



# PLURAL

## Academia

Año IV - No. V  
Abril 2023

Revista electrónica del Centro  
de derecho internacional e  
integración regional CIDIIR  
MDQ, Argentina



Universidad Nacional de Mar del Plata

Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional

# REVISTA PLURAL

## Academia

---

Año 4, Número 5 - Abril 2023

Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional

Universidad Nacional de Mar del Plata

Facultad de Derecho 2855/65 - Piso 3 - 7600

Mar del Plata - Argentina

Revista Electrónica - Año 4 N. 5

Director: Favio Farinella

Abril 2023 - ISSN 2684 - 0431

**REVISTA PLURAL** Academia

Abril de 2023 - ISSN 2684 - 0431

Publicado por:

**Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional @cidiir**

Mar del Plata, República Argentina

**DIRECTOR**

Favio Farinella

**CONSEJO EDITORIAL**

Eduardo Hooft

Pedro López Martucci

Ana Vernetti

Gabriel Raba

Mariel Martin

Romina Manzo

**COORDINACIÓN**

Romina Manzo

**EDICIÓN**

Romina Manzo

María Belén Morrone

# SUMARIO

---

## **EDITORIAL**

### **5 REVISTA PLURAL *Academia***

Morrone, María Belén

## **ARTÍCULOS: INVESTIGACIÓN**

### **8 MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL PARA LA REGULACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL ASILO EN LA REGIÓN LATINOAMERICANA EN EL CONTEXTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS**

Alla Yu. Yastrebova y Elena E. Gulyaeva

### **23 CAMBIO CLIMÁTICO: HOLANDA, PIONERA MUNDIAL EN LA PROTECCIÓN AMBIENTAL**

Eduardo Raimundo Hooft

### **33 LA INVENCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES OCCIDENTALES COMO PARADIGMA DE UN DERECHO UNIVERSAL Y DERECHO INTERNACIONAL A LA LUZ DE LA RAZA**

Ruy Dos Santos Sequeira



Estimados lectores, tengo el placer y el honor de presentarles un nuevo número de la revista Plural Academia. Antes de comenzar, extendiendo un saludo cordial a todos aquellos que nos siguen desde la primera edición y una cálida bienvenida a quienes se suman a esta admirable labor efectuada por el Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional. Nuestro compromiso inexorable consiste en proporcionarles valiosos escritos sobre diversas áreas de interés, que fomenten el crecimiento, el desarrollo y la magnificencia de nuestros profesionales.

Nuestra sociedad se encuentra en continuo cambio y esto trae aparejado que debemos enfrentarnos a una serie de desafíos que exigen nuestra reflexión e intervención. Dentro de los cuales, se encuentra la imperiosa necesidad de construir un mundo más equitativo y justo, en el que todos podamos acceder a los mismos derechos y oportunidades. Esto incluye el derecho a no ser perseguido ni discriminado, el derecho a buscar refugio y asilo cuando sea necesario, y el derecho a un medio ambiente saludable y sostenible. Si bien estas cuestiones pueden parecer dispares a primera vista, están interconectadas y tienen implicancias significativas para nuestro futuro. Tales tópicos serán abordados en esta nueva edición.

En primer lugar, las distinguidas constitucionalistas, Alla Yu. Yastrebova y Elena E. Gulyaeva, en su artículo: “ Marco jurídico internacional para la regulación de la institución del asilo en la región latinoamericana en el contexto de la implementación de los estándares de derechos humanos”, analizan la reglamentación jurídica regional de la migración forzada y la falta de reciprocidad en el otorgamiento de asilo, el estatuto de los refugiados y solicitantes, sus derechos y obligaciones, y las posiciones científicas que existen en la ciencia del derecho internacional respecto al uso de tal instituto.

La subsiguiente obra, realizada por el notable Dr. Eduardo Raimundo Hooft, titulada: “Cambio climático: Holanda, pionera mundial en la protección ambiental”, versa sobre dos sentencias dictadas por el tribunal supremo de Países Bajos, que sientan un precedente en la historia del derecho ambiental, ya que se trata del primer caso de litigio climático en un país de la Unión Europea.

El último estudio, denominado: “La invención de los derechos fundamentales occidentales como paradigma de un derecho universal y derecho internacional a la luz de la raza”, elaborado por Ruy Dos Santos Sequeira, es una exposición que busca relacionar la teoría crítica de la raza a partir de las inquietudes sobre los desafíos de la eficacia normativo-jurídica y ética, para ser enfrentados con el advenimiento del idealismo iluminista

propugnado por la institución de los derechos fundamentales y derechos humanos, puestos e impuestos por la civilización colonialista euro occidental, a los países no europeos del continente americano.

Es dable mencionar, que los presentes artículos han sido escritos por talentosos profesionales que han dedicado innumerables horas de investigación, análisis y redacción. Es por ello que, queremos expresarles nuestro más sincero agradecimiento, ya que han entregado contenido excepcional que enriquece el saber de nuestros lectores. Su dedicación y pasión es verdaderamente loable.

Atentamente,

**Morrone, María Belén.**  
Comité editorial Revista PLURAL.

# Marco jurídico internacional para la regulación de la institución del asilo en la región latinoamericana en el contexto de la implementación de los estándares de derechos humanos

---

Alla Yu. Yastrebova

Elena E. Gulyaeva



## 1. Resumen

El contenido de la publicación es un intento de análisis jurídico de la regulación de las instituciones de asilo territorial y diplomático por parte de los estados latinoamericanos. Los autores estudian las particularidades de este modelo legal, que se ha desarrollado como resultado de la unificación del derecho del individuo y el derecho del estado a otorgar asilo a nivel regional. También se presentan los derechos y obligaciones básicos de las personas que han solicitado esta forma de protección, y las posiciones científicas que existen en la ciencia del derecho internacional respecto al uso del instituto de asilo.

## 2. Palabras clave

Institución jurídica del asilo, tratados regionales internacionales, estándares de derechos humanos, estatus de refugiados y solicitantes de asilo, procedimientos para la extradición y expulsión de ciudadanos extranjeros, principios para la provisión de protección extraterritorial por parte de los estados.

## 3. Abstract

The content of the publication is an attempt at legal analysis of the regulation of territorial and diplomatic asylum institutions by Latin American states. The authors study the particularities of this legal model, which has developed as a result of the unification of the right of the individual and the right of the state to grant asylum at the regional level. The basic rights and obligations of people who have requested this form of protection are also presented, and the scientific positions that exist in the science of international law regarding the use of the asylum institute.

#### **4. Key Words**

Legal institution of asylum, international regional treaties, human rights standards, status of refugees and asylum seekers, procedures for the extradition and expulsion of foreign citizens, principles for the provision of extraterritorial protection by states.

#### **5. Desarrollo normativo latinoamericano**

La especificidad de los enfoques regionales de la institución del asilo es especialmente evidente en la región Panamericana. En primer lugar, es necesario señalar los actos jurídicos internacionales regionales generales que forman enfoques comunes para la regulación de la migración forzada. Entre ellos se encuentra la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, adoptada en el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en Centroamérica, México y Panamá en 1984<sup>1</sup>. La base de la Declaración se encuentra prevista en las conclusiones de sus participantes, expuestas en la parte III, que consisten en:

- Los Estados participantes se esforzarán por promulgar leyes y reglamentos nacionales para facilitar la aplicación de las normas de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967;
- Los refugiados se definen como “aquellas personas que huyeron del país porque su vida, seguridad o libertad se vieron amenazadas por la violencia generalizada, la agresión

---

<sup>1</sup> Cartagena Declaration on Refugees, 1984. Disponible en: URL: <https://www.refworld.org.ru/docid/52809f8a4.html>



extranjera, los conflictos internos, las violaciones masivas de los derechos humanos u otras circunstancias que perturbaron gravemente el orden público”;

- El acto de otorgar asilo y el estatuto de refugiado son de naturaleza pacífica, apolítica y humanitaria y no pueden interpretarse como actos hostiles hacia los países de origen;
- El principio de *non-Refoulement* (no devolución)<sup>2</sup> es reconocido y respetado como norma imperativa;
- La repatriación de los refugiados debe llevarse a cabo de forma voluntaria, individual y segura;
- La reunificación familiar es reconocida como uno de los principios básicos para el tratamiento de los refugiados;
- Los países de la región deben establecer estándares mínimos para el trato a los refugiados.

