seguridad en el futuro inmediato la tendencia será el crecimiento de llamadas de atención por ambas partes sobre la necesaria y urgente limitación (desde su punto de vista) de las inmunidades; pero, sin duda, también deberá pensarse en la forma de castigos que debe tener su violación, más allá de lo que pueda decir la Corte Internacional de Justicia.

Fuentes consultadas

- ABC (2015). "España y Guatemala, 35 años después de aquel incendio", en Ministerio de Relaciones Exteriores, Unión Europea y Cooperación, España, https://www.exteriores.gob.es/en/Ministerio/ActividadReciente/Paginas/Articulos/20150131_articuloministro.aspx
- Altares, G. (2012). "Revocar la inmunidad diplomática, una medida sin precedentes", *El País*, Madrid, 16 Agosto.
- Arredondo, R. (2020). "¿Una nueva guerra fría por otros medios? Las derivaciones del caso Skripal", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol.19 Ciudad de México, ene./dic. 2019 Mayo-2020, en [F:/Inmunidad%20Diplomática/¿Una%20nueva%20guerra%20fría%20por%20otros%20medios_%20Las%20derivaciones%20del%20caso%20Skripal.html](https://www.derecho.unam.mx/revistas/anuario-mexicano-de-derecho-internacional/2020/ene-dic-2019-mayo-2020/una-nueva-guerra-fria-por-otros-medios-las-derivaciones-del-caso-skripal.html)
- Astudillo Galarza, S. (2015). *El Abuso de las Inmunidades Diplomáticas*. Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay, Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) (1999). "La acción del CICR durante la crisis de los rehenes en Lima", en <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdn6x.htm>
- Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2010). En <https://www.dipublico.org/3370/convencion-de-las-naciones-unidas-sobre-las-inmunidades-jurisdiccionales-de-los-estados-y-de-sus-bienes/>
- Convención de Nueva York sobre Misiones Especiales (1969).
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963).
- Convención de Viena sobre Relaciones diplomáticas (1961).
- Franklin, A. (2021). "Diplomatic immunity: The reality of the sources of the law", *Diplo*, Julio. En <https://www.diplomacy.edu/blog/diplomatic-immunity-the-reality-of-the-sources-of-the-law/>

- Holla, H. "Diplomatic immunity re-considered: Do human rights have to pay the price for diplomatic impunity?", *KCL Student Journal of International Affairs and Human Rights*, Consultado en: https://www.academia.edu/10509151/Diplomatic_immunity_re_considered_Do_human_rights_have_to_pay_the_price_for_diplomatic_impunity
- Mwenda, K.K. (2014). "Diplomatic immunity of corrupt diplomats: when the shield can no longer hold". *Southwestern Journal of International Law*, (Vol. 18, No. 2).
- Negro Alvarado, D. M. (2002). "El caso de los rehenes estadounidenses en Teherán y el Proyecto de Artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos", *Agenda Internacional*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (IDEI), Pontificia Universidad Católica del Perú, Año VII, N° 16, pp. 161-177 <https://www.dipublico.org/109106/congreso-de-viena-reglamento-de-categorias-entre-los-agentes-diplomaticos-19-de-marzo-de-1815/>
- Ohgushi, K. (1998). "Los japoneses y la crisis de los rehenes en lima, Perú: una interpretación", *Revista Ciencia Política*, Vol., 19, No. 2. Universidad Católica de Chile, en <http://ojs.uc.cl/index.php/rcp/article/view/7054>
- Ojeda Gómez, M. (1974). "Las relaciones de México con el régimen revolucionario cubano", *Foro Internacional*, Vol. XIV, No. 4. México: El Colegio de México, abril-junio, pp. 474-506
- Open Society Foundations (2013). "Aspectos más relevantes del caso de EE.UU. contra Teodorin Nguema Obiang de Guinea Ecuatorial". <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/excerpts-us-case-against-teodorin-nguema-obiang-equatorial-guinea/es>
- Ormeño Valdivia, F. A. (2012). *Inmunidades Diplomáticas: Alcance de los Privilegios Diplomáticos. Materia Fiscal*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, 7 pp.
- Reyes Milk, M. E (2008). "El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional", *Agenda Internacional*, Año XV, N° 26.
- Rojas, R.; Covarrubias, A. (2011). *Caribe, Colección Historia de las Relaciones Internacionales de México 1821-2010* (Coordinada por Mercedes de Vega) México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 325 p.
- Subramanian, S. R. (2017). "Abuse of Diplomatic Privileges and the Balance between Immunities and the Duty to Respect the Local Laws and Regulations under the Vienna Conventions: The Recent Indian Experience", *The Chinese Journal of Global Governance*, No. 3, Oct, p.183.

SEXTA PARTE

Derecho Internacional, Salud y Deporte

CAPITULO 13

El Derecho Internacional y el deporte

James Graham*

Les idéaux olympiques sont également ceux de l'Organisation des Nations Unies: tolérance, égalité, fair-play et, surtout, paix. Ensemble, les Jeux Olympiques et l'Organisation des Nations Unies peuvent former une équipe gagnante. Mais la victoire ne sera pas facile. La guerre, l'intolérance et le dénuement sont loin d'avoir disparu de la surface de la terre. Nous devons nous battre. Tout comme les athlètes s'efforcent d'atteindre des records mondiaux, nous devons lutter pour la paix dans le monde.

*Kofi A. Annan,
Secretario General de las Naciones Unidas,
septiembre 2000*

Introducción

Deporte y Derecho Internacional forman una “pareja singular”¹ que la doctrina no tiene la costumbre de asociar.² Sin embargo, a primera vista hay similitudes. Tal como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) es el “gobierno” mundial para la Paz, el Comité Olímpico Internacional (COI) tiende a ser el gobierno mundial del Deporte. Así lo ve también la ONU. En efecto, en su resolución “El deporte como medio de promover la educación, la salud, el desarrollo y la paz”, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha declarado: “Apoya la independencia y la autonomía del deporte, así como la misión del Comité Olímpico Internacional como líder del movimiento olímpico”.³

En este sentido, el COI y los Comités Olímpicos Nacionales (CON) han celebrado acuerdos de cooperación con varios programas y fondos de las Naciones Unidas, incluidos el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), con el fin de llevar los beneficios del deporte a los refugiados y otras personas afectadas

* Doctor en Derecho por la Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne, Francia. Profesor por oposición en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México. Titular de la cátedra de arbitraje internacional en la Escuela doctoral y de la línea de investigación de Derecho Internacional Público. Socio, GRAHAM, Monterrey, México. graham@jamesgraham.legal.

¹ LATTY F. Sport et Droit international. Rapport introductif, in: Latty F. et al., Sport et droit international (aspects choisis), Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., 11. (2016).

² PÉREZ GONZÁLEZ C. ¿Un Derecho internacional del deporte? Reflexiones en torno a una rama del Derecho internacional in statu nascendi, Revista Española de Derecho Internacional, 2017.195.

³ Resolución 69/6, 31/10/2014. Desde el 20/10/2009, el COI tiene el estatuto de observador ante las NU.

por conflictos, y para combatir la exclusión social y la degradación del medio ambiente. Desde 1984, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha estado involucrada con el mundo del deporte en la promoción de un estilo de vida saludable, los beneficios de la actividad física regular y en la lucha contra el consumo de tabaco.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), como parte de su misión de promover condiciones laborales decentes, ha cooperado con otras agencias de la ONU y gobiernos y organizaciones deportivas a través de una serie de asociaciones en las que el deporte emerge como un componente central para la promoción del desarrollo económico y social. Sin embargo, el *sumum* de la cooperación del COI con los Estados es la creación de la Agencia Mundial contra el Dopaje (WADA⁴), el 10 de noviembre de 1999 en Lausana, Suiza, para promover y coordinar la lucha contra el dopaje en el deporte a nivel internacional. Integrada y financiada por igual por el Movimiento Deportivo y los gobiernos, la WADA coordina el desarrollo y la implementación del Código Mundial Antidopaje, el documento que armoniza las reglas relacionadas con el dopaje en todos los deportes y países.⁵

Sólo excepcionalmente se han levantado normas del Derecho Internacional contra el Derecho llamado “olímpico”. Al respecto, conviene hacer referencia por ejemplo a la resolución 757 (1992), mediante la cual el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió que los Estados miembros “tomaran las medidas necesarias para evitar la participación en eventos deportivos en su territorio de personas o grupos representantes de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro)”.⁶ Incluso, si la resolución no vinculaba directamente al COI, o para el caso al Estado de su sede, Suiza, que en ese momento no era miembro de la ONU, el embargo deportivo impuesto a Yugoslavia planteó serios problemas en el periodo previo a los Juegos Olímpicos de Barcelona (1992).

De hecho, forzadas por la decisión del Consejo, las autoridades españolas estaban obligadas a impedir la participación de atletas yugoslavos en los Juegos de Barcelona, aunque, en virtud de la Carta Olímpica, el Comité Olímpico Yugoslavo tenía derecho a enviar atletas. El conflicto de normas finalmente se resolvió mediante negociación, el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad se refirió directamente al COI, habiendo aceptado finalmente el compromiso propuesto: la participación de atletas yugoslavos no con los colores de su país, sino agrupados, detrás de la bandera olímpica, dentro de un “Equipo Independiente”. Asimismo, el COI tuvo por costumbre aceptar “países” que según el *jus gentium* aún no eran reconocidos, siendo Kosovo⁷ y Palestina los ejemplos más ilustrativos. Sin embargo, en la actualidad, el COI se ha sometido al Derecho Internacional visto que su Art. 30 de la Carta olímpica prevé que la expresión

⁴ World Anti-Doping Agency.

⁵ GRAHAM J. & SANCHEZ D. *El Derecho internacional del Fútbol*, Zamanga Editores. (2014)

⁶ Résolution 757 (1992), 30 mai 1992.

⁷ Kosovo fue admitido en la UEFA, porque la “mayoría de los Estados reconocen su independencia”, aunque el Kosovo no es miembro de las Naciones Unidas (CAS (2017). *Football Association of Serbia v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA)*.

“país” significa un Estado independiente reconocido por la Comunidad internacional.

Lo anterior explica que entidades tal como Cataluña y Gibraltar ya no la tienen fácil por poder adherir al COI. Más recientemente, el Derecho internacional chocó con el Derecho federativo del Fútbol. En efecto, Israel incluyó en su territorio “futbolístico” los territorios palestinos ocupados/anexados por Israel en violación del Derecho internacional, ya que tal acción es contraria el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Esta posición ha sido un pilar del Derecho Internacional durante años y ha sido respaldada regularmente por el Consejo de Seguridad de la ONU,⁸ la Asamblea General de las Naciones Unidas⁹ y la Corte Internacional de Justicia.¹⁰

Por el contrario, también hay situaciones en las cuales el Derecho olímpico choca con el Derecho nacional. En 1984, por ejemplo, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, en el caso *Martin vs International Olympic Committee*,¹¹ escuchó una apelación de 2 organizaciones de atletismo y 82 corredoras de distancia de 27 países que solicitaron una orden judicial preliminar que requeriría a los organizadores de los Juegos Olímpicos de Verano de 1984 en Los Ángeles para incluir eventos de pista de 5,000 y 10,000 metros para mujeres. Dado que estos eventos habían sido previstos en el programa de los hombres, 69 apelantes afirmaron que la falta de inclusión de estos eventos constituía una discriminación de género que violaba sus derechos de igual protección bajo la Quinta y Decimocuarta Enmiendas. La Corte optó de ponerse del lado del COI:

[Nos] parece persuasivo el argumento de que un tribunal debe tener cuidado de aplicar una ley estatal para alterar el contenido de los Juegos Olímpicos. Los Juegos Olímpicos se organizan y se llevan a cabo bajo los términos de un acuerdo internacional: la Carta Olímpica. Somos extremadamente reacios a emprender la aplicación de una ley de un Estado para alterar un evento *que se organiza con competidores de todo el mundo bajo los términos de ese acuerdo*.”¹²

Como se mencionó, la relación entre el Derecho Internacional y el deporte es poca. Se pudieran citar algunas resoluciones, declaraciones, recomendaciones de varias organizaciones internacionales a favor del deporte y su contribución a

⁸ Por ejemplo: UN Doc S/RES/452; UNSC Res 465; UNSC Res 2334.

⁹ Cf UN General Assembly Res 72/14 (30 November 2017) UN Doc A/RES/72/14.

¹⁰ “To sum up, the Court is of the opinion that the construction of the wall and its associated régime impede the liberty of movement of the inhabitants of the Occupied Palestinian Territory (with the exception of Israeli citizens and those assimilated thereto) as guaranteed under Article 12, paragraph 1, of the International Covenant on Civil and Political Rights. They also impede the exercise by the persons concerned of the right to work, to health, to education and to an adequate standard of living as proclaimed in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and in the United Nations Convention on the Rights of the Child. Lastly, the construction of the wall and its associated régime, by contributing to the demographic changes referred to in paragraphs 122 and 133 above, contravene Article 49, paragraph 6, of the Fourth Geneva Convention and the Security Council resolutions cited in paragraph 120 above” (*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* 09/07/2004, #134).

¹¹ 740 F.2d 670 (9th Cir. 1984).

¹² #677.

la paz. Sin embargo, como lo hemos mencionado, el COI intenta tener vida propia con sus reglas, y, su tribunal. No obstante, la polémica y diversos fallos judiciales que veremos más adelante, el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS¹³) es una criatura del COI y participa en la elaboración de un Derecho propio, diferente del Derecho Internacional: la *lex sportiva*. Lo anterior, nos lleva a preguntarnos si tal tercer orden jurídico, distinto del nacional e internacional, existe. Lo anterior importa también con relación a los derechos humanos, que probablemente son la gran parte del *jus gentium* aplicable en materia deportiva. El TAS, sin embargo, tiene tendencia a negar la aplicabilidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos en su procedimiento.

La Lex Sportiva

La resolución “*Promoting human rights through sport and the Olympic ideal*” (2018) del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas destaca la necesidad de que la protección de los derechos de los atletas se ajuste a las normas y principios internacionales pertinentes. La resolución afirma que la Carta Olímpica y los documentos rectores de otros organismos deportivos no reemplazan los derechos humanos reconocidos internacionalmente. A su vez, el principal órgano de resolución de disputas deportivas, el Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAS por sus siglas en francés), considera de manera general que no hay lugar a la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, porque justamente los instrumentos de las organizaciones internacionales deportivas prevén también una protección de los derechos fundamentales (A). Esa postura de reconocer una *lex sportiva* como orden jurídico no es compartida por los tribunales judiciales y supranacionales (B).