Al mismo tiempo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969<sup>3</sup>, que es un tratado internacional regional de los estados de América del Norte y del Sur, define el derecho de asilo del individuo. Dicha Convención consagra que “toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en el territorio de un Estado extranjero de conformidad con su legislación y los convenios internacionales en caso de acusación de delito político o similar”. Evidentemente, el primer lugar en el sistema normativo regional de la Organización de los Estados Americanos (OEA) lo ocupa el derecho constitucional al asilo, y en segundo lugar las correspondientes normas de derecho internacional.

El concepto legal de asilo aquí se basa en la antigua base histórica y legal para otorgarlo a los fugitivos políticos que fueron patrocinados por estados extranjeros<sup>4</sup>. Dicho patrocinio prohibía principalmente la extradición de un extranjero a su país de origen. Esta institución se correlacionó con la lista de derechos naturales y políticos proclamada por la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En el contexto histórico, la existencia de la institución del asilo para prófugos políticos en los siglos XVIII-XIX estuvo asociado a la personalización de cada caso individual de dicho patrocinio. “Aquellos que huyeron de países amigos fueron

---

<sup>2</sup> Este principio se refiere al tratamiento especial de los refugiados y solicitantes de asilo, y se expresa en la prohibición de extradición, expulsión o traslado a un estado donde su vida e integridad personal puedan estar en peligro por persecución u otras acciones.

<sup>3</sup> American Convention on Human Rights 1969. Disponible en: URL: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201144/volume-1144-i-17955-english.pdf> (Date of access: 09.07.2022).

<sup>4</sup> Levin D.B. Pravo ubezshishcha (diss. ... k.yu.n.). M., 1940; Mokrinskii S.P. Politicheskoe prestuplenie v mezhdunarodnykh dogovorakh o vydache. M., 1927; Shibaeva E.A. Problema prava ubezshishcha v mezhdunarodnom prave (diss. ... k.yu.n.). M., 1953.

extraditados, pero no de países hostiles”<sup>5</sup>, lo que reforzó el derecho exclusivo del estado anfitrión a decidir a quién se le otorgaría asilo.

El mismo concepto subyace en la Parte 1 del art. 2 de la Convención de Caracas de la OEA sobre Asilo Territorial de 1954<sup>6</sup>, de la que son parte Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador El Salvador, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Esta norma establece: “Así como el derecho internacional debe respetar el derecho de todo Estado a ejercer jurisdicción sobre los habitantes de su territorio, así también debe respetar sin restricción alguna su derecho en relación con las personas que entren en él desde un Estado en el que estén siendo perseguidas por su opinión o afiliación política, o por actos que puedan ser reconocidos como delitos políticos”. Los motivos para conceder asilo aquí están estrechamente relacionados con la soberanía del Estado de acogida y están abiertos a una interpretación amplia.

Con respecto a una institución legal como la expulsión, en general, debe notarse un enfoque bastante uniforme de su esencia desde el punto de vista de la regulación legal internacional. Los actos jurídicos internacionales se refieren a esta institución en el contexto de las garantías contra la expulsión arbitraria<sup>7</sup>, la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros<sup>8</sup>, la prohibición de discriminación en la expulsión<sup>9</sup>, la prohibición de expulsión de los propios ciudadanos<sup>10</sup>, la responsabilidad por crímenes de lesa humanidad<sup>11</sup>, etc.

La uniformidad del enfoque se expresa en el hecho de que, a pesar de la diferencia en los términos que se utilizan para denotar el concepto de "expulsión", en todos estos casos estamos hablando del traslado forzoso de personas fuera de los estados sin conexión con el proceso de extradición de personas que hayan cometido un delito. Este enfoque se revela mejor en la posición legal del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que, al interpretar las disposiciones del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indicó que las garantías previstas en el Pacto se aplican a cualquier forma de

---

<sup>5</sup> Mezhdunarodnoe publichnoe pravo: uchebnik. Izd.tret'e, pererab. i dop./ otv.red. K.A.Bekyashev. M., 2004. P. 738.

<sup>6</sup> Convention on Territorial Asylum of 28 March 1954 (Caracas). Disponible e: URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201438/volume-1438-I-24378-English.pdf> (Date of access: 09.07.2022).

<sup>7</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 13; Declaración sobre los Derechos Humanos de las Personas que no son Nacionales del País en que Viven, 1985 Art. 7; Derecho internacional vigente. T. 1. M., 1996. P. 255-259; Parte 3, Convenio CIS, Art. 25.

<sup>8</sup> Convenio CIS, Parte 4 del art. 25.

<sup>9</sup> Declaración de 1985 sobre los Derechos Humanos de las Personas que no son Nacionales del País en que Viven

<sup>10</sup> Convenio CIS Parte 1 Art. 25; Cláusula 1. parte. 3 del Protocolo núm. 4 del Convenio.

<sup>11</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, Art 7; Legislación recopilada de la Federación Rusa. 2000. N° 37. Arte. 3710.

"despacho obligatorio" de extranjeros, independientemente de cómo se designe este proceso en el derecho interno<sup>12</sup>.

En general, pueden ocurrir ciertas diferencias en la terminología de la legislación nacional. Los expertos señalan que en la actualidad “en la legislación de varios estados extranjeros (Alemania, EE. UU., Francia, Japón, Suecia, Suiza, Finlandia) existen los siguientes términos que denotan diversas formas de expulsión del país de acogida de ciudadanos extranjeros y apátridas personas que han cometido delitos: “desalojo” (es decir, reasentamiento en otra región del país), “expulsión”, “deportación”, “exilio”, “expulsión forzosa”, etc.”<sup>13</sup>.

La institución de la extradición (*Refoulement*) en el derecho internacional está regulada con suficiente detalle a nivel universal, regional y bilateral. Así, prof. L.A. Lazutin identifica dos causales para la calificación de la extradición: 1) sobre una base legal; 2) por tipo de problema<sup>14</sup>. En cuanto a los tipos de extradición que se señalan en la primera causal - extradición sobre la base de tratados universales para la represión de ciertos tipos de delitos; extradición en virtud de tratados de asistencia judicial recíproca y extradición universales, regionales y bilaterales; extradición en virtud de acuerdos interdepartamentales de los organismos encargados de hacer cumplir la ley sobre asistencia y cooperación jurídica; extradición de conformidad con los actos de las instituciones judiciales internacionales; extradición en virtud de los instrumentos de las organizaciones internacionales, sus disposiciones pueden prever la detención de una persona como delincuente o presunto delincuente<sup>15</sup> o de una persona cuya extradición se solicita<sup>16</sup>.

Los tipos de extradición asignados por el prof. L.A. Lazutin en el marco de la segunda base de clasificación son extradición por responsabilidad penal, extradición por

---

<sup>12</sup> Cm.: CCPR General Comment No. 15 of 11 April 1986: The position of aliens under the Covenant // United Nations Human Rights Website. Treaty Bodies Database. Disponible en: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/bc561aa81bc5d86ec12563ed004aaa1b?Opendocument> (Date of access: 09.07.2022).

<sup>13</sup> Kurakin A.V. Administrativnoe vydvorenie za predely Rossiiskoi Federatsii inostrannykh grazhdan i lits bez grazhdanstva; Yurist. 2000. № 9. P. 47-51.

<sup>14</sup> Lazutin L.A. Pravovaya pomoshch' po ugolovnym delam kak mezhotraslevoi normativnyi kompleks: monografiya. Ekaterinburg, 2008. P. 248; O klassifikatsii pravovoi pomoshchi po ugolovnym delam sm.: Lazutin L.A. Vidy pravovoi pomoshchi po ugolovnym delam: voprosy teorii; Zhurnal rossiiskogo prava. 2008. №7. P. 40-48.

<sup>15</sup> Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970, Art.6; Colección de tratados, acuerdos y convenios existentes concluidos por la URSS con estados extranjeros. Tema. XXVIII. M., 1974. P. 292-296; Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979, Art. 6; Colección de tratados internacionales de la URSS. Tema. XLIII. M., 1989. P. 99 – 105.

<sup>16</sup> Convención sobre la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, art. 6 parag. 8; Colección de tratados internacionales de la URSS y la Federación Rusa. Tema. XLVIII. M., 1994. P. 133-157; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, art. 44 apartado 10; Boletín de Tratados Internacionales. 2006. Nº 10. P. 7-54.

cumplimiento de sentencia, extradición por tiempo. Los tratados internacionales de extradición prevén explícitamente la posibilidad de tomar bajo custodia o detener a una persona cuya extradición se requiera, incluso hasta el momento en que el Estado requerido reciba la solicitud de extradición<sup>17</sup>. Disposiciones similares están contenidas en tratados internacionales bilaterales con la participación de la Federación Rusa<sup>18</sup>.

Cabe señalar que el estatuto jurídico internacional de los refugiados y solicitantes de asilo es fundamentalmente diferente del régimen jurídico de los ciudadanos extranjeros comunes, que está asociado a su fundado temor de ser devueltos a su estado de origen. Así, en el caso de "Saadi v. el Reino Unido" El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, quien actuó como tercero en este caso, planteó la posición según la cual, al interpretar el sub. "f" párrafo 1 del art. 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1950<sup>19</sup>, se debe aplicar una "prueba de necesidad" a los refugiados. De acuerdo con esta posición, los solicitantes de asilo deben distinguirse de la categoría habitual de personas que ingresan ilegalmente al territorio de un Estado o personas sujetas a expulsión. Para tratar a un solicitante de asilo de acuerdo con el sub. "f" párrafo 1 del art. 5 del Convenio, se necesita algo más que la mera ausencia de una decisión sobre su solicitud; la detención debe ser necesaria en el sentido de que medidas menos onerosas serían insuficientes y proporcionadas al fin perseguido<sup>20</sup>. Al mismo tiempo, la Corte tomó nota del entendimiento de la primera parte del inc. "f" párrafo 1 del art. 5 de la Convención de tal manera que permite la detención sólo si se prueba que la persona está tratando de evadir el ingreso al país, impondría restricciones irrazonables a las disposiciones de esta regla y a los poderes del Estado en el ejercicio de la su derecho indiscutible en el campo del control migratorio.

Cabe señalar que en el sub. "f" párrafo 1 del art. 5 de la Convención, la base contiene una garantía relativa a tres categorías de personas: 1) contra quienes las autoridades toman medidas para impedir su ingreso ilegal al país, 2) contra quienes se toman medidas de expulsión, 3) contra quienes se dictan medidas de extradición tomado.

---

<sup>17</sup> Convención sobre Asistencia Legal y Relaciones Legales en Asuntos Civiles, Familiares y Penales de 1993, arts. 60 y 61; Legislación Recopilada de la Federación Rusa. 24/04/1995. n.º 17, art. 1472; Arte. 16 del Convenio Europeo de Extradición de 1957; Legislación Recopilada de la Federación Rusa. 05/06/2000. n.º 23, art. 2348.

<sup>18</sup> Tratado entre la Federación de Rusia y la República de la India sobre extradición 1998; Boletín de tratados internacionales. 2000. No. 10. Art. 36-42; Tratado entre la Federación Rusa y la República Popular China sobre extradición 1995; Boletín de tratados internacionales. 1999. N.º 6. P. 39-46.

<sup>19</sup> Konventsiya o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod 1950 goda i Protokoly k nei (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms); SZ RF. 2001. № 2. St. 163. el sub. "f" párrafo 1 del art. 5 del Convenio Europeo dice «...Si se trata de la privación de libertad o de la detención, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición».

<sup>20</sup> Ver: *Ibíd.* § 54.

Las posiciones jurídicas del TEDH permiten identificar los siguientes criterios de legitimidad de la restricción del derecho a la libertad y la seguridad de la persona en el contexto de la base jurídica considerada:

- La detención de una persona está relacionada con la adopción de medidas para la expulsión/extradición/prevenición de la entrada ilegal en el país de esta persona, y la detención de una persona puede llevarse a cabo solo durante el período de aplicación de estas medidas;
- La aplicación de estas medidas se realiza con “debida diligencia” (due diligence).

El principio universal de non-Refoulement (no devolución) está formulado en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969 de manera bastante amplia: amenaza de violación de su derecho a la vida y a la integridad por motivos de raza, ciudadanía, religión, origen social u opiniones políticas” (apartado 8 del artículo 22). Este principio complementa el art. 4 de la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial, que prohíbe la extradición de extranjeros buscados por delitos políticos o perseguidos por motivos políticos.

Parece que la regulación detallada del principio de no devolución (non-Refoulement) es un ejemplo positivo de una interpretación directa de su significado. Los teóricos del derecho señalan que “aquellas normas que representan una u otra excepción a la regla general prevista por otra norma no están sujetas a una interpretación generalizada, pues tales excepciones deben formularse siempre de manera clara, específica y precisa”<sup>21</sup>. La discrecionalidad del Estado (margin of appreciation) en tal caso sirve como base para una interpretación amplia de la regla de no extradición.

Hablando de las peculiaridades del ordenamiento jurídico sudamericano, prof. N.G. Doronina señala: “En los países de América Latina, las normas del derecho internacional son de particular importancia para lograr una regulación nacional uniforme. Al transformar las normas de derecho internacional en normas nacionales, les otorgan fuerza de normas de derecho constitucional. (...) Desde el punto de vista de la jerarquía de las normas jurídicas, a las normas unificadas que tienen su fuente en un tratado internacional se les otorga la importancia de un principio general de regulación que determina todo el desarrollo de la legislación nacional»<sup>22</sup>. Al mismo tiempo, la formación de principios comunes de regulación no impide que este grupo de países mantenga ciertas diferencias en su legislación nacional en proceso de unificación.

---

<sup>21</sup> Pigolkin A.S., *Tolkovanie normativnykh aktov v SSSR*. M.: Yustitsinform, 2005, P. 98.

<sup>22</sup> Doronina N.G *Unifikatsiya prava stran Latinskoi Ameriki. Zakonodatel'stvo i ekonomika*, 2002, P. 73-85.

La Declaración de Cartagena de 1984, que tiene carácter jurídico recomendatorio, ofrece principios generales para incidir en los procesos regionales de migración forzada. Sus disposiciones unificadoras, que discutimos anteriormente, están destinadas a ser utilizadas por el estado anfitrión en su legislación nacional de asilo. El principio de no extradición de prófugos políticos, como se mencionó, está establecido por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969.

El grupo de países de América Latina y el Caribe presume la soberanía absoluta del Estado receptor en el ámbito de la consolidación constitucional de la libertad de circulación. Sí, el arte. 38 del Tratado constitutivo de la Comunidad del Caribe, 1973 (revisado en 2001)<sup>23</sup>, establece que su contenido no afecta las obligaciones de los Estados Partes de garantizar la libertad de circulación dentro de su territorio, sean o no ciudadanos de países comunitarios. En esta subregión no existe un principio de división inherente al sistema Schengen en ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros países que regule las peculiaridades de su circulación dentro de la propia región.

La Convención de Caracas sobre Asilo Territorial de 1954 define esta institución exclusivamente como un derecho del Estado receptor. De hecho, todos los derechos de las personas con asilo en el territorio de los Estados participantes están relacionados con su interacción. Sí, el arte. 7 de la Convención de Caracas de 1954 establece que la libertad de expresión no puede servir de base a denuncias de un tercer Estado. Arte. El artículo 8 establece que ningún Estado tiene derecho a pedir a otro que restrinja los derechos de los refugiados o solicitantes de asilo a la libertad de reunión o asociación. Arte. 3 de la Convención permite al estado de asilo no extraditar al interesado y no expulsar de su territorio a las personas indicadas. Las normas anteriores hablan del uso parcial del marco legal internacional universal para la protección, que está previsto en la Convención de la ONU sobre Refugiados de 1951. El art. 7 y 8 de la Convención de Caracas se refieren a la ley nacional aplicable a todos los extranjeros.

Una característica del derecho regional de los estados latinoamericanos es la costumbre jurídica internacional de otorgar asilo diplomático, que va más allá del marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. El prof. I.P. Blishchenko conecta esta especificidad con las peculiaridades del devenir histórico de los países de América Latina, considerando la institución del asilo diplomático como contractual, pero no habitual en su origen, y señala el contenido de los tratados de

---

<sup>23</sup> Revised Treaty of Chaguaramas establishing the Caribbean Community including the CARICOM single market and economy, 2001. Disponible en: [http://www.sice.oas.org/trade/caricom/caricind\\_text.asp](http://www.sice.oas.org/trade/caricom/caricind_text.asp) (Date of access: 09.07.2022).