La Proclamación por parte del Tribunal del Deporte

En materia de la ley aplicable a las controversias legales deportivas, el principio general es que se resuelvan con base en las disposiciones y normas de la ley elegida por las partes, o en su defecto la Ley suiza (*lex domicilii* del TAS).¹⁴ En este contexto, surge la pregunta de que, si las partes pueden optar por la *lex sportiva*, lo que implica que existe tal *lex sportiva* y si es un orden jurídico.¹⁵ Sin embargo, no es posible tocar el tema sin mencionar unos puntos clave de la teoría de la pluralidad de los órdenes jurídicos y en especial la *lex mercatoria*.¹⁶

Santi Romano en su obra magistral *l'Ordinamento giuridico*¹⁷ sostuvo que no había un solo orden jurídico exclusivo, a saber, el del Estado, sino una pluralidad de órdenes jurídicos, insistiendo más sobre el aspecto sociológico de los

¹³ Los siglos oficiales son en francés e inglés: TAS (*Tribunal arbitral du Sport*); CAS (*Court of Arbitration for Sport*).

¹⁴ R45 CAS Procedural Code.

¹⁵ GRAHAM J. ¿Existe una *lex sportiva*? *Revista de la Barra Mexicana* (2015), 1; LATTY F. *La lex sportiva: Recherche sur le droit transnational* (2007), MARTINUS NIJHOOF; CASINI L. The making of *lex sportiva*: the Court of Arbitration for Sport, *German Law Journal*, (2010), 1317; SIEKMANN R. & SOEK J. *Lex sportiva: what is sports law?*, Springer. (ed.) (2012).

¹⁶ GRAHAM J. *Lecciones de Arbitraje internacionales*, Zamanga Editores. (2018).

¹⁷ 3ra ed., Firenze, 1977.

órdenes jurídicos que en sus aspectos formales. En tiempos más recientes, el mismo pensamiento fue expresado por Rigaux (1989) en su Curso General de Derecho Internacional Privado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya,¹⁸ en particular con respecto a los órdenes deportivos.¹⁹

Citando la teoría del pluralismo de los órdenes jurídicos, un tribunal comercial de primera instancia belga subrayó la importancia de la efectividad y de la capacidad de las reglas a regir a los miembros del supuesto orden jurídico, condición verificada, según los jueces, en el caso de la Federación Internacional de Fútbol Asociación (FIFA). Las relaciones entre los clubes y la FIFA no son de tipo contractual (en el marco de su membresía a una asociación sin lucro, lo que es jurídicamente la FIFA), sino se trata de una sumisión a “la autoridad de las reglas impuestas por la FIFA”.²⁰

Para varios paneles arbitrales, la *lex sportiva* es necesaria en vista de la transnacionalización de las actividades deportivas.²¹ Es así que un tribunal sostuvo que:

The Panel is of the opinion that all sporting institutions, and in particular all inter-national federations, must abide by general principles of law. Due to the transnational nature of sporting competitions, the effects of the conduct and deeds of international federations are felt in a sporting community throughout various countries. Therefore, the substantive and procedural rules to be respected by international federations cannot be reduced only to its own statutes and regulations and to the laws of the country where the federation is incorporated or of the country where its headquarters are. Sports law has developed and consolidated along the years, particularly through the arbitral settlement of disputes, a set of unwritten legal principles –a sort of *lex mercatoria* for sports or, so to speak, a *lex ludica*– to which national and international sports federations must conform, regardless of the presence of such principles within their own statutes and *regulations* or within any applicable national law, provided that they do not conflict with any national «public policy» («ordre public») provision applicable to a given case. Certainly, general principles of law drawn from a comparative or common denominator reading of various domestic legal systems and, in particular, the prohibition of arbitrary or unreasonable rules and measures can be deemed to be part of such *lex ludica*.²²

Otro tribunal compartió la misma postura:

As observed in the already quoted CAS case no. 98/200, due to the transnational character of international sporting competitions and the global effects of the actions and omissions of international federations, general principles of law (and in particular those general principles that have become part of the so-called *lex sportiva*) must be respected at all times by international federations

¹⁸ Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, *RCADI*, 1.

¹⁹ *Idem*, # 38 sq.

²⁰ *Charleoi c/ Européen d'Intérêt Economique (GEIE)*, n° A/05/03843, 15/5/2006.

²¹ LATTY F. *La Lex Sportiva: Recherche Sur Le Droit Transnational*, Martinus Nijhoff Publishers. (2007).

²² *AEK Athens and SK Slavia Prague / Union of European Football Associations (UEFA)*, 20/08/1999.

even if they are not reflected in specific enactments of the applicable national law.²³

Y se justifica la existencia de tal *lex deportiva* por el papel de “legislador” que tiene la federación en su deporte, como, por ejemplo, la FIFA y el fútbol:

In addition to Swiss law, the Panel holds that general principles of law are also applicable as “rules of law [whose application] the Panel deems appropriate” (Article R58 of the CAS Code). As previously mentioned, FIFA's special power as the supreme regulatory authority within its sport is accompanied by special responsibility. Albeit a private body, FIFA must thus respect general principles of law, particularly those that generally bind legislators and public administrations. As the panel in CAS 98/200 held, at para. 156: “The Panel is of the opinion that all sporting institutions, and in particular all international federations, must abide by general principles of law. Due to the transnational nature of sporting competitions, the effects of the conduct and deeds of international federations are felt in a sporting community throughout various countries. Therefore, the substantive and procedural rules to be respected by international federations cannot be reduced only to its own statutes and regulations and to the laws of the country where the federation is incorporated or of the country where its headquarters are. Sports law has developed and consolidated along the years, particularly through the arbitral settlement of disputes, a set of unwritten legal principles –a sort of *lex mercatoria* for sports or, so to speak, a *lex ludica*– to which national and international sports federations must conform, regardless of the presence of such principles within their own statutes and regulations or within any applicable national law, provided that they do not conflict with any national «public policy» («ordre public») provision applicable to a given case. Certainly, general principles of law drawn from a comparative or common denominator reading of various domestic legal systems [...] can be deemed to be part of such *lex ludica*”. With respect to this citation, the Panel notes that what was then termed “*lex ludica*” has become by now widely known as “*lex sportiva*”.

Agregando:

FIFA, as a monopoly federation, is exercising autonomy in issuing regulations and is shaping the world of football, FIFA is acting in a manner that is comparable to a state legislator. In any event, from the point of view of those who are subject to the regulations –whose protection is the very purpose of the prohibition of issuing rules having a retrospective effect– it makes little difference whether a provision has been issued by a monopoly federation or by a state legislator. However, if the rules of a monopoly federation are measures having an equivalent effect, then there is no reason not to apply the prohibition of issuing rules having retrospective effect developed for the state legislator to a sports federation such as FIFA” (CAS 2006/A/1181 at para. 10).²⁴

²³ *Gibraltar Football Association (GFA) v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, 27/04/2016.

²⁴ *Gibraltar Football Association* precitado.

Sin embargo, del otro lado del espejo, el reflejo es diferente. Los Estados ciertamente están a favor de una auto-regulación del deporte, pero no en un orden jurídico, como lo veremos ahora.

La negación por los Tribunales Judiciales

La Corte de apelación de Frankfurt, Alemania, simplemente enunció que “no existe una *lex sportiva* independiente del derecho nacional”,²⁵ retomando la doctrina de Paul Lagarde (1987), quien sostiene que no hay un orden jurídico, si no se verifican al menos dos condiciones fundamentales: que haya instituciones permanentes para aplicar las reglas, y que estas instituciones no sean sometidas a otra autoridad. Las condiciones mencionadas se verifican para el orden jurídico estatal (la sentencia de la suprema corte de un país no puede ser nulificada por un tribunal de otro país), mas no por las instituciones arbitrales (cuyas decisiones siempre pueden ser nulificadas por tribunales estatales).²⁶

El propio reglamento de la FIFA reconoce el no poder escapar a la jurisdicción estatal, en la medida que dispone, por ejemplo, en su artículo 22 de su Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores: “Sin perjuicio del derecho de cualquier jugador o club a elevar un caso ante un tribunal ordinario de disputas laborales, la FIFA tiene la competencia [...]”. En otras palabras, si se tratase de un verdadero orden jurídico, no habría la necesidad de reconocer la jurisdicción de otro orden jurídico –el estatal. Sería como si el orden jurídico mexicano dispusiera que es competente sin perjuicio a elevar un caso ante un tribunal extranjero. El orden jurídico estatal es completo– ¡por eso es un orden jurídico! En el marco de la FIFA, se trata de un sistema muy elaborado más subordinado al orden estatal. En este contexto, es menester señalar una sentencia del Tribunal de Primer Instancia de la Unión Europea que considera a la FIFA no como autoridad, sino como una asociación de empresas.²⁷ La decisión más importante para demostrar la sumisión de la FIFA a los órdenes jurídicos estatales es incontestablemente el fallo comunitario *Bosman*,²⁸ por el cual se denegó una “excepción deportiva del fútbol” a las reglas generales del Derecho comunitario de la libre circulación de los trabajadores. A su vez, la CJCE ha controlado las normas del CIO a la luz del Derecho comunitario de la competencia.²⁹

²⁵ OLG Frankfurt, *Baumann v. DLV*, 18/4/2001.

²⁶ Approche critique de la *lex mercatoria*, *Mélanges Goldman*, 125.

²⁷ Puesto que las asociaciones nacionales constituyen asociaciones de empresas y también, debido a las actividades económicas que desarrollan, la FIFA, asociación que agrupa a las asociaciones nacionales, constituye igualmente una asociación en el sentido del artículo 81 CE. En efecto, esta disposición se aplica a las asociaciones en la medida en que sus propias actividades o las de las federaciones que pertenecen a ellas estén destinadas a producir los resultados a que se refiere la disposición (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1975, *Frubo/Comisión*, 71/74, Rec. p. 563, apartado 30). El marco jurídico en el que se toman las decisiones y la calificación jurídica que a dicho marco dan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales no tienen influencia alguna en la aplicabilidad de las normas comunitarias sobre la competencia”. (Sentencia del 26/1/2005, *Laurent Piau contra Comisión de las Comunidades Europeas*).

²⁸ CJCE, 15/12/1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman*. Véase también: Duval A. (2015), *La Lex Sportiva Face au Droit de l'Union Européenne: Guerre et Paix dans l'Espace Juridique Transnational*, Tesis doctoral, European University Institute

²⁹ CJCE (2006). *Meca-Medina et Majcen*.

Ahora bien, parece que el debate ya se acabó de manera definitiva. Primero, el fallo del 20 de diciembre de 2005 del Tribunal Federal Suizo ha establecido que las reglas de la FIFA no son “reglas de derecho,”³⁰ pudiendo ser objeto de una elección de *lex contractus*, sino que sólo se trata de un reenvío material, quiere decir reglas contractuales que están sometidas a la *lex contractus* que tiene que ser una Ley estatal. Segundo, el fallo *Matuzalem* del Tribunal Federal Suizo demuestra que no es cierto que el TAS es la máxima autoridad “judicial” en materia de deporte. Es cierto que hasta la fecha del fallo *Matuzalem*, nunca un laudo del TAS fue anulado, dando la impresión no obstante que legalmente los fallos del TAS pueden ser revisados por el TFS, eso sería un mero formalismo. Sin embargo, en el asunto comentado, el TFS anuló la sentencia arbitral del TAS.

Los hechos fueron los siguientes. El jugador Matuzalem rescindió de manera unilateral antes que su contrato se terminará, con Shakhtar Donetsk para contratarse con el Real Zaragoza. Shakhtar Donetsk recurrió a la FIFA, la cual condenó a Matuzalem a pagar una multa de 6.8 millones de euros por violación del contrato. Ni Matuzalem, ni el Real Zaragoza tuvieron la capacidad financiera de pagar dicha multa. Matuzalem consecuentemente demandó ante el TAS, cuyo panel arbitral condenó de nueva cuenta a Matuzalem y el Real Zaragoza de pagar 11, 858,934 de euros en indemnizaciones por violación del contrato.

La decisión fue confirmada por el TFS. Sin embargo, tanto el jugador como el nuevo club continuaron a alegar la imposibilidad financiera de pagar, la FIFA, por lo tanto, en aplicación de su reglamento, prohibió a Matuzalem jugar hasta que la multa fuera pagada. Matuzalem de nueva cuenta demandó ante el TAS, más se confirmó la prohibición de jugar hasta que las mencionadas indemnizaciones fueran pagadas. En el recurso de revisión ante el TFS, los magistrados anularon el laudo por razones de violación del orden público internacional. La prohibición ilimitada de jugar viola los derechos personales del individuo y que se presume que una persona no ha querido vincularse por un contrato que viola así sus derechos;³¹ en este caso siendo el contrato el Código Disciplinario de la FIFA.

En efecto, una restricción contractual de la “libertad económica” del individuo es “excesiva”, cuando ella depende de la mera “arbitrariedad” de la contraparte contractual. De lo anterior, se desprende de nueva cuenta que si el Estado da mucha libertad a las organizaciones deportivas, eso no es sin un control, aunque mínimo, de lo que se hace. En otras palabras, el mencionado orden jurídico deportivo no es nada más que en realidad un campo contractual, sumido preponderantemente a la autonomía de la voluntad, pero en el marco del orden jurídico del Estado. Dicho de otra forma, se trata de la cuestión de considerar la *lex sportiva* como un método del “darwinismo jurídico”,³² una técnica que permite identificar

³⁰...aunque reconoce que la FIFA tiene el poder de emitir “reglas” para “regular” su deporte... (TSF, 4P.240/2006, 05/07/2007).

³¹ Art. 27 del Código civil suizo.

³² LOQUIN E. Où en est la lex mercatoria?, *Mélanges Kahn*, Litec, (2000), 23, 26.

soluciones a partir de interpretaciones conformes, pero apegado al Derecho del Estado, como en materia de la aplicabilidad de los tratados sobre derechos humanos.³³

Los Derechos Humanos internacionales

La gran mayoría de los países en el mundo aplican, de una u otra manera, un tratado sobre derechos humanos, sean las convenciones de derechos humanos europea, americana, o africana, por ejemplo. Sin embargo, el TAS no siendo un Estado-parte a todos aquellos tratados, considera que consecuentemente no da lugar a su aplicabilidad en los arbitrajes, que sean en relación con los derechos sustantivos o procesales.