Montevideo y la Convención de La Habana de 1928<sup>24</sup>. La evolución del instituto de asilo diplomático en la región latinoamericana, en esencia, a lo largo del último siglo, correspondió al escenario inestable ensayado. Como argumenta Barbosa<sup>25</sup>, durante este período se dieron varias circunstancias que favorecieron el surgimiento de esta institución, entre las que se destacan: las dictaduras en el continente; abundancia de revoluciones y golpes militares, seguidos de la llegada al poder de gobiernos que lucharon contra opositores políticos; desconfianza en el proceso judicial de estos gobiernos derivada de la violación de la constitución. Además, puede decirse que la concesión del asilo diplomático no era una forma de injerencia en los asuntos internos de los Estados, sino un medio de protección a favor de personas perseguidas por ellos pertenecientes a diferentes ideologías<sup>26</sup>.

El derecho internacional clásico incluye el concepto de inviolabilidad de la misión diplomática y residencia de los agentes diplomáticos. El territorio de la misión o residencia no puede ser penetrado por las autoridades locales, no debe haber acción coercitiva alguna, siempre que dicho territorio esté realmente destinado a fines diplomáticos.

El investigador G.S. Goodwin-Gill cita a este respecto la definición de asilo adoptada en 1950 por el Instituto de Derecho Internacional. Comprende "la protección otorgada por un Estado en su territorio o en cualquier otro lugar bajo el control de sus órganos", lo que permite entender el asilo diplomático como "la protección de la jurisdicción local otorgada en embajadas, consulados y en buques de guerra"<sup>27</sup>. Esta lista no parece ser exhaustiva, ya que estamos hablando de bienes que se encuentran bajo la jurisdicción extraterritorial del Estado, que adicionalmente pueden incluir bases militares y aeronaves militares.

En el primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, se firmó el Tratado de Montevideo sobre Derecho Penal Internacional de 1889, que aseguró el derecho de asilo<sup>28</sup>. La Convención de La Habana sobre Asilo de 1928 establece que no se puede conceder asilo diplomático a personas acusadas de delitos comunes. Posteriormente, en la Convención de Montevideo sobre Asilo de 1933, el art. 1 de la convención anterior se modifica para señalar que no se concederá asilo a los delincuentes

---

<sup>24</sup> Blishchenko I.P., *Diplomaticheskoe pravo: uchebnoe posobie*. M.: Vysshaya shkola, 1990. P. 75.

<sup>25</sup> Barbosa 1999:634

<sup>26</sup> Caicedo Castilla, 1961: 301

<sup>27</sup> Goodwin-Gill G.S. *Status bezhentsa v mezhdunarodnom prave*. M.: YuNITI, 1997, P. 211.

<sup>28</sup> Tratado sobre Derecho Penal Internacional, Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1889. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratado\\_sobre\\_derecho\\_penal\\_internacional\\_montevideo\\_1889.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratado_sobre_derecho_penal_internacional_montevideo_1889.pdf)

comunes condenados o procesados y que no existirá una relación de reciprocidad entre los estados<sup>29</sup>.

Asimismo, al preparar la Convención de 1933, los Estados participantes discutieron el contenido de las siguientes disposiciones: “Art. II: La tipificación del delito la realiza el estado de acogida. Arte. III: El asilo político, por ser una institución humanitaria, no está sujeto al principio de reciprocidad. Bajo su protección pueden estar todas las personas, independientemente de su nacionalidad o ciudadanía. Arte. IV: Cuando se solicite la revocación de un agente diplomático (...) en relación con un caso de asilo político, el agente diplomático deberá ser sustituido por su propio gobierno sin perjuicio de las relaciones entre los dos Estados”. Posteriormente, El Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo de 1939<sup>30</sup> refleja claramente la distinción entre asilo diplomático y el término "asilo", entendiendo este último como asilo territorial. Este tratado fue firmado por Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Perú, ratificado únicamente por Paraguay, por lo que no entró en vigor.

El tratado internacional que sentó las bases para la codificación regional de esta institución jurídica es la Convención de Caracas de la OEA sobre Asilo Diplomático de 1954<sup>31</sup>. Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela se convirtió en sus participantes. El contenido de la Convención puede formularse en las siguientes disposiciones:

- Los estados dentro de su jurisdicción territorial respetan el asilo concedido en misiones diplomáticas, en buques de guerra, en campamentos militares o en aeronaves a personas perseguidas por motivos políticos o por actos políticos (art. 1);
- El Estado parte tiene derecho a conceder asilo, pero no tiene la obligación correspondiente y no tiene que explicar las razones por las que lo deniega (art. 2);
- El asilo se concede en casos de emergencia y por el tiempo estrictamente necesario para que una persona pueda salir del país de jurisdicción territorial con garantías para la seguridad de su vida, libertad o integridad personal (artículo 5);
- Una persona que ha recibido asilo puede ser expulsada del estado de jurisdicción territorial o recibir permiso para salir de él, sujeto a garantías de su seguridad (Artículos 11, 12);

---

<sup>29</sup> Convención sobre asilo político, Montevideo, 1933

<sup>30</sup> Organization of American States (OAS), Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de Montevideo, 8 April 1939. Disponible en: <https://www.refworld.org/>

<sup>31</sup> Convention on Diplomatic Asylum of 28 March 1954, Caracas, disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201438/volume-1438-I-24377-English.pdf> (Date of access: 09.07.2022).



- El estado que ha otorgado asilo puede trasladar a una persona fuera del país de acogida (art. 13), otros estados participantes, si es necesario, deben permitir su tránsito por su territorio (art. 15);
- Después de asegurar la salida de una persona, el Estado que concedió el asilo no está obligado a asentarla en su territorio, pero no puede devolver a esa persona a su país de origen sin su consentimiento (artículo 17);
- El principio de reciprocidad no se aplica a la concesión de asilo diplomático, y cualquier persona, independientemente de su ciudadanía, está bajo su protección (artículo 20).

Las normas anteriores indican que el ámbito de aplicación de la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático es más bien limitado. Los objetos de la jurisdicción extraterritorial del Estado no están destinados en sí mismos a la concesión de asilo a largo plazo. La institución del asilo diplomático puede compararse con la protección temporal (*Temporary Protection*), que se utiliza como una alternativa al otorgamiento de la condición de refugiado o asilo a una persona. Por regla general, la protección temporal se limita al período durante el cual una persona recibe asilo, no está sujeta a expulsión o extradición y ejerce los derechos humanos y las libertades fundamentales. Durante este período, el estado de asilo temporal o ACNUR está buscando un tercer país seguro que esté listo para aceptarlo y otorgarle un estatus legal permanente<sup>32</sup>. Las mismas medidas provisionales podrán ser aplicadas conforme al art. 5 de la Convención de Caracas de 1954, al implementar la institución del asilo diplomático. Dicho asilo se concederá en caso de emergencia y por el tiempo estrictamente necesario para que la persona que lo solicita, pueda salir del Estado de jurisdicción territorial con las garantías que le han sido otorgadas, y para que su vida, libertad o integridad personal estén en no estaba en peligro, o para que el solicitante de asilo pudiera haber sido colocado en un lugar seguro de otra manera.

Por otra parte, es la extraterritorialidad, como signo jurídico de la soberanía de los Estados, la que no permite que otros sujetos de derecho internacional interfieran en el procedimiento de concesión de asilo a ciudadanos extranjeros. Así, el principio de inviolabilidad absoluta de los locales de las misiones diplomáticas, consagrado en el art. 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961<sup>33</sup>, hace imposible cualquier intrusión en ellos, incluso si se utilizan para el asilo no reconocido por el tratado

---

<sup>32</sup> En sus opiniones se incluyen recomendaciones detalladas de la ACNUR sobre la protección provisional de los refugiados: N 19 (XXXI) Temporary Refugee, 1989; N 56 (XL) Durable Solutions and Refugee Protection, 1989. Conclusions on the International Protection of Refugees adopted by the EXCOM of the UNHCR Programme. Geneva, UNHCR, 1990. P. 41-42, 130-131.