Los Derechos Humanos sustantivos

Aún falta mucho para que los derechos humanos en el deporte sean adecuadamente protegidos (3.1.1). Sin embargo, no todo el panorama es oscuro, visto que, en los últimos años, las federaciones intentaron aumentar la protección indirecta de los derechos humanos, como por ejemplo en la atribución de las copas del mundo con respecto a los Estados-sede (3.1.2).

La Protección Directa

Annet Negesa, una corredora de media distancia de Uganda, se sometió a una prueba de orina antidopaje de rutina en el Campeonato Africano Juvenil en Botswana en 2001. Luego, en agosto, cuando alcanzó las semifinales del Campeonato Mundial en Corea del Sur, tuvo que hacerse otros análisis sanguíneos. Nunca recibió los resultados y continuó entrenando para las carreras de 800 y 1500 metros, viajando a Europa a principios de 2012. Luego, en julio de 2012, cuando Negesa estaba en las etapas finales de su preparación para los Juegos Olímpicos de Londres, su mánager la llamó para informarle que no podría participar en los juegos ya que tenía un nivel bajo de hormonas masculinas. Negesa se mostró sorprendida y molesta por la noticia.

Su gerente le dijo que los médicos de la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (IAAF, ahora conocida como *World Athletics*) le habían dicho que tenía que ir a Francia para una cita médica. Inicialmente, Negesa entendió que las posibles medidas médicas serían tomar medicación. No fue hasta que viajó a Francia, en julio de 2012, que le informaron sobre la operación. Según su descripción, los procedimientos médicos incluyeron auscultación física, ecografía, análisis de sangre y resonancia magnética. Negesa no recibió ningún documento durante la consulta médica. Le dijeron que fuera a ver a un médico en Kampala para una cirugía.

Unos días después, un funcionario de la Federación Nacional de Atletismo se puso en contacto con Negesa y le aconsejó que fuera discreta. En noviembre, un funcionario de la federación nacional y su gerente local la llevaron al

³³ DUVALA. Seamstress of Transnational Law: How the Court of Arbitration for Sport Weaves the Lex sportiva, SSER, <https://ssrn.com/abstract=3688335>. (2020).

Women's Hospital International & Fertility Center en Kampala, donde un médico le dijo que iba a realizar una "operación muy simple, como una inyección". Pero se despertó de la anestesia con cicatrices en el abdomen, mientras que los documentos de alta del hospital mencionaban una orquiectomía (extirpación de testículos internos) y le recetaron antibióticos posoperatorios. Durante los años siguientes, Negesa sufrió dolores de cabeza y articulaciones. Tras una larga y dolorosa recuperación, Annet Negesa reanudó su formación en la universidad. Pero nunca recuperó su condición física y la universidad canceló su beca a fines de 2013. Su gerente internacional dejó de contactarla en 2016. Hoy vive en Alemania, que le otorgó el asilo en 2019.

Las regulaciones de las pruebas de feminidad, como las Reglas Mundiales de Atletismo de 2019 y sus precursoras, así como la forma en que se hacen cumplir, incluidas sus repercusiones, discriminan a las mujeres en función de su sexo, su carácter sexual, y la expresión de su género.³⁴ Las pruebas de feminidad violan muchos derechos fundamentales protegidos internacionalmente, como el derecho a la privacidad, la dignidad, la salud, la no discriminación y no sufrir abusos, así como los derechos laborales. Estas regulaciones punitivas empujan a los deportistas hacia procedimientos médicos innecesarios que se realizan en entornos coercitivos, donde las mujeres humilladas se ven obligadas a elegir entre sus carreras y sus derechos básicos.

Los métodos utilizados para determinar las características sexuales de un atleta, incluida la testosteronemia, son intrínsecamente subjetivos y degradantes. Por ejemplo, examinar el tamaño del clítoris de una mujer o la implantación de su vello púbico, buscando evidencia de "virilización" debido a los niveles de testosterona, no sólo la expone a un escrutinio degradante, sino que se basa en determinaciones arbitrarias, basadas en los estereotipos de género. Los exámenes, análisis y procedimientos impuestos no son médicamente necesarios y no tienen valor terapéutico para la persona.

Se pudieran mencionar muchos otros casos,³⁵ como, por ejemplo, la problemática de los deportistas menores de edad, el abuso contractual en materia laboral; las decisiones arbitrarias y sin transparencia de la selección de los atletas para las competencias internacionales; o el flagelo de la corrupción generalizada. Otro tema recurrente, es el de la violación generalizada de los derechos humanos en el Estado al cual se le ha atribuido la organización de una copa del mundo.

La Protección Indirecta

Para la Copa del Mundo de Qatar en 2022, miles de personas han muerto como consecuencia del abuso laboral efectuado en relación con la construcción de los estadios. La gran mayoría, sino es que todos, fueron inmigrantes sin derechos. Es así como un periódico británico ha reportado que, desde la atribución de la Copa

³⁴ Human Rights Council (2015), A/HRC/44/26, Intersection of race and gender discrimination in sport, *Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*.

³⁵ MOUNTJOY M. International Olympic Committee consensus statement: harassment and abuse (non-accidental violence) in sport, *Br J Sports Med*, 1019. et al. (2016).

del Mundo en 2010, hasta la fecha, más de 6500 trabajadores de India, Pakistán, Nepal, Bangladesh y Sri Lanka han muerto.³⁶ ¿La FIFA es responsable? En un comunicado, un portavoz de la FIFA dijo que está totalmente comprometido con la protección de los derechos de los trabajadores en los proyectos de la FIFA.

“Con las muy estrictas medidas de salud y seguridad en el sitio... la frecuencia de accidentes en los sitios de construcción de la Copa Mundial de la FIFA ha sido baja en comparación con otros proyectos de construcción importantes en todo el mundo”, dijeron, sin por lo tanto proporcionar realmente alguna evidencia.³⁷ El COI también obliga a los países anfitriones a firmar un convenio que requiere la protección de los derechos humanos, del trabajo y del medio ambiente. Estos “acuerdos y protocolos internacionales” están destinados a proteger contra abusos como la ley anti-gay de Rusia, aprobada antes de los Juegos de Invierno de 2014 en Sochi, y los abusos laborales y de derechos humanos antes y durante los Juegos de Verano de 2008 en Beijing.

También, se puede preguntar qué opinar de la compra de clubs por países que no tienen la reputación de respetar los derechos humanos. A través de sus fondos soberanos, Qatar compró el club de fútbol de París el PSG, y Arabia Saudita intentó comprar el Newcastle de Inglaterra. La cuestión del respeto de los derechos humanos también surge cuando los eventos deportivos dan pie a disputas, las cuales normalmente terminan con el TAS.³⁸ Este último, sin embargo, tiende a mostrar una cierta resistencia a la aplicabilidad de los derechos humanos.

Los Derechos Humanos adjetivos

Los derechos humanos intervinieron en relación con la estructura del TAS y su capacidad de ofrecer un acceso a una justicia imparcial. Una vez verificada la independencia del TAS, el objetivo es observar como el TAS aplica (o no aplica) los derechos humanos en sus procesos arbitrales (3.2.1). Esa (no-)aplicación está verificada por los tribunales judiciales como garantes de los derechos más fundamentales de los deportistas (3.2.2).

Los Derechos Humanos a la justicia y el TAS

El TAS como institución³⁹ fue “víctima” de los derechos humanos, en vista de que muchas voces lo han criticado por no ser un tribunal “imparcial” en el sentido de la CEDH, puesto que sería un órgano pro-federaciones, en la medida que esas últimas financian el TAS.⁴⁰ Sin embargo, después de varias reformas parece que

³⁶ The Guardian, Revealed: 6,500 migrant workers have died in Qatar as it gears up for World Cup, visto el 25/02/2020, <https://www.theguardian.com/global-development/2021/feb/23/revealed-migrant-worker-deaths-qatar-fifa-world-cup-2022>.

³⁷ *Idem*.

³⁸ SIMON G. L'arbitrage des conflits sportifs, *Rev. arb.*, 188. (1995).

³⁹ LINDHOLM J. *The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence. An Empirical Inquiry into Lex Sportiva*, Springer. (2019).

⁴⁰ BONDULICH J. Rescuing The “Supreme Court” of Sports: Reforming the Court of Arbitration for Sport Arbitration Member Selection Procedures, *Brooklyn J of Int'l Law*, 280. (2016).

en los ojos de los tribunales judiciales, el TAS sí es un garante de la imparcialidad (a). También se puso en duda la validez de la cláusula compromisoria a favor del TAS que obra en los contratos deportivos por no haberse consentido libremente (b).

La estructura del TAS

Pocos son capaces de recordar el inicio de la cruzada legal de Claudia Pechstein a través de todas las jurisdicciones disponibles en el hemisferio norte. Ella fue una patinadora de velocidad alemana, varias veces medallista de oro olímpica y campeona mundial. En 2009, fue una de las primeras atletas detenidas por dopaje sobre la base del sistema de análisis de sangre introducido por la Unión Internacional de Patinaje (ISU). En adelante, la ISU le prohibió participar en todas las competencias durante dos años. Esto desencadenó una larga y complicada saga legal. Después de haber perdido su procedimiento ante el TAS, el cual desestimó sus reclamos y confirmó la prohibición de dos años.⁴¹

Pechstein presentó una acción para anular el laudo del TAS ante el TFS impugnando la confirmación de la prohibición de participar en todas las competiciones durante dos años decretada por el TAS, y cuestionando la legalidad del laudo del TAS sobre la base de la falta de independencia e imparcialidad del mismo frente a las federaciones deportivas. Pechstein afirmó que, en este asunto, se trataba principalmente de los intereses del Comité Olímpico Internacional (COI) y de la ISU, ya que por el problema del dopaje estaban preocupados de que el valor económico de los Juegos Olímpicos y sus deportes se vería comprometido. En consecuencia, Pechstein argumentó que simplemente intentaron dejar claro que tenían una postura intransigente en lo que respecta al tema del dopaje. La SFT rechazó la impugnación⁴² y confirmó que el TAS era un verdadero tribunal independiente e imparcial; lo que ha sido su posición constante.⁴³

Posteriormente, el Tribunal Regional Superior de Múnich aceptó la competencia sobre la base de que la cláusula del TAS era inválida, aunque por otro motivo. En opinión del tribunal, la firma de la cláusula del TAS violó las disposiciones de la ley de competencia económica alemana. La Unión Internacional de Patinaje (ISU) tiene una posición dominante en el mercado de acceso a campeonatos internacionales de patinaje de velocidad. Al requerir la firma de una cláusula de arbitraje del TAS, la ISU había abusado de su posición en la medida en que la designación desigual de los árbitros potenciales a una lista cerrada (hecha por el ICAS) cuya estructura sigue siendo estructuralmente dominada por los organismos deportivos e incrusta un desequilibrio estructural de los procedimientos del TAS, de modo que los atletas no elegirían la cláusula del TAS en circunstancias competitivas normales. Dado que despoja a la deportista de su derecho fundamental de acudir a los tribunales nacionales, se rebasa el umbral de intensidad requerido para el reconocimiento de un abuso de posición domi-

⁴¹ CAS 2009 / A / 1912 & 1913 y CAS OG 10/04.

⁴² TFS, 10/02/2010.

⁴³ Cf SFT, 27/05/2003.

nante. Sin embargo, meses después, la Suprema Corte Alemana (BGH) efectuó marcha atrás, argumentando que el TAS es necesario para asegurar la uniformidad y la celeridad de la justicia deportiva, lo que no sólo conviene a las federaciones o clubes, pero también a los deportistas.⁴⁴

En el *inter* de todos esos procesos, Claudia Pechstein presentó un recurso ante la CEDH argumentando que el deportista no puede negociar la cláusula arbitral con la federación. La opción es rechazarla o aceptarla. Tal situación es para la CEDH, y con razón, un arbitraje forzoso. Es cierto que la CEDH reconoce que los particulares pueden renunciar voluntariamente a ciertos derechos humanos, entre otras la garantía a un tribunal imparcial. Tal es el caso si particulares voluntariamente aceptaron una cláusula arbitral. Lo anterior no quiere decir que el tribunal arbitral pueda ser “parcial”, sino que el fallo no es susceptible de ser revisado por la CEDH bajo el amparo del art. 6.1 CEDH. Sin embargo, en materia deportiva, la situación es diferente como lo hemos visto. En lugar de nulificar el pacto arbitral, como en pura lógica se hubiera tenido que hacer, la Corte avala el sistema “judicial del TAS”, mas sus actuaciones deben ser revisadas bajo el art. 6.1 CEDH.

Dicho eso, la Corte, sin entrar en detalles, establece que el TAS tiene la apariencia de un tribunal “establecido por la ley” en el sentido del mencionado art. 6.1. Y, según los jueces de Estrasburgo, ese tribunal es presumido independiente e imparcial. El hecho de que son las mismas federaciones que lo financian o designan a un cierto número de árbitros para la lista cerrada del TAS⁴⁵ no es un argumento, visto que los tribunales judiciales también son financiados por el Estado, pero, no es por eso que son parciales a favor del Estado. Se puede poner en *relief* la decisión citada, con la evocación de otro caso, donde la CEDH sí consideró que no hay un tribunal independiente e imparcial. En el caso *Ali Riza y otros c. Turquía*, varios jugadores se dolían de las decisiones de la Federación Turca de Fútbol (TFF) en sus casos y, las cuales, no estaban sujetas a revisión judicial.

La Corte europea concluyó en particular que el órgano ejecutivo de la TFF, el Consejo de Administración, siempre había estado formado en gran parte por miembros o ejecutivos de clubes de fútbol, y tenía una influencia demasiado fuerte sobre la organización y el funcionamiento del Comité de Arbitraje. La Ley tampoco proporcionó las salvaguardias adecuadas para proteger a los miembros del Comité de Arbitraje de cualquier presión externa. Tras señalar que el caso revelaba un problema sistémico en lo que respecta a la resolución de disputas futbolísticas en Turquía, la Corte indicó que el Estado debería tomar medidas para garantizar la independencia estructural del Comité de Arbitraje.

⁴⁴ 07/06/2016.