<sup>33</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Disponible en: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/dip\\_rel.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/dip_rel.shtml) (Date of access: 09.07.2022).

especificado. Es a los representantes extraterritoriales del país de asilo que la Convención de Caracas de 1954 asigna la preocupación por la seguridad personal de quien la ha recibido. Tendrán que negociar con el Estado que ejerce la jurisdicción territorial y con los países de tránsito por donde se trasladará a la persona. Las funciones limitadas del asilo diplomático se expresan en el art. 17 de la Convención de Caracas de 1954, que establece que el estado de asilo no está obligado a continuar su prestación en su propio territorio. Al mismo tiempo, el país de asilo debe velar por la implementación del principio de no devolución (non-Refoulement) en relación con la persona protegida.

Aquí se podrían enumerar una serie de principios relativos al asilo diplomático, claramente presentados por Miguel Antonio Vasco V. (1986: 48-49)<sup>34</sup>: 1. “El asilo sólo podrá concederse en misiones diplomáticas, buques de guerra y campamentos o aeronaves militares, perseguido por motivos políticos; 2. Cada Estado tiene derecho a conceder el asilo, pero no está obligado a hacerlo ni a exponer las razones por las que lo niega; 3. No es ilícito conceder asilo a las personas acusadas o procesadas por los tribunales ordinarios por delitos comunes, ya los desertores de las fuerzas armadas; 4. La calificación de la naturaleza del delito corresponde al Estado de asilo; 5. El asilo se concede en caso de emergencia y por el tiempo estrictamente necesario para que el solicitante de asilo sea colocado en un lugar seguro; 6. Se entiende por urgencia los casos en que una persona sea perseguida por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades, o por las propias autoridades, así como cuando corra peligro de ser privada del derecho a la vida o a la libertad; 7. El Estado de asilo debe evaluar si los motivos de la persona constituyen tal emergencia; 8. La concesión del asilo deberá ser comunicada a la mayor brevedad posible al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado de jurisdicción territorial; 9. El Estado de jurisdicción territorial podrá exigir la salida del país del solicitante de asilo, para lo cual se le proporcionará un salvoconducto y las garantías necesarias; 10. El asilo diplomático no está vinculado al principio de reciprocidad; 11. Los solicitantes de asilo no podrán realizar acciones contrarias a la paz pública ni interferir en la política interna del Estado que la otorgó; 12. El Estado receptor no está obligado a acoger a un solicitante de asilo en su territorio; pero no puede devolverlo a su país de origen, sino con el expreso consentimiento y deseo de tal persona; 13. Si debido a la ruptura de las relaciones diplomáticas entre los estados, el representante diplomático que ha otorgado asilo debe abandonar el estado, se va con los solicitantes de asilo. Si esto no fuere posible, el agente diplomático deberá entregarlos a la representación de un tercer Estado.”

Las relaciones jurídicas derivadas del contenido de la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954 pueden ser valoradas como un sistema de relaciones sobre el hecho mismo de otorgar asilo entre los Estados interesados (el país de asilo, el acreditante y el estado de tránsito), en el que los derechos del individuo mismo son secundarios. A nuestro juicio, esto es una manifestación de las peculiaridades de la concepción latinoamericana de los derechos humanos. El prof. Yu.A.Tikhomirov, al señalar la originalidad de la unificación de la ley regional en América Latina, escribe: "En el período de posguerra, se introdujo el papel de los "códigos de conducta", "estándares de regulación", "principios generales de regulación". a través de los aumentos de las convenciones. Las normas uniformes, que se basan en tratados internacionales, tienen prioridad en la jerarquía de las normas. Las convenciones interamericanas ratificadas por los estados miembros de la Organización de los Estados Americanos forman una sola ley"<sup>35</sup>. Para los países participantes en la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954, sus normas representan un cierto código de conducta para los Estados en esta materia. Todas las disposiciones unificadas mencionadas anteriormente se refieren específicamente a las acciones de los estados con respecto a la provisión de este tipo de asilo.

## 6. Conclusiones

En términos generales, tanto el asilo territorial y diplomático como las instituciones jurídicas se han desarrollado en la región latinoamericana con el objetivo común de brindar protección a una persona que no es nacional de los Estados participantes y que es objeto de persecución por motivos políticos. El Estado receptor está llamado esencialmente a garantizar la vida, la integridad física y psíquica, la libertad personal y la seguridad de la persona perseguida. Por tanto, en todo caso, se presume que el solicitante de asilo es un perseguido político, pero no un delincuente común.

Uno de los puntos principales de análisis se basa en el principio de regulación jurídica regional de la migración forzada y la falta de reciprocidad en el otorgamiento de asilo (artículo 20 de la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954). El asilo, como forma de manifestación de la soberanía estatal, no debe ser consecuente con la posición y opinión de otros países que pudieran estar interesados en renunciar a él. Este es

---

<sup>35</sup> Tikhomirov Yu.A. Mezhdunarodno-pravovye akty: priroda i sposoby vliyaniya.; Zhurnal rossiiskogo prava. 2002. № 1. P. 101-110.

un paso cierto en la garantía de los derechos humanos en comparación con el art. 1 de la Convención de Caracas sobre Asilo Territorial de 1954, que obliga a las partes a ejercer su derecho de asilo de tal manera que no dé lugar a denuncias de ningún otro Estado.

El otorgamiento de asilo diplomático en América Latina es un instrumento jurídico que garantiza la seguridad personal y la protección de las libertades fundamentales de las personas que huyen de la persecución como consecuencia de las sistemáticas crisis institucionales y políticas que se han hecho permanentes en los países de la región. El derecho de una persona al asilo diplomático se reconoce como controvertido, ya que entra en conflicto con la soberanía de los estados y los límites de su funcionamiento, además, se fundamenta en la provisión de protección por parte del estado de asilo de los derechos básicos de la individuo, en el territorio de otro estado que proporciona jurisdicción general. Por otro lado, también es necesario tener en cuenta los derechos adquiridos por el solicitante de asilo, lo cual está claramente establecido en la Convención de 1954 sobre Asilo Diplomático. Como argumenta Carlos Torres Higena<sup>36</sup>, desde la entrada en vigor de la Convención, en primer lugar podemos argumentar que luego de la concesión del asilo por parte del Estado, una persona adquiere una serie de derechos que no pueden ser vulnerados, entre los cuales, en primer lugar en definitiva, el otorgamiento de la personería jurídica se determina cuando se implica la protección del solicitante de asilo en relación con el país de donde llegó. En segundo lugar, es una prohibición de la expulsión o extradición de tales personas. También es necesario otorgarles el derecho a la residencia permanente o temporal ya la expedición de documentos de viaje o de identidad.

El derecho de asilo extraterritorial ha adquirido consolidación constitucional y legal en muchos estados latinoamericanos (Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Argentina), junto con un tratado internacional regional. Además, algunas constituciones contienen un reconocimiento general del derecho de asilo, los procedimientos para adquirirlo están establecidos en la legislación nacional correspondiente. Un examen de tres casos simbólicos de asilo, como los de Víctor Raúl Haya de la Torre (1949)<sup>37</sup>, Héctor Cámpora (1976)<sup>38</sup> y jueces venezolanos (2017)<sup>39</sup>, teniendo en cuenta el contexto político y el desenlace de cada situación. En estos casos, la decisión de los perseguidos políticos de solicitar asilo en los locales del cuerpo diplomático coincidió con la disposición de un tercer Estado a implementar la institución del asilo diplomático.

---

<sup>36</sup> Carlos Torres Higena (1960)

<sup>37</sup> Víctor Raúl Haya de la Torre (1949)

<sup>38</sup> Héctor Cámpora (1976)

<sup>39</sup> Jueces venezolanos (2017)

Obviamente, las normas que se desarrollaron en relación con el asilo diplomático tenían como objetivo no solo proteger los derechos y libertades de las personas perseguidas, sino también regular los derechos y obligaciones de los estados de asilo. La formación de tratados internacionales sobre este tema está conectada con el deseo de los estados de la región de seguir una política conjunta que esté a la altura de los tiempos. La experiencia que ha tenido lugar ha mostrado signos de solidaridad y cooperación de dichos estados hacia las personas que enfrentan la persecución a la que han sido sometidos en su propio estado. La aplicación de la jurisdicción extraterritorial de un estado extranjero les permitió sentirse seguros. La institución del asilo diplomático, al estar basada en la protección de los derechos humanos y haber sido reconocida como un derecho de la persona, sigue siendo una prerrogativa discrecional del estado de asilo en los procedimientos de concesión de asilo.