⁴⁵ El TAS es la única gran instancia arbitral que no permite a las partes de nombrar el Árbitro que deseen, sino que deben escoger uno de la lista oficial del TAS; lista constituida por tres quintas partes de árbitros seleccionados entre las personas propuestas por el Comité Olímpico, las federaciones y los Comités Olímpicos Nacionales, elegidos entre sus miembros o fuera de ellos; una quinta parte de los árbitros elegidos por el Consejo Internacional para el Arbitraje Deportivo (ICAS) “después de las consultas oportunas, con miras a salvaguardar los intereses de los atletas”; y una quinta parte de los árbitros elegidos, nuevamente por la ICAS, entre “personas independientes” de los órganos antes mencionados.

El Arbitraje “Forzoso”

El atleta tiene que firmar el contrato deportivo con la cláusula arbitral a favor del TAS, y, por el mismo contrato, respetar el reglamento federativo, el cual también normalmente tiene una cláusula compromisoria a favor del TAS. Tal cláusula no fue negociada; simplemente se trata del “lo tomas o lo dejas”. En otras palabras, si el deportista no está de acuerdo con tal cláusula arbitral, pues no podrá ejercer profesionalmente su deporte. Consecuentemente, se puede pensar que tales cláusulas son nulas por vicio de consentimiento.⁴⁶ Donde la Suprema Corte alemana vio una simple elección (nadie está obligado a firmar el contrato deportivo),⁴⁷ la Corte de Apelación de Bruselas consideró que el arbitraje sólo puede existir sobre la base del genuino consentimiento de las partes, y por lo tanto una cláusula arbitral debe referirse a “una relación legal definida” y no, en general, sobre todas las disputas que puedan surgir entre las federaciones y un club (o un jugador).

Por lo tanto, las cláusulas de arbitraje de la FIFA y de la UEFA (y por lo tanto de todos sus miembros) violan este requisito de “relación jurídica fija”, que “se relaciona con el derecho de acceso a la Justicia (artículo 6.1 CEDH y artículo 47 de la Carta de los Derechos Humanos de la UE), respecto a la voluntad de las partes (para no sorprenderse por la aplicación de la cláusula a las disputas), o incluso la preocupación “para evitar que la parte en una situación de mayor poder económico imponga a la otra parte un foro general en particular”.⁴⁸ Sin embargo, la Suprema Corte alemana consideró lapidariamente que nadie está obligado a firmar una cláusula arbitral.⁴⁹ En *Mutu & Pechstein v. Switzerland*, la CEDH consta que se trata de un arbitraje forzoso, mas no se pronunció sobre las consecuencias legales; simplemente verificó si el tribunal arbitral fue independiente, nada más.⁵⁰ Así, parece que el arbitraje “forzoso” es admitido por la Corte de Estrasburgo, y con eso, el tema es cerrado por el momento. Sin embargo, hasta la fecha, la CEDH no se ha pronunciado realmente sobre la aplicabilidad de los derechos humanos por parte del TAS en sus arbitrajes; aplicabilidad bastante inconsistente como lo veremos ahora.

Los Derechos Humanos en la Jurisprudencia del TAS

La jurisprudencia del TAS es inconsistente.⁵¹ Unas formaciones niegan rotundamente la aplicación de los derechos humanos en materia de disputa depor-

⁴⁶ *Pechstein v. ISU*, LG München I, 26/02/2014; *Pechstein v. ISU*, OLG München, 15/01/2015, *Rev. arb.*, 2015.909, Maisonneuve. Con respecto a la Corte de Apelación de Bruselas, ésta consideró que el arbitraje sólo puede existir sobre la base del genuino consentimiento de las partes, y por lo tanto una cláusula arbitral debe referirse a “una relación legal definida” y no, en general, sobre todas las disputas que puedan surgir entre las federaciones y un club (o un jugador). Por lo tanto, las cláusulas de arbitraje de la FIFA y de la UEFA (y por lo tanto de todos sus miembros) violan este requisito de “relación jurídica fija”, que “se relaciona con el derecho de acceso a Justicia (artículo 6.1 CEDH y artículo 47 de la Carta de los Derechos Humanos de la UE), respecto a la voluntad de las partes (para no sorprenderse por la aplicación de la cláusula a las disputas), o incluso la preocupación “para evitar que la parte en una situación de mayor poder económico imponga a la otra parte un foro general en particular” (*RFC Seraing*, 29/08/2018).

⁴⁷ BGH (2016). *Pechstein*.

⁴⁸ *RFC Seraing*, 29/08/2018.

⁴⁹ BGH (2016). *Pechstein*.

⁵⁰ Decisión del 02/10/2018.

⁵¹ MAISONNEUVE M. Le Tribunal arbitral du sport et les droits fondamentaux des athlètes, RDLF, 1. (2017).

tiva. Otros, preconizan una aplicación cautelosa. Y finalmente hay aquellos paneles arbitrales que plenamente aceptan la aplicabilidad de los derechos humanos.

El argumento principal para no aplicar los DH es que:

Como **cuestión** de principio, los derechos fundamentales y las garantías procesales que otorgan los tratados internacionales de protección de los derechos humanos no deben aplicarse directamente en las relaciones privadas entre particulares.⁵²

El laudo recuerda que las estipulaciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos protegen a las personas contra las autoridades gubernamentales y no son directamente aplicables en disputas disciplinarias que involucren a organizaciones deportivas.⁵³ El segundo argumento tiende a reconocer tímidamente los derechos humanos, mas con el temor –a lo mejor fundado– de abrir la caja de pandora: Sin embargo, la FIFA no puede limitarse a cumplir con su propio reglamento. De hecho, si bien es cierto que el legislador suizo deseaba dejar una gran autonomía a las asociaciones en lo que respecta a su funcionamiento y su organización, ninguna disposición reglamentaria debe vulnerar los derechos de personalidad de sus miembros.⁵⁴ Es obvio que el ciclismo profesional necesita en la actualidad medidas contundentes para preservar su imagen y poder combatir aún más eficazmente el flagelo muy real del dopaje. Dicho esto, debemos tener cuidado de no abrir demasiadas brechas en los derechos fundamentales que protegen nuestros valores esenciales.⁵⁵

Finalmente, hay aquellos árbitros que no temen aplicar por ejemplo la CEDH, pero de manera indirecta. Quiere decir, tampoco aceptan que los derechos humanos se apliquen directamente al procedimiento arbitral del TAS, sin embargo, reconocen que su control es necesario visto que esos derechos son parte del orden público internacional del Juez de la nulidad del laudo:

As explained above, the Sole Arbitrator finds that a fairness exception must be read into Rule 40.8 2012-2013 IAAF Rules, read together with Articles 40.8 and 23.2.2 WADC. Only when reading in this manner and applying them fairly to the Athlete concerned, both provisions can be understood as complying with the proportionality requirement under general principles of law applicable in Switzerland and Monaco, being the seats of WADA and the IAAF respectively. This award is subject to review by the Swiss Federal Tribunal. The Sole Arbitrator, thus, is bound to observe the Swiss public policy, which –as far as emanating from the European Convention on Human Rights (the “ECHR”)– is also binding for the IAAF under the law of Monaco, which is the subsidiary law applicable on the present case. Monaco has ratified the ECHR on 30 November 2005;⁵⁶

⁵² *Amadou Diakite c. FIFA*, 08/03/2012; *FC Girondins de Bordeaux c. FIFA*, 11/01/2013.

⁵³ *Adamu c/ FIFA*, 24/02/2012.

⁵⁴ *Amadou Diakite c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)*, 08/03/2012.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *IAAF v. ARAF & Tatyana Chernova*, 29/11/2016.

The Panel is of the view that even though it is not bound directly by the provisions of the ECHR (cf. Art 1 ECHR), it should nevertheless account for their content within the framework of procedural public policy.⁵⁷

Que sea de manera directa o indirecta no cabe duda de que el TAS tiene que respetar los derechos humanos, visto que tal control se efectúa al momento del recurso de nulidad ante la jurisdicción estatal de la sede arbitral, tal como lo hemos visto, por ejemplo, con el TFS en el caso Matuzalem. Los tribunales supranacionales tal como la CEDH y la CJCE también verifican la legalidad del laudo en relación con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, como se consta en su jurisprudencia, como por ejemplo el famoso caso Bosman.

En la década de 1980, Jean-Marc Bosman, un centrocampista talentoso, fue el capitán de la selección sub-21 de Bélgica, pero su carrera se estancó en el Royal Football Club de Liège. Al final de su contrato en 1990, Bosman quería ser transferido al club francés Dunkerque. Liège le ofreció condiciones modestas para renovar su contrato, por lo que Bosman decidió fichar por Dunkerque. El 27 de julio de 1990, también se celebró un contrato entre Liège y Dunkerque para un préstamo por un año, previo pago por parte de Dunkerque de una compensación pagadera a la recepción por la FFF⁵⁸ del certificado de transferencia emitido por la URBSFA. El contrato también le dio a Dunkerque una opción de compra. Sin embargo, ambos contratos, entre Dunkerque y Liège y entre Dunkerque y Bosman, estaban sujetos a la condición suspensiva de que el certificado de transferencia debía ser enviado por la URBSFA a la FFF a tiempo para el primer partido de la temporada, que se iba a disputar el 2 de agosto de 1990. Liège, que tenía dudas sobre la solvencia de Dunkerque, no solicitó a la URBSFA⁵⁹ que remitiera dicho certificado a la FFF.

Como resultado, ninguno de los contratos entró en vigor. El 31 de julio de 1990, Liège suspendió a Bosman, lo que le impidió jugar durante toda la temporada. En ese momento, el reglamento de la FIFA disponía que un jugador profesional no podía cambiar de la federación mientras estuviera vinculado por su contrato por muy severos que sus términos fueron. Una transferencia internacional no podría tener lugar a menos de que la ex federación nacional emitiera un certificado de transferencia reconociendo que se habían liquidado todos los compromisos financieros, entre otros, que el antiguo club recibió del nuevo club una compensación por formación y desarrollo, que se fijaría, en caso de incumplimiento, por una junta de expertos creada dentro de la UEFA. Bosman se fue a los tribunales judiciales belgas.

En la segunda instancia, la Corte de apelación remitió el caso a la CJCE para obtener su opinión. La Corte europea estableció claramente que el sistema de la

⁵⁷ *UCI v. Alberto Contador & RFEC / WADA v. Alberto Contador & RFEC*, 06/02/2012, #22 ; *Fenerbahçe SK v. UEFA*, 05/12/2013, #89 y 93; *Mads Glaesner v. FINA*, 31/01/2014, #65; *Tatyana Andrianova v. ARAF*, 14/04/2016, #46.

⁵⁸ Federación Francesa de Fútbol.

⁵⁹ La Federación Belga de Fútbol (*L'Union Royale Belge des Sociétés de Football Association*).

FIFA/UEFA estaba en directa violación con la Libertad comunitaria de libre circulación de los trabajadores. Años después, el Tribunal Federal suizo estableció lo mismo en relación con el caso *Matusalem* precitado. En el recurso de revisión ante el TFS, los magistrados consideraron que la prohibición ilimitada de jugar viola los derechos personales del individuo, en particular el derecho humano a la libertad económica.

Así, gracias a la jurisprudencia anterior, los deportistas gozan, al menos en la Unión Europea,⁶⁰ de la libertad de cambiar de club, aunque el contrato aún esté vigente con el club anterior. No obstante, lo anterior,⁶¹ el TAS continúa a no querer ser vinculado por una normatividad precisa (como la CEDH) para no abrir la caja de pandora. Por eso, los árbitros del TAS consagran derechos fundamentales deportivos calcados sobre los derechos humanos, más son derechos “propietarios” del TAS y no de la CEDH, por ejemplo. Es así como se establecieron los principios de la proporcionalidad; de la protección de la legítima confianza; de la seguridad jurídica; de la prohibición de las reglas arbitrarias; del respeto a los derechos de la defensa; etc.

Sin embargo, es *fair* de citar también casos positivos. Es así como la CEDH dio razón, de manera indirecta, a la FIFA en relación con los casos recurrentes de cánticos homofóbicos y otros tipos de cánticos discriminatorios en los estadios. En el caso *Šimunić contra Croacia*, el demandante, un jugador de fútbol, fue condenado por las autoridades croatas por un delito menor por enviar mensajes a los espectadores de un partido de fútbol, cuyo contenido expresaba o provocaba odio por motivos de raza, nacionalidad y fe. De hecho, utilizó un saludo oficial del movimiento *Ustasha* que promueve un régimen totalitario del Estado Independiente de Croacia sobre el modelo de la Segunda Guerra Mundial.⁶²

Ante la Corte, alegó en particular que se había violado su derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). La Corte declaró inadmisibles las denuncias del demandante por ser manifiestamente infundadas, al concluir que la injerencia en su derecho a la libertad de expresión por parte del Estado había sido apoyada por razones pertinentes y suficientes, y que las autoridades croatas habían logrado un equilibrio justo entre su interés en la libertad de expresión, por un lado, y los intereses de la sociedad en promover la tolerancia y el respeto mutuo en los eventos deportivos, así como en la lucha contra la discriminación a través del deporte, por otro. Los jueces de Estrasburgo señalaron en particular que el demandante, que es un famoso jugador de fútbol y un modelo a seguir para muchos aficionados al fútbol, debería haber sido consciente del posible impacto negativo de los cánticos provocativos en el comportamiento de los espectadores y debía haberse abstenido de tal conducta.

⁶⁰ Suiza ha retomado una parte substancial de la legislación comunitaria a través de varios tratados bilaterales con la Unión Europea.

⁶¹ Lo anterior no toma en cuenta las eventuales consecuencias financieras, tal como los daños y perjuicios, etc.

⁶² La Ustasha fue una organización terrorista basada en el racismo religioso nacionalista croata, aliada del nazismo, formada en 1929 por Ante Pavelić.

Reflexiones finales

Para resumir, la cuestión fundamental continúa existiendo. La “lex deportiva” es ¿realmente capaz de asegurar un marco legal compatible con el de los Estados? Independientemente, de la cuestión de la existencia o no de un tercer orden jurídico, no cabe duda de que el Estado no puede quedar afuera del control de legalidad de las decisiones deportivas. Desafortunadamente, existen suficientes precedentes que comprueban que las federaciones no siempre respetan la Ley, como lo han demostrado los diversos escándalos de corrupción en la FIFA por ejemplo.⁶³ El futuro pudiera ser definido de varias maneras. Tomaremos sólo una perspectiva que pudiera resumirse en una sola palabra inglés: *accountability*.

En efecto, como lo observó Ruggie, relator especial para la FIFA,⁶⁴ “lo que se requiere es un cambio cultural que debe afectar todo lo que hace la FIFA y cómo lo hace. El resultado debe ser una “buena gobernanza”, no simplemente una buena gobernanza a la vista. Las expectativas sociales predominantes de las organizaciones con una huella tan grande como la de la FIFA, que ejercen un gran poder económico y ejercen una influencia política significativa, es que deben volverse completamente transparentes. La legitimidad social de la FIFA y organizaciones similares, y por lo tanto su modelo de negocio, depende de que adopten este nuevo mundo e incorporen sus reglas en las propias”.⁶⁵ En otras palabras, tal como lo establece la misión de la FIFA: *Develop the game, touch the world, build a better future*.

Lo anterior con una autonomía de las instancias deportivas; no de manera “soberana”. El COI y las demás organizaciones deportivas son únicamente criaturas que surgen del orden jurídico de los Estados, ya sea el orden jurídico nacional (las federaciones) o el orden internacional (la AMA⁶⁶). Por lo tanto, corresponde a los Estados de tomar las medidas necesarias para evitar los abusos de la autonomía deportiva. Porque Suiza, sede de la FIFA, no ha hecho nada en todos estos años, y se ha debido de un fiscal neoyorkino para denunciar las malas prácticas.⁶⁷

⁶³ En 2015, los fiscales federales de EU revelaron casos de corrupción por parte de funcionarios y asociados relacionados con la FIFA. En mayo de 2015, catorce personas fueron acusadas en relación con una investigación del FBI de los Estados Unidos y la División de Investigación Criminal del Servicio de Impuestos Internos (IRS-CI) por fraude electrónico, crimen organizado y lavado de dinero. El Fiscal General de los Estados Unidos anunció simultáneamente la apertura de las acusaciones y las declaraciones de culpabilidad anteriores de cuatro ejecutivos de fútbol y dos corporaciones. El caso de arrestos provocó que Australia, Colombia, Costa Rica, Alemania y Suiza abrieran o intensificaran investigaciones penales separadas contra altos funcionarios de la FIFA por corrupción. Además, en relación con la atribución de diversas copas del mundo, dos estrellas futbolísticas también fueron incriminadas. En Alemania, se trata de Franz Beckenbauer, Presidente para la organización de la copa del mundo en Alemania; y en Francia, Michel Platini, Presidente de la UEFA. El presidente de la FIFA, Sepp Blatter, también tuvo que renunciar. Véase también: Amadou Diakite c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), 08/03/2012.

⁶⁴ En diciembre de 2015, la FIFA encargó a John Ruggie, representante especial de la ONU sobre empresas y derechos humanos, que elaborara recomendaciones sobre lo que significa para la FIFA incorporar el respeto por los derechos humanos en sus operaciones globales.

⁶⁵ RUGGIE X. *For the Game. For the World.* “FIFA and Human Rights, Harvard University, 36. (2016).

⁶⁶ Agencia Mundial Antidopaje.

⁶⁷ Asunto Sepp Blatter.

Nuevos temas aparecen en el horizonte. Los apoyos disfrazados del Estado a los deportes “populares” como el fútbol, como se sospechó, por ejemplo, en el caso del Real de Madrid.⁶⁸ Otro tema es el de los agentes de los deportistas. Quizás lo más polémico es la intención de la FIFA de introducir un tope que limitaría a los agentes del club vendedor al 10% de la tarifa de transferencia y a los agentes del club comprador al 3% de la tarifa. Las regulaciones, programadas para entrar en vigor en enero de 2022, después de haber ingresado a un tercer y último “proceso de consulta” en noviembre 2021, también obligarían a todos los agentes a obtener una licencia y someterse a un examen realizado por la FIFA, y hacer públicas todas las transacciones, lo que permitiría a los partidarios ver cuánto se les paga a los agentes en las ofertas. La pelea evidencia el doble mundo: el de las reglas y transparencia; y el de los negocios y la obscuridad. El futuro nos dirá cuál camino las federaciones deportivas –y los Estados– tomarán. Ojalá sea como dijo Kofi Annan, de la tolerancia, del *fair-play* y de la paz.

Fuentes consultadas

- Duval A. (2020), *Seamstress of Transnational Law: How the Court of Arbitration for Sport Weaves the Lex sportiva*, SSER Research Paper 2020-08, <https://ssrn.com/abstract=3688335>
- Graham J. & Sánchez D. (2014), *El Derecho internacional del Fútbol*, Zamanga Editores.
- Latty F. (2007), *La Lex Sportiva: Recherche Sur Le Droit Transnational*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Latty F. (2017). Sport et Droit international. Rapport introductif, in: Latty F. et al., *Sport et droit international (aspects choisis)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M.
- Simon G. (1995), L'arbitrage des conflits sportifs, *Rev. arb.*, 188.
- Lindholm J. (2019), *The Court of Arbitration for Sport and Its Jurisprudence. An Empirical Inquiry into Lex Sportiva*, Springer.
- Pérez González C. (2017) ¿Un Derecho internacional del deporte? Reflexiones en torno a una rama del Derecho internacional in statu nascendi, *Revista Española de Derecho Internacional*, 4.
- Ruggie X (2016), *For the Game. For the World. FIFA and Human Rights*, Harvard University.

⁶⁸ CJCE (2019). Real de Madrid vs Comisión europea.

Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) y el derecho universal a la salud

Carmelo Cattafi*

Iliana Rodríguez Santibáñez**

Introducción

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha aumentado su visibilidad durante la pandemia y ha experimentado un nuevo liderazgo para garantizar una vida sana y promover el bienestar de los seres humanos. Sin embargo, tiene siempre más presencia la necesidad de intervención para sanar los efectos devastadores y las secuelas para la salud física y mental que la pandemia ha generado. A la par, la dificultad de cumplir con los propósitos de la Agenda 2030 y alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), ha acelerado la urgencia de fijar más disposiciones enmarcadas en una lógica de activismo coordinado de todos los sectores de la sociedad.

Lamentablemente, debido también a que los ODS no son vinculantes, al carecer de un carácter jurídicamente obligatorio, su cumplimiento depende de las políticas de desarrollo sostenible de cada país y aún los buenos propósitos no se han traducido en mejoras. La delega de responsabilidades afecta la imple-

* Profesor Asociado adscrito al departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales del Tecnológico de Monterrey. Doctor y Maestro en Ciencias Sociales y Licenciado en Ciencias Políticas con especialización en Política Internacional. Miembro del SNI Nivel 1 para el área de Ciencias Políticas, Relaciones Internacionales (Derecho Internacional). Director del Doctorado en Ciencias Sociales. Presidente (2017-2025) del Comité Científico RC40 - New World Orders? de la IPSA (International Political Science Association). Coordinador del eje Migración y Relaciones Internacionales de la AMECIP. Secretario de publicaciones de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (2020-2023). Director del Comité Estatal AMECIP de Nuevo León. Desde julio 2023 es representante de los comités científicos de la International Political Science Association (IPSA Research Committee Liaison Representative). Se agradece a Ana Laura Vargas Servín y Hugo Fernando Contreras Sifuentes, estudiantes de la carrera de Lic. en Relaciones Internacionales del Tecnológico de Monterrey, Campus Monterrey, por su apoyo en la búsqueda de fuentes bibliográficas para la realización de una parte de este trabajo.

** Profesora e investigadora-titular del Tecnológico de Monterrey Campus Ciudad de México. Es miembro nivel II del Sistema Nacional de Investigadores de CONACYT, con líneas de investigación referentes al Derecho Internacional Público. Obtuvo summa cum laude en todos sus grados, desde la licenciatura en Derecho, la Maestría en Relaciones Internacionales y el grado Doctoral en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Cuenta con estudios en Harvard y Georgetown, en liderazgo y fundamentos del sistema legal americano. Es líder de opinión en este ámbito en medios nacionales e internacionales. Es miembro de la subcomisión de personal de la Secretaría de Relaciones Exteriores (S.R.E.) para la elaboración de examen y evaluación para ingresar al servicio exterior mexicano, en las ramas diplomática y consular, y técnico administrativo (2021-2023). Es presidenta de la rama mexicana de la International Law Association (ILA) y miembro del think tank del Consejo Mexicano de Asuntos Internacionales (COMEXI).

mentación de medidas que visualizan al derecho a la salud como un principio universal ligado a la suerte de la comunidad universal en su conjunto, que va más allá de la lógica de los Estados. La facilidad para viajar y las debilidades en los sistemas de salud han permitido que las enfermedades infecciosas se propaguen a un ritmo alarmante, alterando la seguridad sanitaria, la paz y el orden.

Las industrias que fabrican productos no saludables (por ejemplo, tabaco, alcohol, bebidas azucaradas) han contribuido al aumento del riesgo de enfermedades no transmisibles (OMS, 2017a). Un derecho universal debe valerse de las medidas innovadoras necesarias para llegar en las zonas más rezagadas para beneficiar a todas las personas, empezando por las más vulnerables y así privilegiando el respeto de la relación con la naturaleza. El objetivo de este trabajo a través del método descriptivo y analítico es demostrar por qué razones hay dificultades para lograr a plenitud el derecho humano a la salud, y en todo caso, cómo los ODS, aun sin ser vinculantes, trazan metas suficientes para que los Estados puedan disminuir las desigualdades en esta materia, y conceder vigencia entre otros principios, al de la universalidad del derecho humano a la salud.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) y la progresividad del derecho humano a la salud durante la pandemia de COVID-19

Los Derechos Humanos son protegidos y garantizados por parte de las autoridades, de acuerdo con el marco legal y bajo los principios que incorporan los Estados en sus legislaciones. Por ejemplo, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), el artículo 1 señala que las autoridades en el ámbito de sus competencias se regirán de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (CPEUM, 2021). En dicha legislación, como en cualquier otra inspirada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el principio de universalidad implica que los Derechos Humanos son de todos los seres humanos bajo cualquier circunstancia, por su propia condición humana. Sin embargo, considerando las brechas de desigualdad económicas, sociales y culturales a nivel local e internacional, con la pandemia de COVID-19 en épocas recientes, quedó expuesto que el principio de universalidad tiene complejidad en su realización en todos los Estados, aunque en unos presenta mayores retos que en otros de acuerdo con el régimen de gobierno que se tenga.

Esta situación, es relevante para destacar la desigualdad existente en el cumplimiento del derecho humano a la salud. Al ser universal se parte de condiciones de igualdad, que en el sistema internacional son inexistentes; mientras algunos países desarrollados generan vacunas y priorizan a sus poblaciones, los países en desarrollo pugnan en foros internacionales, por la donación de patentes para fabricarlas coordinadamente a nivel mundial. Ni siquiera se trata de aplicar la llamada cláusula “Bolar” del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC o TRIPS por sus siglas en inglés), que supondría que tiempo antes del

vencimiento de una patente, los fabricantes de medicamentos genéricos se preparen administrativamente para que en cuanto la patente venza, la utilicen para este tipo de medicinas. Esta cláusula desde luego que no responde a la gravedad de una pandemia como la de COVID-19. El propio director de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus señalaba que el ADPIC contiene provisiones para compartir propiedad intelectual, pero este asunto sigue siendo “el elefante en la sala” del que nadie quiere hablar: “Especialmente cuando hablamos de propiedad intelectual vemos falta de cooperación y una serie resistencia. Para ser honesto, no puedo entenderlo. Esta pandemia no tiene precedentes y el virus ha tomado al mundo entero como rehén. Este tipo de cosas pasan una vez cada 100 años” (ONU, 2021).

Ante esta realidad de falta de acceso a vacunas, el Consejo de Seguridad por unanimidad aprobó la resolución S/RES/2565 (2021) propuesta por el Reino Unido, sobre el acceso equitativo a las vacunas del COVID-19, indicando su aplicación incluso en zonas de conflicto. Esta resolución observó el financiamiento al Mecanismo COVAX para el Acceso Mundial a las Vacunas contra la COVID-19, así como la inclusión de los refugiados en las campañas de vacunación nacionales. Esta resolución a todas luces manifestó la preocupación de la comunidad internacional por “los desiguales progresos del acceso a las vacunas” y reconoció “que las personas afectadas por conflictos e inseguridad corren un riesgo especial de que se las deje atrás” (Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 2021). A partir de la invitación que la propia resolución formuló acerca de la necesidad urgente de solidaridad, equidad y eficacia de las economías desarrolladas y de quienes pudiesen participar de ésta, para donar vacunas a países de ingreso bajo y mediano y a otros países necesitados, a partir del Mecanismo COVAX y de acuerdo con las asignaciones de la OMS, se dio el acceso a los productos sanitarios contra la COVID-19, particularmente a vacunas.

Este hecho fue relevante y es excepcional, dado que la industria farmacéutica es de los pocos segmentos de la economía a nivel mundial que mantiene el equivalente a un monopolio consentido por los Estados, a partir de las patentes que se generan. Para la creación de estas son cuantiosos los recursos invertidos anualmente por diversas marcas en el mercado y en muchos casos con inversiones y subsidios en investigación u otros por parte del Estado donde se producen, inversiones cuyo retorno se multiplica no solo por la compra y venta de diversos fármacos, sino incluso por participar en el mercado de valores.

Por otra parte, la competencia en este sector es muy agresiva, por lo que la elasticidad del precio de los medicamentos según la oferta y la demanda, en muchas ocasiones deja sin acceso suficiente a los Estados menos desarrollados. Se requieren grandes inversiones y esfuerzos efectivos de cooperación internacional, acorde a las nuevas realidades en todas las áreas del conocimiento y particularmente en la medicina. Los mismos esfuerzos desmesurados que en el pasado se han realizado en las guerras con la conformación de ejes de aliados entre Oriente y Occidente, son los que hoy se necesitan, pero esta vez orientados a la paz a través de la salud, si la comprendemos en su sentido más amplio tal y

como la define la OMS: “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (preámbulo de la Constitución de la OMS, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946 y firmada el 22 de julio de 1946).