El uso de la institución del asilo diplomático en el territorio de Estados que no son parte de la Convención genera ciertos conflictos en la aplicación de las normas jurídicas internacionales universales y regionales. Obviamente, la regulación regional está destinada principalmente a las relaciones jurídicas de los estados miembros. Aquí también es posible utilizar el argumento que tiene lugar en relación con el otorgamiento de asilo político por parte de Ecuador a D. Assange<sup>40</sup> en su misión diplomática en el Reino Unido. Esta

---

<sup>40</sup> Estados Unidos busca a Assange por cargos de espionaje después de que WikiLeaks publicara miles de documentos clasificados que arrojan luz sobre los crímenes cometidos por las fuerzas estadounidenses en Irak y Afganistán. El 16 de agosto de 2012, Ecuador concedió oficialmente asilo político a Assange. El Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador anunció que había solicitado garantías del Reino Unido y Suecia de que Assange no sería más extraditado a los Estados Unidos en caso de extradición a Suecia, pero no recibió tales garantías; tampoco logró obtener de Estados Unidos la divulgación de información clasificada en el caso Assange.

Inicialmente, se informó que la policía tenía la intención de asaltar la embajada para arrestar a Assange, pero más tarde el secretario de Relaciones Exteriores británico, William Hague, dijo que no habría asalto a la embajada. Las autoridades británicas también discutieron la posibilidad de quitarle el estatus diplomático a la embajada, refiriéndose a la ley "On Diplomatic Premises", según la cual esto es posible si el territorio de la embajada no se utiliza para fines diplomáticos, sino para albergar a un criminal.

Assange vivió en el edificio de la embajada durante los siguientes siete años, hasta abril de 2019. El 22 de enero de 2016, el Grupo de Trabajo de Integridad Personal de la ONU envió un documento a los gobiernos del Reino Unido y Suecia, solicitando una evaluación de la situación para garantizar la seguridad e integridad de Assange, para garantizar el derecho a la libertad de movimiento y a que se respeten sus derechos de conformidad con los estándares internacionales que rigen el procedimiento de privación de libertad, así como al pago de una indemnización. El 5 de febrero de 2016, el gobierno sueco manifestó que no estaba de acuerdo con la decisión del grupo de trabajo, y que Assange había decidido voluntariamente quedarse en la embajada ecuatoriana y tenía la oportunidad de dejarla en cualquier momento.

En marzo de 2018, la embajada ecuatoriana en Londres privó a Assange del acceso a Internet y del derecho a recibir visitas, explicando esto como "una violación de acuerdos anteriores por parte de Assange", según la cual Assange no debe interferir en los asuntos de otros estados a través de sus mensajes. La decisión se tomó después de la publicación de Assange sobre el caso Skripal. Assange escribió en su página de Twitter que la expulsión de diplomáticos rusos por parte de los aliados del Reino Unido a sugerencia de la primera ministra Theresa May en relación con el envenenamiento de Skripal es un ejemplo de "mala diplomacia". En diciembre de 2018, el presidente ecuatoriano, Lenin Moreno, recibió garantías por escrito del Reino Unido de que Assange no sería extraditado a Estados Unidos después de su arresto.

En diciembre de 2021, el Tribunal Superior de Londres falló a favor de la apelación de Estados Unidos contra la extradición de Assange. Se anuló una decisión anterior de que un periodista australiano no podía

decisión se basó en un conjunto de normas contenidas en la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático y normas constitucionales y legales nacionales que expresan la voluntad soberana del Estado receptor, el principio de inviolabilidad de los locales de dicha misión y estándares universales para la protección de derechos humanos.

La teoría del asilo diplomático utilizada por los países de América Latina y el Caribe sugiere un mecanismo extraterritorial temporal para la protección de las personas y la aplicación de la regla sobre la ausencia de un régimen de reciprocidad al respecto en las relaciones entre Estados. Esto se debe a la movilidad de la situación migratoria dentro de esta subregión. Los derechos de los solicitantes de asilo se definen aquí a través del establecimiento de ciertas relaciones interestatales en cuanto a su otorgamiento; se da prioridad a la soberanía del estado receptor. La formación de enfoques jurídicos internacionales especiales a nivel regional se convierte en una contribución significativa al concepto jurídico universal de la institución del asilo.

---

ser extraditado a los EE. UU. debido a problemas de salud y las condiciones inhumanas que enfrentaría en el sistema penitenciario de los EE. UU. En marzo de 2022, el tribunal supremo del Reino Unido se negó a conceder a Assange permiso para apelar la decisión del Tribunal Superior de Londres de extraditarlo a Estados Unidos. Al mismo tiempo, se argumentó que en el caso “no hubo ninguna cláusula controvertida de la ley”.

---

## **Cambio climático: Holanda, pionera mundial en la protección ambiental**

---

Eduardo Raimundo Hooft

### **1. Resumen**

El Reino de los Países Bajos, se ha erigido en la pionera en la lucha para prevenir los efectos devastadores que está provocando el cambio climático, causado principalmente por la emisión de los gases contaminantes, cuya estrella es el CO<sub>2</sub>.

Dos sentencias dictadas por los Tribunales neerlandeses, constituyen un hito en la historia del derecho ambiental, con proyecciones internacionales en el futuro inmediato.

### **2. Palabras Clave**

Cambio climático, derecho ambiental, reducción de emisiones,  
Tribunal Supremo de Países Bajos

### **3. Abstract**

The Kingdom of the Netherlands has become a pioneer in the fight to prevent the devastating effects caused by climate change, caused mainly by the emission of polluting gases, whose star is CO<sub>2</sub>.

Two sentences handed down by the Dutch Courts constitute a milestone in the history of environmental law, with international projections in the immediate future.

### **4. Key Words**

Climate change, environmental law, emissions reduction,  
Supreme Court of the Netherlands

## **Primero. La sentencia contra el Gobierno Tribunal Supremo de Países Bajos - “Fundación Urgenda”**

En el 2019, el máximo tribunal de justicia de Holanda, confirmó las dos sentencias anteriores que ordenaban al Gobierno a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero -causantes del calentamiento global-, al menos, un 25% para finales de 2020 respecto a los niveles de 1990.

La Fundación Urgenda es una organización ecologista que, al amparo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma, 1950, en 2013 inició un juicio contra el Estado neerlandés. En tres instancias judiciales, triunfó Urgenda (2015, Primera Instancia; 2018, Segunda Instancia y 2019, Tribunal Supremo).

Seguramente ha pesado en la decisión, el Informe de 2018 del Panel de Expertos de Cambio Climático que asesora a la ONU, que denunciara un calentamiento global de 1,5° C y urgiera reducir los gases de efecto invernadero para lograr limitar al máximo la temperatura, y con ella, sus efectos más devastadores.

El Gobierno de Países Bajos se defendió durante el juicio, argumentando que los tribunales debían respetar la separación de poderes, ya que la protección del medio ambiente es competencia exclusiva del Parlamento.

La justicia fue clara: los representantes políticos *“tienen la obligación de proteger a la ciudadanía contra actividades industriales dañinas, y si no actúa, la actual generación verá peligrar su vida y su vida familiar”*.

La sentencia produjo un efecto inmediato: el Gobierno neerlandés presentó un Pacto Nacional del Clima, para reducir en un 49% las emisiones de gases de efecto invernadero para 2030, y en un 95% para mediados de siglo y en 2021, aprobó una ley que prohíbe el uso de carbón en la producción de electricidad, en la que se detalla que las plantas de carbón construidas en la década de 1990 deben dejar de quemar carbón para el año 2025, mientras que las plantas más nuevas deben dejar de hacerlo para el año 2030.

Se trata del primer caso de litigio climático en un país de la Unión Europea y sienta un precedente para que en los restantes países de la UE se presenten demandas similares contra los gobiernos, reclamando se adopten medidas para prevenir una catástrofe climática.



## Segundo. La sentencia contra una empresa - SHELL

Un tribunal de La Haya, Países Bajos (Holanda), atendió una demanda interpuesta en 2019 por Amigos de la Tierra Países Bajos (Milieudefensie) junto a otras seis organizaciones, entre ellas Greenpeace y ActionAid y con el apoyo de más de 17.000 ciudadanos neerlandeses.

Se acusó a Shell de no hacer lo suficiente para alinearse con el Acuerdo de París de lucha contra el cambio climático y denunció la "destrucción del clima" por parte de la compañía, una de las mayores petroleras del mundo. No se reclamaba dinero, sino un cambio en la política de Shell.

La sentencia obliga a la multinacional anglo-holandesa a recortar sus emisiones aceptando el marco impuesto por el Acuerdo de París: deberá reducir un 45% sus emisiones de CO<sub>2</sub> (dióxido de carbono) en los próximos diez años respecto a 2019.

Es la primera vez que un tribunal obliga a una multinacional a asumir su responsabilidad en la crisis climática y a reducir sus emisiones. La Shell, emite nueve veces más CO<sub>2</sub> que todo Países Bajos junto y se encuentra entre las diez empresas más contaminantes del mundo.

El fallo, no obstante, le deja a SHELL una puerta abierta para atenuar sus obligaciones: que compense sus daños con proyectos que ayuden a la absorción de CO<sub>2</sub>, descontando de las *emisiones* las *capturas* de carbono realizadas por planes financiados por la misma empresa.

La sentencia deja en claro que no rige más el principio de "legalidad nacional", porque aunque la legislación del país donde se emite, guarde silencio y los gobiernos hagan poco o nada, igualmente las compañías tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y deben cumplir con la política global del clima.

Además, la justicia tuvo en cuenta el total de emisiones de la Shell, no solamente las generadas en el territorio neerlandés, confirmando que se trata de un problema global o mundial, y que requiere de un examen y solución del mismo tipo.

Shell pretendía eximirse de responsabilidad, al amparo del argumento de que no era parte del Acuerdo de París (firmado por Estados y por organizaciones económicas regionales). La sentencia rechazó esta excusa, sentando la premisa de que ciertos principios y normas rigen y obligan a todos sin excepción, sean o no partes de la convención. Nos recuerda los casos "Barcelona Traction" 1970 ( Bélgica c España) y " Namibia" 1971 ( Opinión Consultiva por el Apartheid en Sudáfrica, en los cuales la CIJ

dijo que ciertos derechos humanos son preexistentes e inderogables, y que obligan a todos los Estados del mundo, aunque no sean partes del tratado que los contiene ( sobre el genocidio, la esclavitud, la discriminación racial).

Nótese que se ha trasladado a los particulares (Shell, en este caso), el respeto del cuidado ambiental, fuente de obligaciones exigibles por cualquier ciudadano del mundo.

### **Tercero. Fundamentos de la sentencia que condena a SHELL: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Acuerdo de París sobre Cambio Climático.**

La sentencia de la jueza Larisa Alwin del Tribunal de La Haya, tiene dos sustentos jurídicos básicos: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Acuerdo de París sobre Cambio Climático:

#### **a) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 1950.**

Las dos normas más importantes citadas por el Tribunal de La Haya, son el Derecho a la vida y el respeto a la vida privada y familiar.

Derecho a la vida.

El CEDH 1950 no prohíbe la pena capital, pero la privación de la vida solamente es admitida en los casos de defensa de una persona contra una agresión ilegítima; para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente o para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección ( art. 2 CEDH).

Respeto a la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Si la injerencia en la vida privada y familiar está vedada a la autoridad pública, con mayor razón lo estará para los particulares (caso Shell).

#### **b) Acuerdo de París sobre Cambio Climático.**

El 12 diciembre de 2015, en la COP21 de París, las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, aprobada en la Cumbre de la Tierra, Río/Nueva York 1992, alcanzaron un acuerdo histórico para combatir el cambio climático y acelerar e intensificar las acciones e inversiones necesarias para un futuro sostenible con bajas emisiones de carbono.

El Acuerdo de París entró en vigor el 4 de noviembre de 2016, después de que se cumpliera el llamado “doble criterio” (ratificación por 55 países que representan al menos el 55 % de las emisiones mundiales). A la fecha el Acuerdo rige para 189 países que lo aprobaron, sobre un total de 195 que lo firmaron. También pueden ser Parte, las organizaciones económicas regionales (la Unión Europea lo es).

La UE hizo una “declaración” al ratificar el Acuerdo, señalando que asumía las obligaciones contenidas en el Acuerdo, para lograr los objetivos tendientes a preservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente, la protección de la salud, la prudente y racional utilización de los recursos naturales, para tratar a nivel internacional los problemas medioambientales de carácter regional o mundial, y en particular para combatir el cambio climático.

Los Estados Unidos tuvieron una conducta fluctuante. En un primer momento, aceptaron el Acuerdo, luego anunciaron que se retiraban del mismo ( Presidencia de Trump, en 2017), terminando con su adhesión definitiva en 2021 ( Presidencia de J. Biden).

El “Decálogo” del Acuerdo de París es el siguiente:

**1. Temperatura:** limitar el aumento de la temperatura mundial por debajo de los 2 ° C, hasta llegar a 1,5 grados (comparado con la temperatura mundial existente en la era pre industrial, circa 1750).

**2. Punto máximo de emisión y neutralidad climática:** un tope para las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) para lograr un equilibrio entre las emisiones antropógenas (por la acción del hombre) y la absorción por los sumideros de GEI en la segunda mitad del siglo.

**3. Mitigación:** las Partes se comprometen a cooperar, mediante las NDC (nationally determined contributions/contribuciones determinadas a nivel nacional por cada país), que se comunicarán cada 5 años. Serán aportes progresivos en más. Argentina en su informe NDC de 2015, anunció una mitigación incondicional consistente en reducir un 15% las emisiones del país de 2020 a 2030.

**4. Sumideros y depósitos:** Conservar y mejorar, los sumideros y depósitos de GEI, incluyendo la biomasa, los bosques y los océanos, y otros ecosistemas terrestres, costeros y marinos.

**5. Participación voluntaria:** Cooperación entre las Partes con “mayor ambición ambiental” y adopción de los principios de la integridad ambiental, la transparencia y una contabilidad sólida- para cualquier cooperación que implique la transferencia internacional de los resultados de la mitigación.

**6. Adaptación:** Con el fortalecimiento de la resiliencia ( la capacidad de un ecosistema para responder frente a las agresiones, evitando el daño y reponerse rápidamente) y la reducción de la vulnerabilidad al cambio climático.

**7. Daños:** Evitar, reducir al mínimo y hacer frente a los daños relacionados con el cambio climático. El desarrollo sostenible ayuda a reducir las pérdidas y daños. Remite al Mecanismo Internacional de Varsovia para tratar con los efectos adversos del cambio climático (aprobado por la COP/19, 2013).

**8. Recursos financieros y tecnológicos:** Los países desarrollados deben apoyar a los países en desarrollo para construir un futuro limpio y resistente al clima, con apoyo tecnológico y financiero. Se debe lograr un equilibrio entre la adaptación y la mitigación. El Acuerdo de París remite al Mecanismo Financiero del CMNUCC, con su Fondo Verde del Clima (GCF). Enfatiza en la educación, la formación, la sensibilización y participación del público y el acceso público a la información sobre el cambio climático.

**9. Transparencia:** transparencia y contabilidad, información sobre mitigación, adaptación y apoyo. La información presentada por cada Parte se someterá a un examen internacional de expertos técnicos.

El cumplimiento y control se hará de manera no contenciosa y no punitiva.

**10. Balance mundial:** Balances de lo hecho cada 5 años, el primero en 2023, para evaluar el progreso colectivo.

#### **Cuarto. La resolución de los conflictos medioambientales**

Para resolver los conflictos por daños o agresiones al medio ambiente, el Convenio Marco de la ONU sobre Cambio Climático ( Río, 1992), prevé que el asunto sea dirimido por la Corte Internacional de Justicia o que sea resuelto por medio de árbitros.

Países Bajos dio el ejemplo otra vez. Al ratificar el Acuerdo de París, declaró que aceptaba la intervención obligatoria de la CIJ o el Arbitraje, ya sea para actuar como actor o como demandado.