Este concepto amplía la visión de cooperación geoestratégica entre Estados y Organizaciones Internacionales (OI) y de estas con otras OI, pues existen puntos de encuentro entre sus objetivos que hoy más que nunca deben redirigirse a la protección de los Derechos Humanos. Sin embargo, cuando estas OI se crearon, la estructura de Derechos Humanos era incipiente, el principio de universalidad existía, pero el de progresividad y el de interdependencia de derechos, apenas comenzaban a tener vida propia, siendo indispensables para hacer prevalecer una agenda común de esfuerzos orientados a prevenir y/o controlar enfermedades.

La OMS trata de proteger el derecho a la salud, pero su progresividad llega después de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, adoptado en diversos tratados internacionales, entre ellos en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, el cual concibe el derecho a la salud en su artículo 10, como “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.” A su vez, este derecho se encuentra amparado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4 que señala que toda persona tiene derecho a la protección de la salud y enfatiza el principio del interés superior de la niñez, estableciendo su “derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, principio que deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”. Como se observa, estos tratados y la progresividad de los Derechos Humanos en este campo, no funcionan de manera directa, o autoaplicativa, se requiere una norma de recepción en las constituciones de los Estados, que permita la más extensa protección de derechos contenidos en los tratados fundantes de estas OI, o de los propios tratados celebrados entre Estados. De lo contrario son derecho positivo no vigente, o como diría Ferdinand Lasalle, son solo una hoja de papel.

Respecto al principio de interdependencia basta señalar el derecho al trabajo, contenido como derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 6 señala que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado y donde los Estados tomarán medidas adecuadas para garantizarlo. Esta interdependencia entre el derecho a la salud, la alimentación y el trabajo, se ve vulnerada por la emergencia de una pandemia que, mediante políticas de contención o mitigación, confina a las personas en su domicilio, privándolos parcial o totalmente de una fuente de ingresos vital para realizar los primeros. Esto en atención a que los derechos laborales en algunos casos prevalecen y en otros se ven interrumpidos por la suspensión de cadenas

de suministro, cierre de empresas y quiebras, que dan lugar a despidos masivos, tanto en trabajos formales como informales, particularmente en aquellos Estados donde el confinamiento obedece al estado de emergencia o de excepción, en los términos temporales de constituciones de corte democrático, donde no siempre existen las estructuras institucionalizadas de apoyos económicos, para soportar una pandemia, agudizando la situación de los individuos.

En este ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existen reglas que buscan establecer principios básicos para el estado de emergencia o de excepción, con el fin de preservar el orden constitucional, y que, ante su ausencia, exista la posibilidad de atracción de un asunto ante la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia o ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en el caso de países miembros de la OEA). Estos principios básicos emanados de diversos tratados como los antes citados, y otros propios del derecho humanitario, tratan de limitar el estado de excepción, permitiendo su invocación solo ante situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de una comunidad y siempre que su objetivo no sea incompatible con otras obligaciones del derecho internacional, y que tales medidas sean excepcionales y temporales (Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En este sentido, los Estados a través de las OI pueden regular y coordinar sus acciones en temas que abonen al derecho a la salud en tiempos de crisis como lo es una pandemia, bajo una comprensión amplia de los Derechos Humanos, que promuevan su progresividad, sin desconocer la estrecha interdependencia que pueden mantener unos derechos con otros, y que en conjunto son un eje de cohesión social. Este reto de coordinar acciones entre Estados, que presenta el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, parte de la propia conformación de los OI, que representan una perspectiva multicultural, con diferentes enfoques en términos de su interpretación y aplicación, que hacen compleja su implementación en el plano nacional y un choque ante la realidad de un sistema internacional repleto de contradicciones políticas, ideológicas y sociales, que delatan un sistema autocrático compuesto por Estados democráticos o viceversa.

Por lo anterior, se requiere un sistema de cooperación internacional en materia de Derechos Humanos, que considere a los diferentes Estados en su grado de evolución social y política, así como el momento histórico en que se encuentran, para considerarlos al momento de establecer y hacer exigibles los Derechos Humanos. La pandemia de COVID-19 ha expuesto la falta de integración de los Estados, en las acciones de la OMS por estas disparidades, no solo por sus propias estructuras políticas, sino económicas, lo que podría revisarse con el nivel de sus aportaciones a esta OI, o por el presupuesto de cada Estado asignado al tema de salud. Autores como Ryan Goodman y Derek Jinks, en su obra *"Socializing States: Promoting Human Rights Through International Law"* proponen modelos de inclusión de Estados en los regímenes de Derechos Humanos en un plano internacional a través de las OI. Estos modelos pueden contribuir en el

diseño de un mecanismo ideal que responda a situaciones de pandemia u otros escenarios que requieran de la cooperación internacional efectiva. (Goodman y Jinks, 2013).

Estos autores se refieren a un sistema inclusivo frente a uno restrictivo, a partir del reconocimiento de la multiculturalidad entre Estados. En su modelo dialéctico o hegeliano, se da el reconocimiento (tesis), ante presencia de diversas posturas (antítesis), que robustecen la formulación de los sistemas de Derechos Humanos (síntesis), que puede ofrecer ideas no consideradas por otros Estados y contribuir con la creación de mecanismos que hagan efectiva su aplicación o implementación a nivel local. Esto es, las OI deberían considerar las condiciones de desarrollo de los países miembros. Buscar el cumplimiento en el ejercicio de derechos de una OI, parece algo obvio, pero no lo es cuando existen diferencias sustanciales entre los miembros. El incumplimiento de las obligaciones en materia de Derechos Humanos en este caso podría darse entre miembros y no miembros de la OMS, lo que empeoraría el escenario en el control de cualquier pandemia, pues ¿Cómo se obliga a quien no participa o reconoce formalmente las normas o lineamientos emitidos por una OI?

La participación en un sistema multilateral más inclusivo que el actual, en términos de membresías que consideren esas diferencias desde el ingreso de un Estado a la OI, tendría resultados mucho más eficaces, que los actuales, pues los Estados participarían con mayor asertividad, confianza y proactividad, partiendo de que su esfuerzo es proporcional a su capacidad real. De otra forma resulta complejo hacer prevalecer los Derechos Humanos a plenitud. Por lo que es necesario reconocer las diferencias entre Estados, desde el plano político, social y cultural, mediante la cooperación internacional a través de las OI, que deben transformarse para reconocer que los estándares u objetivos planteados, son posibles para los Estados y, con ello alcanzar verdadera progresividad en la protección del Derecho Humano a la salud.

Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) y salud: metas globales

De acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD) acerca de 400 millones de personas no tienen acceso a servicios de salud básicos y de ellas, el 40% carece de protección social (PNUD, s.f.). Con el afán de combatir situaciones de desigualdad como esta, la Agenda 2030 (ONU, 2015) se enfoca principalmente en las necesidades para el bienestar de todos los sectores de la sociedad, lo cual significa también pensar en pueblos y personas más rezagadas: niños, jóvenes, personas con discapacidad, personas que viven con el VIH/sida, personas mayores de edad, pueblos indígenas, refugiados y desplazados internos y migrantes. Entre las buenas intenciones en los ODS se declara el esfuerzo de: eliminar todas las barreras jurídicas, sociales y económicas a fin de lograr la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas, así como la efectividad y el disfrute de sus Derechos Humanos; movilizar financiación suficiente y bien dirigida a fin de remediar el déficit de financiación de los ODS, los Gobiernos, el sector privado y otras partes interesadas; mejorar la

implementación en el plano nacional; reforzar las instituciones para lograr soluciones más integradas; potenciar la acción a nivel local para acelerar la implementación; reducir el riesgo de desastres y fomentar la resiliencia; resolver los problemas mediante la cooperación internacional y mejorar la alianza mundial; aprovechar la ciencia, la tecnología y la innovación prestando mayor atención a la transformación digital en beneficio del desarrollo sostenible (ONU, 2015).

En el Foro político de alto nivel sobre el desarrollo sostenible celebrado bajo los auspicios de la Asamblea General 24 y 25 de septiembre de 2019, se inició un camino para concretizar la visión de un mundo que, entre otros lineamientos, incluye la cobertura sanitaria universal y una atención sanitaria de calidad que tome en cuenta a las personas en situaciones de desventaja (ONU, 2019). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) consideró seis factores determinantes básicos de la salud: agua potable y condiciones sanitarias adecuadas; alimentos aptos para el consumo; nutrición y vivienda adecuadas; condiciones de trabajo y un medio ambiente salubres; educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud; igualdad de género. Es derecho a la salud también el derecho de la población a participar en el proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional. Además, el derecho a no ser sometido a tortura o a tratamiento médico sin el propio consentimiento, por ejemplo. No existen Estados miembros de la ONU que no hayan ratificado por lo menos un tratado vinculado con el derecho a la salud.

Cuando se habla de sistema universal de Derechos Humanos se hace referencia principalmente a un sistema dirigido a tutelar el ejercicio de derechos que permitan lograr el desarrollo integral de toda persona. La necesidad de proteger, respetar y garantizar en todos los niveles ha generado obligaciones por parte de los Estados que paulatinamente han ampliado sus compromisos hacia las varias generaciones de Derechos Humanos: a los derechos civiles y políticos se agregaron los derechos sociales, económicos y culturales; posteriormente los derechos colectivos, de solidaridad entre los pueblos y las personas; el derecho al desarrollo sostenible, el derecho a la paz, a un medio ambiente sano, de acceso a la información y a la seguridad digital (Cf. Luño, 1991) o el derecho a beneficiar del desarrollo tecnológico y de las tecnologías de la información y la comunicación y el ciberespacio. Si bien el derecho a la salud y el bienestar puede asociarse a cualquiera de las demás generaciones de derechos, es preciso identificar su ubicación natural dentro de los derechos sociales, económicos y culturales. Su carácter universal ha adquirido una siempre mayor importancia con la pandemia generada por el SARS-CoV-2 que ha visibilizado sobremanera la necesidad de encontrar los medios para que se pueda tener acceso a una eficiente atención médica. Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 46,3% de la población mundial y el 56% de la población rural mundial carecen de cobertura sanitaria (2017).

La capacidad de los países para enfrentar las crisis y para garantizar el derecho a la salud es muy distinta. Más allá de la legislación acerca de la garantía del derecho a la salud, es importante considerar el gasto público dedicado al sector salud. Considerando el porcentaje del Gasto Público en Salud con el Gasto Público total, entre los países que menos contribuyen encontramos Venezuela, Sudán del Sur, Yemen, Afganistán, Eritrea, Azerbaiyán. Quienes más invierten son Costa Rica, Japón, Irán, Estados Unidos, Maldivas, Panamá. Si consideramos al Gasto Público en Salud en porcentaje con el PIB, un tercio de los países en el mundo no supera el 2%; mientras Estados Unidos, Tuvalu, Alemania, Cuba y Reino Unido superan el 10%; pero en relación de gasto per cápita, tenemos un rango que va de los 2 euros invertidos en República Democrática del Congo a los más de 8 mil en Estados Unidos, con una diferencia abismal por regiones entre África Central y países del norte de Europa por ejemplo (Datosmacro, s.f.).

Estos datos permiten encontrar ciertas respuestas al porqué el tema de la salud infantil afecta más a África Subsahariana y Asia Meridional donde se relevan más de 4 de cada cinco muertes en menores de 5 años. Estas diferencias remarcan tratos diferentes a los seres humanos que dependen del lugar de ubicación. Las enfermedades transmisibles en particular dependen de las acciones que toman las autoridades. Una armonización de las estrategias nacionales es fundamental para garantizar el acceso universal a los servicios de salud esenciales, incluyendo a la salud sexual y reproductiva el acceso a medicamentos y vacunas seguras, eficaces, asequibles y de calidad para todos. La OMS remarcó como “[l]a salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados” (2014, p.1) Cuando se habla de colaboración, se incluye a las actividades de investigación como en la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio en lo relativo a la flexibilidad para proteger la salud pública y proporcionar acceso universal a los medicamentos esenciales (OMC, 2001). Aunado a lo anterior, la gestión de los riesgos para la salud nacional y mundial amerita una especial atención al personal sanitario.

La pandemia causada por el SARS-Cov-2 ha afectado gravemente la salud física, pero ha comportado un aumento de los esfuerzos para atenuar los efectos en la salud mental mundial. La OMS ha sido consciente de que se trata de algo más que una crisis sanitaria que requiere de una respuesta de los Gobiernos y la sociedad en su conjunto equivalente a la determinación y el sacrificio de los trabajadores sanitarios en primera línea (ONU, 2020). El enfoque de las investigaciones en seno a las organizaciones internacionales en tema de salud ha incorporado con más insistencia el sector de la salud emocional estrictamente ligada al bienestar integral sobre todo para las personas más vulnerables, con un número considerable de recomendaciones para cuidar la salud mental tal como la publicación de la OMS sobre generación de resiliencia en los sistemas de salud en pro de la cobertura sanitaria universal y la seguridad sanitaria durante y después de la pandemia de COVID-19 (2021).

El derecho universal a la salud

La cristalización del derecho a la salud conoce su hito más importante cuando Gran Bretaña promulgó en 1848 la primera ley de salud pública (*Public Health Act*). Salud internacional ya era un término de considerable vigencia a finales del siglo XIX y principios del XX, cuando se refería principalmente a un enfoque en el control de epidemias a través de las fronteras entre naciones. Rebasando el carácter intergubernamental, que se refiere a las relaciones entre los gobiernos de naciones soberanas, en este caso, con respecto a las políticas y prácticas de salud pública; la salud global, en general, implica la consideración de las necesidades de salud de la gente de todo el planeta por encima de las preocupaciones de naciones particulares. El término global también está asociado con la creciente importancia de los actores más allá de las organizaciones gubernamentales o intergubernamentales (Brown *et al.*, 2006).

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. Además, la salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados, capaces de compartir los resultados alcanzados en el fomento y protección de la salud, gracias a una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público. Estas medidas, adecuadamente implementadas deberían garantizar la salud del pueblo. La implementación metajurídica del sistema universal de Derechos Humanos se forja con la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 y se integra con los sistemas regionales como el interamericano con su Corte Interamericana de Derechos Humanos, el europeo con su Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el africano con su Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 prevé en su art. 25.1 que “[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (ONU, 1948). Se trata de una premisa importante que asocia el derecho individual a la salud a una dimensión familiar, en vista de poderse interpretar desde una perspectiva más amplia. Con el art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, se establece que “[l]os Estados Parte [...] reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” incluyendo el compromiso a prevenir y tratar y luchar contra las enfermedades epidémicas, endémicas o de otra índole. El derecho a la salud se reconoce también en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 en su artículo 5; en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 en los artículos 11.1, 12 y 14.2; en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en su artículo 24; en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migra-

torios y de sus familiares de 1990 en sus artículo 28, 43.e y 45.c; en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 en su artículo 25.

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 en su art. 13.2 considera el compromiso de proteger la salud pública (OEA, 1969), aunque no se menciona de manera explícita el derecho a la salud. Sin embargo, el Protocolo de San Salvador de 1988, Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 10 hace puntual referencia al compromiso de reconocer la salud como un bien público y menciona que “[t]oda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 1950 menciona la protección de la salud como restricciones en los artículos 8 (al derecho al respeto a la vida privada y familiar), 9 (a la Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión), 10 (a la libertad de expresión) y 11 (a la libertad de reunión y de asociación).

El mismo Consejo de Europa se distinguió sucesivamente por facilitar el Convenio de Oviedo de 1977 para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 con el fin de proteger la salud humana, en su artículo 35 establece que “[t]oda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”. En el artículo 16.2 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Carta de Banjul), se establece el compromiso de los Estados Parte, de tomar “las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando están enfermos”.

Aunado a lo mencionado anteriormente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) de la ONU considera estándares del derecho a la salud a: la disponibilidad de la provisión de una infraestructura suficiente válida de salud pública e individual en todo su territorio; la accesibilidad a la salud sin discriminación alguna u obstáculos generados por determinantes socioeconómicos; la aceptabilidad que respete la cultura de los individuos y las comunidades, así como prestar atención a los requisitos de géneros en el respeto del cuerpo y la prohibición de las libertades de interferencias, tratamiento médico no consentido o experimentación; y calidad con infraestructuras de salud científica y médicamente apropiadas (ACNUDH, 2018).

También los esfuerzos para volver a considerar la cooperación internacional en materia del derecho universal a la salud aparecen en el 2000, con la puesta en marcha del proyecto de 15 años de los 8 Objetivos de Desarrollo del Milenio. En el 2015, la Asamblea General de la ONU adoptó una resolución que promueve 17 ODS. El ODS número 3 se propone Garantizar una vida sana y promover el bienestar en todas las edades en una situación de cambios generalizados al estilo de vida tradicional sufrimiento humano. Si bien se ha logrado

disminuir el porcentaje de mortalidad infantil, materna y de enfermos con VIH, existe una diferencia de 31 años de esperanza de vida entre países desarrollados y países en vías de desarrollo (ONU, *s.f.*; ONU México, *s.f.*).

Los miembros de la comunidad internacional atendiendo a las necesidades de cada país, deberían reconocer la obligación de promover, por cualquier medio disponible, el derecho universal a la salud y el acceso a una asistencia sanitaria de calidad adecuada a todas las personas. Se trata de un derecho basado en la civilización, fruto de una conciencia ética global que aplica tanto desde la perspectiva individual como desde el punto de vista social (Nunes, 2017). El acercamiento del mundo de los profesionales de la salud pública y de los Derechos Humanos, según Mann (1996) rebasó el conflicto que se consideraba necesario entre los objetivos de salud pública y las normas de Derechos Humanos. Evans cuestiona los argumentos liberales discrepantes cuando se trata de considerar el derecho a la salud como un derecho humano, ya que se basan en la presunción de que los derechos civiles y políticos son cualitativa y significativamente diferentes a los derechos sociales y económicos (2002). Nygren-Krug considera que hay que superar la ambigüedad de la acepción de los Derechos Humanos e impulsar los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad de aquellos Estados miembros de las Naciones Unidas que no colaboren (2019).

Desde la publicación del informe de la OMS (2010) sobre la salud en el mundo, se ha prestado mayor atención a la cobertura sanitaria universal (CSU), y surgen tres estrategias para el intento de tener un sistema de financiación de la salud sostenible: más recaudación de fondos para la salud; grupos más numerosos; más salud por el dinero con mejora de la eficiencia en el uso de fondos a través de reformas en la compra y en los procesos (Kutzin, 2013). México ha mostrado avances significativos en la cobertura universal, luego de implementar varias reformas, 50 millones de mexicanos que antes estaban entre los más pobres y excluidos, empezaron a tener acceso a la atención médica (Frenk y De Ferranti, 2012). Las personas sin cobertura imponen costos ocultos en su país de origen. Los problemas de salud tratados de manera inadecuada dan como resultado una disminución de la productividad, costos más altos en el futuro y familias y comunidades disfuncionales; además, la cobertura sanitaria universal debe ser impulsada por fuerzas internas de un país, no por fuerzas externas que se limitan a ayudas temporales; de acuerdo con Frenk y De Ferranti, la ayuda no es la respuesta (2012).

Con el afán resaltar la dignidad para las poblaciones y para toda persona, Vrzina (2011) expone la diferenciación entre la política para los Derechos Humanos y la política de los Derechos Humanos, entendida como instrumentalización de los derechos que conduce a hablar de insostenibilidades biosociales y de supervivencia mental en un mundo al que no le interesa que la gente hable de cultura y por ende necesita humildad para el diseño de la política de los Derechos Humanos. La Declaración de Astana se aprobó el primer día de la Conferencia Mundial sobre Atención Primaria de Salud y continuó el camino de la declaración de Alma-Ata hacia la cobertura sanitaria universal y los ODS desta-

cando el papel esencial de la atención primaria de salud para la paz, la seguridad y el desarrollo socioeconómico, y su dependencia mutua, reafirmando que la salud es un derecho, no un privilegio para quienes pueden pagar (OMS, 2019).

Los sistemas de salud no deben verse como un costo: son impulsores del desarrollo económico ya que mejor salud significa una mayor productividad (OMS, 2019). Para implementar de manera eficaz el derecho a la salud universal hay que evitar entorpecer el principio de progresividad y obviar al estancamiento actual que como hacen notar Marcos y Mier (2021) se caracteriza por una distinción entre personas con o sin seguridad social, mientras el objetivo es que todas las personas puedan acceder en igualdad de condiciones a los mismos tratamientos y servicios. Los esfuerzos a nivel internacional van en esta dirección, existe además un marco jurídico de Derechos Humanos que como mencionó el director general de la OMS, pone las bases para que los países logren garantizar el respeto del derecho a la salud como derecho humano (OMS, 2020).

Para ello, hay que poner atención a los vínculos entre los Derechos Humanos y los determinantes sociales de la salud, que dependen de cuatro factores clave: abordar de forma interdisciplinaria e intersectorial las complicadas cuestiones sanitarias y sus complejidades; promover de manera intencionada mediante la integración formal de mecanismos de gobernanza participativa en tema de política de la salud a nivel nacional y subnacional; garantizar el compromiso explícito de los países con la realización de la equidad sanitaria intergeneracional con particular atención a criterios de sustentabilidad; más allá de la financiación, los marcos políticos y las estructuras jurídicas, es necesario combatir la indiferencia y el poder amorfo de las actitudes y las creencias, y las formas en que estas ideas intangibles tienen efectos concretos en la salud (Kenyon *et al.*, 2018).

Tobin y Barrett (2020) ponen atención sobre la obligación de los Estados para garantizar el derecho a la salud, obstáculos y asignaturas pendientes (*cfr.* Safura 2021); Tasioulas, hace un estudio regional de la situación y subraya las obligaciones básicas mínimas asociadas con el derecho a la salud en la legislación y la práctica en los niveles internacionales, regionales y nacionales. Hay que reconocer que el orden jurídico internacional se encuentra todavía en una etapa comparativamente temprana en la articulación del contenido del derecho humano a la salud, incluidas las obligaciones básicas mínimas asociadas con él (Tasioulas, 2017). Las obligaciones mínimas de los Estados incluyen el deber de garantizar el derecho de acceso a los bienes y servicios de salud sin discriminación; el acceso a alimentos básicos; el acceso a una vivienda, unos servicios de saneamiento y un abastecimiento de agua potable adecuados; el suministro de medicamentos esenciales; una distribución equitativa de todos los establecimientos, bienes y servicios de salud (Oficina del ACNUDH, 2008). Más allá de las obligaciones básicas, es difícil que los gobiernos rindan cuentas de sus compromisos políticos con el ODS 3 sin estrategias de inversión avaladas por una legislación nacional estricta e incluyente que favorezca también a los grupos más vulnerables en riesgo de marginación (Brolan *et al.*, 2017).

Entre los indicadores utilizados normalmente se encuentran aquellos considerados estructurales, como el compromiso a respetar acuerdos internacionales; los indicadores de proceso nivelados con la implementación de medidas que sirvan para cumplir con las normas; y los indicadores de resultados, como las evidencias ligadas a los efectos en la salud de la población, o la cobertura de los servicios de salud esenciales (véase ACNUDH, 2019), tal y como se define en el indicador 3.8.1 de los ODS, es decir, la cobertura media de los servicios esenciales basada en las intervenciones de rastreo de seguimiento que incluyen la salud reproductiva, materna, neonatal e infantil, las enfermedades infecciosas, las enfermedades no transmisibles y la capacidad de los servicios y acceso, entre la población general y la más desfavorecida (OMS, 2018).

Un estudio de Hogan calcula el índice de cobertura sanitaria universal mediante el uso de los datos disponibles de los países (Hogan *et al.*, 2018) y los hallazgos muestran el amplio rango del índice de cobertura de servicios, que va desde más de 80 en países de altos ingresos como Australia, Bélgica, Canadá y Japón hasta menos de 35 en algunos países afectados por conflictos y de bajos ingresos, como Afganistán, Somalia y Sudán del Sur. El Banco Mundial ofrece otro recurso global para rastrear el progreso de protección financiera y equidad en salud (EFPI) que utiliza indicadores de uso de servicios preventivos y curativos y otros indicadores de resultados de salud (Wagstaff *et al.*, 2019) y protección financiera en materia de salud (Wagstaff *et al.*, 2018).

Hosseinpoor sugiere dar seguimiento a las desigualdades en tema de derecho a la salud en apoyo a los países con grupos vulnerables. Monitorear el progreso hacia el cumplimiento de las metas del ODS 3 y otros objetivos relacionados con la salud, significaría cerrar la brecha que actualmente perjudica a las poblaciones desfavorecidas que no reciben los servicios de salud que necesitan o sufren dificultades para beneficiarse. En este sentido cobra importancia el desarrollo de políticas orientadas a la equidad, y programas o prácticas que se alinean con la naturaleza intersectorial de los ODS, como, por ejemplo, el progreso hacia la cobertura universal de salud (Hosseinpoor *et al.*, 2018). Es importante notar como en México, los esfuerzos en la segunda década del siglo XXI hayan llevado a cabo acciones dirigidas a ampliar el acceso a la salud. Sin entrar en el mérito de los resultados alcanzados, el Centro de Investigación Económica y Presupuestaria (2018), utilizando la información sobre servicios otorgados y costos proporcionados por las instituciones de salud del gobierno federal, manifiesta que, para cubrir los servicios de salud del total de la población, sería necesario un aumento del presupuesto asignado al sector.

Reflexiones finales

En los objetivos de los ODS, se configura una nueva Agenda universal con el fin de hacer realidad los Derechos Humanos de todas las personas. El derecho universal a la salud es fundamental para que todas las formas de vida puedan prosperar, así como lo es la cobertura y acceso universal a una atención médica de calidad y la protección social, preludio para el bienestar físico, mental y social.

En estos términos, las obligaciones de respetar, proteger y realizar se componen de criterios de abstención, regulación e implementación respectivamente (Oficina del ACNUDH, 2008). En este capítulo se ha remarcado que al hablar de salud se está pensando a “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, 2014. p.1). En los ODS salud y bienestar se refieren a un derecho a una vida sana y a la promoción del bienestar en todas las edades (ONU, 2016).

En la situación mundial durante e inmediatamente después de la pandemia, la participación de las organizaciones internacionales –especializadas en la salud– ha sido un gran estímulo para la preservación de la salud a nivel mundial. La OMS y la Organización Panamericana de Salud han trabajado más activamente que en otras circunstancias como, por ejemplo, durante la pandemia derivada por el virus AH1N1. La experiencia ha generado mejores protocolos para la prevención y una sólida base para la contingencia generadas por eventuales nuevas cepas derivadas del SARS-Cov-2; sin embargo, la cooperación internacional sigue necesitando de más esfuerzos en conjunto que incorporen a otros niveles de gobernanza. De suma importancia es la necesidad de un mayor liderazgo a nivel mundial y con más recursos y soluciones adecuadas, que se sume a las acciones a nivel local capaces de implementar de manera eficaz la legislación en todos los órdenes de gobierno adaptando presupuestos e instituciones; y finalmente, resulta indispensable la acción por parte de la sociedad civil y las personas en general, los medios de comunicación y el sector privado.

Poner el derecho a la salud entre las prioridades de la gobernanza mundial y pilar de los ODS, ha significado dedicar más atención que en pasado a los instrumentos jurídicos que establecen estándares internacionales en tema de cooperación sanitaria (cfr. Oficina del ACNUDH, 2015). En momentos de crisis se generan procesos replicables capaces de enfrentar futuras emergencias; y en la pandemia de inicio de 2020, la presencia de organizaciones internacionales enfocadas en la preservación de la salud ha limitado los daños y abierto un espacio de colaboración entre sus estados miembros con el fin, tal vez mal logrado, de alinear estrategias y optimizar la distribución de los recursos (Véase ACNUDH, 2021).

Todos los programas necesitan tener claro dar prioridad a las comunidades marginadas que siguen sufriendo las estructuras de poder dominantes y las formas de dominación racial, cultural, de género y de clase (Kenyon *et al.*, 2018). El ACNUDH considera al respecto que un “liderazgo firme y acciones decididas para respetar, proteger y cumplir plenamente el derecho a la salud, la garantía de una participación efectiva y el fortalecimiento de la rendición de cuentas” contribuirían de manera significativa a la aplicación efectiva y la consecución de los ODS relacionados con la salud (ACNUDH, 2018, p.18). En conclusión, para garantizar el derecho a la salud, la gobernanza global es crucial (OMS, 2017b) sobre todo cuando se desea generar un sistema sanitario que responda a las necesidades cambiantes de la población y que busque legitimarse gracias a la confianza ganada entre los usuarios (Kruk *et al.*, 2018).

Fuentes consultadas

- ACNUDH. (2021). *El papel central del Estado en la respuesta a las pandemias y otras emergencias sanitarias, y las consecuencias socioeconómicas de las mismas en el avance del desarrollo sostenible y la realización de todos los derechos humanos*. <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/44/2>
- ACNUDH. (2019). *Cobertura sanitaria universal y derechos humanos*. <https://undocs.org/es/E/2019/52>
- ACNUDH. (2018). *Contribuciones del marco del derecho a la salud en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible relacionados con la salud*. <http://undocs.org/es/A/HRC/38/37>
- Brolan, C. E., Te, V., Floden, N., Hill, P. S., y Forman, L. (2017). Did the right to health get across the line? Examining the United Nations resolution on the Sustainable Development Goals. *BMJ global health*, 2(3). https://gh.bmj.com/content/2/3/e000353?cpetoc=&trendmd-shared=1&utm_campaign=bmjgh&utm_content=consumer&utm_medium=cpc&utm_source=trendmd&utm_term=1-A
- Brown, T. M., Cueto, M., y Fee, E. (2006). The World Health Organization and the transition from "international" to "global" public health. *American journal of public health*, 96(1), 62-72. <https://doi.org/10.2105/AJPH.2004.050831>
- Centro de Investigación Económica y Presupuestaria, A.C. (CIEP). (2018). *Sistema Universal de Salud*. <http://saludenmexico.ciep.mx/images/Cap4.pdf>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación general N.º 14, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4. <https://undocs.org/es/E/C.12/2000/4>
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud. (2006). https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2021). <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (2021). *Resolución 2565(2021)*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/053/94/PDF/N2105394.pdf?OpenElement>
- Datosmacro. (s.f.). *Gasto público Salud*. <https://datosmacro.expansion.com/estado/gasto/salud>
- Evans, T. (2002). A human right to health?. *Third World Quarterly*, 23(2), 197-215. <https://library.fes.de/libalt/journals/swetsfulltext/13092691.pdf>
- Frenk, J. y De Ferranti, D. (2012). Universal health coverage: good health, good economics. *The Lancet*, 380(9845), 862-864. <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2812%2961341-5>
- Goodman, R. y Jinks, D. (2013). *Socializing States: Promoting Human Rights Through International Law*. Oxford University Press.
- Hogan, D. R., Stevens, G. A., Hosseinpour, A. R., y Boerma, T. (2018). Monitoring universal health coverage within the Sustainable Development Goals: development and baseline data for an index of essential health services. *The Lancet Global Health*, 6(2), 152-168. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2214109X17304722>

- Hosseinpoor, A. R., Bergen, N., Schlotheuber, A., y Grove, J. (2018). Measuring health inequalities in the context of sustainable development goals. *Bulletin of the World Health Organization*, 96(9), 654. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6154075/>
- Kenyon, K. H., Forman, L., y Brolan, C. E. (2018). Deepening the Relationship between Human Rights and the Social Determinants of Health: A Focus on Indivisibility and Power. *Health and human rights*, 20(2), 1-10. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6293351/>
- Kruk, M. E., Gage, A. D., Arsenault, C., Jordan, K., Leslie, H. H., Roder-DeWan, S., ... y Pate, M. (2018). High-quality health systems in the Sustainable Development Goals era: time for a revolution. *The Lancet global health*, 6(11), 1196-1252. [https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X\(18\)30386-3](https://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(18)30386-3)
- Kutzin J. (2013). Health financing for universal coverage and health system performance: concepts and implications for policy. *Bulletin of the World Health Organization*, 91(8), 602-611. <https://doi.org/10.2471/BLT.12.113985>
- Luño, Antonio (1991). Las generaciones de derechos fundamentales. *Revista del centro de estudios constitucionales*, (10), 203-217. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1050933.pdf>
- Mann, J. M. (1996). Health And Human Rights: Protecting Human Rights Is Essential For Promoting Health. *BMJ: British Medical Journal*, 312(7036), 924-925. <http://www.jstor.org/stable/29731293>
- Marcos, E. I., y Mier, C. H. (2021). El derecho a la salud es un derecho humano. *Revista CONAMED*, 26(2), 89-94. <https://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-2021/con212e.pdf>
- Nunes, R., Nunes, S., y Rego, G. (2017). Health care as a universal right. *Journal of Public Health*, 1-9. <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10389-016-0762-3.pdf>
- Nygren-Krug, H. (2019). The right (s) road to universal health coverage. *Health and human rights*, 21(2), 215. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6927369/>
- Organización de Naciones Unidas. (2021). La OMS pide al Consejo de Seguridad que aborde la exención de propiedad intelectual de las vacunas COVID-19. <https://news.un.org/es/story/2021/02/1488742>
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador", disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPR1.aspx>
- OEA (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. San José: Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2015). *Estándares Internacionales sobre el Derecho a la Salud en el Sistema de las Naciones Unidas*. Bogotá: Haiku. https://www.hchr.org.co/migracion/phocadownload/publicaciones/Libros/estandares_internacionales_sobre_Derecho_a_la_Salud_en_la_UNU.pdf

- Oficina del ACNUDH. (2008). Folletos Informativos sobre Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>
- OMC. (2001). *Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública*. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trip_s_s.htm
- OMS. (2010). *Informe sobre la salud en el mundo 2010*. <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/the-world-health-report-2010>
- ONU. (2015). Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 70/1. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. <https://undocs.org/es/A/RES/70/1>
- ONU. (2019). Declaración política del foro político de alto nivel sobre el desarrollo sostenible celebrado bajo los auspicios de la Asamblea General. <https://undocs.org/es/A/HLPF/2019/1.1>
- ONU. (2016) *SALUD Y BIENESTAR: POR QUÉ ES IMPORTANTE*. [Archivo PDF]. Recuperado de: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/wp-content/uploads/sites/3/2016/10/3_Spanish_Why_it_Matters.pdf
- ONU (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: Asamblea General. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- ONU. (s.f.). *Objetivo 3: Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/health/>
- ONU México. (s. f.). *Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Naciones Unidas México. <https://www.onu.org.mx/agenda-2030/objetivos-de-desarrollo-del-milenio/>
- Organización Internacional del Trabajo. (2017). *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019: La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*.
- OMS. (2014). *Documentos Básicos*. 48a. edición. (2014).
- OMS (2017a). *Salud y derechos humanos*. <https://www.who.int/es/news-room/factsheets/detail/human-rights-and-health>
- OMS. (2017b). Promoting health in the SDGs: Report on the 9th Global conference for health promotion, Shanghai, China, 21–24 November 2016: all for health, health for all (No. WHO/NMH/PND/17.5). World Health Organization. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259183/WHO-NMH-PND-17.5-eng.pdf>
- OMS. (2018). 2018 *Global reference list of 100 core health indicators* (plus health-related SDGs) (No. WHO/HIS/IER/GPM/2018.1). World Health Organization. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259951/WHO-HIS-IER-GPM-2018.1-eng.pdf>
- OMS. (2019). *Report of the Global conference on primary health care: from Alma-Ata towards universal health coverage and the Sustainable Development Goals* (No. WHO/UHC/IHS/2019.62). World Health Organization. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/330291/WHO-UHC-IHS-2019.62-eng.pdf>
- OMS. (2020). *Addressing Human Rights as Key to the COVID-19 Response*. (Abril). <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331811/WHO-2019-nCoV-SRH-Rights-2020.1-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- OMS. (2021). *Generación de resiliencia en los sistemas de salud en pro de la cobertura sanitaria universal y la seguridad sanitaria durante y después de la pan-demia de COVID-19: documento de posición de la OMS*. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/346533>.
- PNUD. (s.f.). *Objetivo 3: Salud y bienestar*. <https://www1.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-3-good-health-and-well-being.html>
- Safura A. K. (2021) Foundations of Global Health & Human Rights, *South African Journal on Human Rights*, 37:1, 140-145, DOI: 10.1080/02587203.2021.1978151
- Tasioulas, J. (2017). *The minimum core of the human right to health*. https://www.academia.edu/35651166/The_Minimum_Core_of_the_Human_Right_to_Health
- Tobin, J., y Barrett, D. (2020). The Right to Health and Health-Related Human Rights. *Foundations of Global Health & Human Rights*, 67.
- Vrzina S. M. (2011). Talking culture, crying health, hoping for nothing: surviving the many flyers above the human rights global cuckoo's nests. *Collegium antropologicum*, 35(4), 969-978. <https://hrcak.srce.hr/75581>
- Wagstaff, A., Eozenou, P., Neelsen, S., y Smitz, M. F. (2018). *The 2018 Health Equity and Financial Protection Indicators Database*. <https://datacatalog.worldbank.org/search/dataset/0038633>
- Wagstaff, A., Eozenou, P., Neelsen, S. y Smitz, M. F. (2019). Introducing the World Bank's 2018 Health Equity and Financial Protection Indicators database. *The Lancet Global Health*, 7(1), 22-23. [https://doi.org/10.1016/S2214-109X\(18\)30437-6](https://doi.org/10.1016/S2214-109X(18)30437-6)

DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO.

TEMAS SELECTOS. Editado por la Universidad Autónoma de Baja California (UABC) y por la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI). Se terminó de imprimir el 29 de marzo 2024 en los talleres de BGB Producciones Gráficas/ Bernardo García Bravo, ubicados en Juan Lucas Lassaga No. 62, Col. Obrera, Alcaldía Cuauhtémoc, Ciudad de México. El tiraje consta de 300 ejemplares impresos en Offset en papel Snow de 55 grs. y Forros impresos en Cartulina Sulfatada de 12 puntos con plastificado mate. En su composición se usó el tipo Book Antiqua de 10.7, 10.3 y 34 puntos, Candara de 6 y 18 puntos y Cambria de 18 puntos.

El cuidado editorial estuvo a cargo de
Carlos Gabriel Argüelles Arredondo



CARMELO CATTAFI

Profesor Asociado adscrito al departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales del Tecnológico de Monterrey. Es Doctor y Maestro en Ciencias Sociales y Licenciado en Ciencias Políticas con especialización en Política Internacional. Miembro del SNI Nivel 1 para el área de Ciencias Políticas, Relaciones Internacionales (Derecho Internacional). Director del Doctorado en Ciencias Sociales, ha sido director de la carrera de ciencia política y de relaciones internacionales en el Tecnológico de Monterrey Campus Monterrey (2012-2019). Ha sido Consejero Técnico del CENEVAL y Experto designado para la validación de reactivos para Ciencia Política y Administración Pública y Relaciones Internacionales. Dictaminador y consejero editorial de revistas. Autor de libros, capítulos de libros, artículos. Ha sido director de Vinculación y Miembro Vocal de la mesa directiva de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (2019-2020). Director de la Secretaría de publicaciones de la AMEI (2020-2023). Presidente (2017-2025) del Comité Científico RC40 - New World Orders? de la IPSA (*International Political Science Association*). Ha sido Coordinador del eje Política Mundial y Relaciones Internacionales de la AMECIP. Presidente ejecutivo del Consejo Ciudadano para el Gobierno Abierto, la Transparencia y la Rendición de Cuentas del Municipio de Monterrey (hasta 2022). Miembro de la Coalición Anticorrupción en Nuevo León. Consultor para Acceciso. Director del Comité Estatal AMECIP de Nuevo León. Representante de los comités de investigación de la *International Political Science Association* y enlace entre los comités de investigación y el comité ejecutivo de IPSA - *IPSA Research Committee-Executive Committee* (RC-EC) Liaison; Consejero del Consejo Federal de los Ciudadanos del mundo (Paris); Coordinador del Comité Académico de Derecho Internacional y Organismos Internacionales de la AMEI; Miembro de la nueva Junta Nacional Directiva de la Asociación Mexicana de Ciencias Políticas (AMECIP) y coordinador de la Secretaría de Relaciones Interinstitucionales de AMECIP; Enlace oficial del Tecnológico de Monterrey ante CENEVAL para el EGEL en Ciencia Política y Administración Pública.



DÁMASO MORALES RAMÍREZ

Profesor en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, Coordinador del Centro de Estudios Europeos, Ex Presidente de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI), Miembro de la *European International Studies Association* (EISA) y la *International Studies Association* (ISA).

ISBN: 978-607-99598-7-6



Estudiar el Derecho Internacional es una parte sustantiva de las relaciones internacionales, con mayúsculas y minúsculas. En efecto, el mundo antiguo y moderno se ha organizado por medio de leyes que permiten la coexistencia pacífica y la solución de controversias. Por siglos, los antiguos reinos y ciudades contemplaron un conjunto de normas jurídicas para regular sus relaciones, y actualmente, los Estados-Nación y los organismos internacionales como sujetos del Derecho internacional también buscan los mecanismos para la coexistencia pacífica. Recordemos el Tratado de Kadesh suscrito en 1259 a. C. entre el antiguo Egipto y los hititas como el primer tratado de paz de la historia. En el devenir de la humanidad encontramos numerosos conflictos, a gran escala y de baja intensidad. Esta conducta la teoría del realismo la analiza como la base de un mundo anárquico. Sin embargo, las teorías del liberalismo y del idealismo encuentran en la naturaleza humana elementos benignos que pueden propiciar la cooperación y darle una salida consensuada a los desacuerdos internacionales.

La denominación del adjetivo 'internacional' forma parte de la costumbre entre los Estados. Hablando de la costumbre, además de las fuentes materiales, ésta forma parte de las fuentes formales del Derecho Internacional, junto con los tratados, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, la doctrina y las resoluciones de organismos internacionales. Estos elementos conforman el ordenamiento jurídico a los cuales los Estados y las organizaciones internacionales pueden recurrir en caso de litigio o controversias. Una parte fundamental del arreglo pacífico entre las entidades nacionales son los tratados, que se definen como 'todo acuerdo celebrado por escrito entre dos o más sujetos de Derecho Internacional', siendo la Carta de las Naciones Unidas, firmada en 1945, el tratado internacional más importante de la historia.

En ese sentido, el Derecho Internacional Público se divide en diferentes áreas. Este libro se concentra básicamente en algunas áreas selectas del Derecho Internacional para resaltar la importancia en la época actual. Entonces, el aspecto central del texto es el jurídico, pero con algunas variables económicas, políticas, históricas, ambientales y sociales como apoyo intelectual. En ese contexto, el objetivo general del libro es contribuir a la literatura jurídica de orden internacional en México y América Latina. Además, también esperamos que esta obra abone a la reflexión sobre los temas que aquejan a la sociedad internacional y regional desde la perspectiva del Derecho Internacional como área nodal de las relaciones internacionales.