La CIJ ha intervenido en varios casos en que se discutía sobre el medio ambiente, el uso de aguas internacionales y la contaminación. Cito el caso de los “Ensayos Nucleares” franceses en el Pacífico ( Australia y N. Zelanda c. Francia, 1973/1978), de la represa sobre el río Danubio “ Gacykobo c. Nagymaros” ( R. Checa c. Eslovaquia, aún en curso), de la Amenaza o Empleo de Armas Nucleares, Opinión Consultiva emitida por la CIJ a pedido del Consejo de Seguridad y de la OMS, 1993, de las Papeleras sobre el Río Uruguay/Gualeguaychú ( Argentina c. Uruguay), o del Río Silala ( Chile c. Bolivia, en trámite, 2021).

Como la CIJ fue creada en 1945, al nacer la ONU, los problemas ambientales no habían trascendido aún, y ello obliga al Tribunal a realizar esfuerzos de adaptación a esta nueva realidad. Se creó una Sala Especial para las demandas ambientales dentro de la misma Corte, compuesta de un número reducido de jueces, pero aún no fue convocada en ningún caso, prefiriendo los Estados la actuación en pleno del Tribunal integrado por 15 jueces.

Como ante la CIJ solamente pueden litigar los Estados, excluyendo a los particulares y a otras entidades como las organizaciones económicas regionales, a estos solamente les queda elegir el arbitraje o bien optar por una acción judicial estatal.

En el ámbito de la UE, el tema de la competencia está previsto en el Reglamento de la CE 1215/2012 que permite a la víctima accionar contra el responsable, ya sea ante los jueces del Estado donde se produjo o se pudo producir el daño o ante los tribunales del Estado donde el demandado tiene su domicilio ( TJCE, “Minas de Potasio de Alsacia” en Francia, que contaminaron las aguas del Rin en Holanda dañando la agricultura-1976-; Opinión Consultiva requerida por Países Bajos al TJCE, “Zuid Chemie/ Philippo's, 2009).

Tanto el “ delito a distancia” ( acción en un Estado y daños en otro Estado) como los “daños plurilocalizados” ( daños en varios Estados), constituyen un fenómeno común en los problemas ambientales, en los cuales pueden coexistir varios Estados y/o particulares como causantes de los daños y varios Estados y/o particulares como víctimas, planteando serios problemas de jurisdicción y de la ley aplicable, pudiendo darse el caso de litigios simultáneos en distintos países, con jueces que aplican leyes distintas y sistemas de responsabilidad diferentes.

Un caso emblemático fue el de la fábrica de pesticidas Union Carbide in Bhopal, India (1984) que liberó 30 tons. de gases altamente tóxicos sobre las precarias viviendas

aledañas. La nube de gas venenoso mató a 15.000 personas y causó graves daños en la vista y en la garanta de otros miles, y deformaciones en los niños engendrados por padres afectados. Hubo demandas en la India y en los EE UU, reinando una gran disparidad de criterio en cuanto a los montos de las indemnizaciones ( bajas condenas en la India y cuantiosas en los tribunales norteamericanos). Aún permanecen enterradas miles de toneladas de material tóxico en Bophal, contaminando el suelo y las aguas.

El panorama judicial es complejo. Si la demanda es de un Estado contra otro Estado, solamente puede actuar la CIJ (salvo que ellos opten por el arbitraje). Si la demanda la inicia un particular, puede litigarse ante tribunales nacionales (caso este de la Shell), pero también podría actuar el Tribunal de Estrasburgo o Tribunal Europeo de Derechos Humanos y eventualmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien velará por la primacía del derecho comunitario y el respeto de los derechos reconocidos a los particulares en el Convenio de Roma de 1950, incluidas sus Opiniones Prejudiciales.

Si el caso se planteara ante los tribunales de un Estado americano, los ciudadanos podrían llegar hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, previo agotamiento de las instancias nacionales y previo dictamen favorable de la Comisión de la Corte. Para Argentina, luego de una sentencia contraria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

### **Conclusiones. Pronóstico**

El pronóstico demuestra que se multiplicarán las demandas fundadas en el derecho humano esencial a vivir en un mundo saludable y limpio, amenazado por el cambio climático, causado por los grandes contaminantes y emisores de los gases de efecto invernadero ( CO<sub>2</sub>, metano, CFC,etc.), ante los tribunales estatales nacionales. A la fecha, son más de 18.000 los juicios en trámite, contra Estados y contra empresas. Las primeras sentencias favorables, vieron la luz en Países Bajos y en Alemania, en los cuales existe una clara conciencia ambiental a nivel ciudadano, obligando a sus gobiernos y a las empresas a actuar prontamente, antes que sea demasiado tarde.

Es gratificante advertir que la Justicia de Países Bajos funciona con absoluta independencia respecto de los otros poderes del Estado, aun cuando la demandada sea una empresa de enorme poderío económico, como la Anglo Dutch Co., cuyo capital pertenece a las casas reinantes en ambos países (Países Bajos y el Reino Unido) y que contribuye con cuantiosas sumas de dinero para el funcionamiento del Estado neerlandés.

Es de esperar que la sentencia de la jueza Larisa Alwyn de La Haya sea confirmada en las instancias de apelación. El caso es similar al ya fallado por el Tribunal Supremo, diferenciándose solamente en que en lugar de ser un Estado el demandado (Países Bajos), lo es un particular (Shell).

Es que se ha tendido un puente entre el derecho internacional público y el derecho privado, incluyendo el derecho internacional privado, lo cual no debe llamar ya la atención, si se examina la jurisprudencia de la CIJ recaída en los casos “ Ensayos Nucleares en el Pacífico”, “Avena”, “LaGrand”, “Burkina Faso”, y en sus Opiniones Consultivas emitidas en los casos de “La Legalidad de la Amenaza y Uso de las Armas Nucleares” y sobre todo en el asunto de la ilegalidad de la Construcción de un Muro en la Palestina Ocupada, por parte de Israel, en los cuales la CIJ no tuvo reparos en invocar en apoyo de sus decisiones, la Convención de la ONU de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de la ONU sobre Relaciones Consulares y la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, convenciones en las cuales los sujetos protegidos son personas humanas individuales y no Estados.

---

# **La invención de los derechos fundamentales occidentales como paradigma de un derecho universal y derecho internacional a la luz de la raza**

Ruy Dos Santos Sequeira

## **1. Resumen**

El presente estudio es una exposición que busca relacionar la teoría crítica de la raza a partir de las inquietudes sobre los desafíos de la eficacia normativo-jurídica y ética para ser enfrentados con el advenimiento del idealismo iluminista propugnado por la institución de los derechos fundamentales y derechos humanos, puestos e impuestos por la civilización colonialista euro occidental, a los países no europeos del continente americano. Se propone reflexionar y profundizar sobre las paradojas etnológicas y sus incongruentes intentos de formular el proyecto de universalismo eurocéntrico, fundado en el principio de supremacía racial investido en el sujeto alóctono europeo, como referente y conductor del proceso de control social, institucional y racional, y de promoción y consolidación de los derechos fundamentales y derechos humanos, principalmente, en el ámbito del derecho público internacional.



## **2. Palabras clave**

Raza, Racismo, Inmigración, Alóctono, Supremacía, Colonialismo euro occidental.

## **3. Abstract**



The present study is an exhibition that seeks to relate the critical theory of race based on concerns about the challenges of normative-legal and ethical efficacy to be faced with the advent of enlightenment idealism advocated by the institution of fundamental rights and rights. human rights, placed and imposed by the Western Euro colonialist civilization, to the non-European countries of the American continent. It is proposed to reflect and deepen the ethnological paradoxes and their incongruous attempts to formulate the project of Eurocentric universalism, founded on the principle of racial supremacy invested in the allochthonous European subject, as a referent and driver of the process of social, institutional and rational control, and promotion and consolidation of fundamental rights and human rights, mainly in the field of international public law.

#### **4. Key words**

Race, Racism, Immigration, Allochthonous, Supremacy, Western Euro colonialism.

#### **5. Introducción**

Este trabajo pretende reflexionar sobre los retos epistemológicos y antropológicos relativos a los orígenes y raíces de los derechos fundamentales, dentro de la tradición etnocéntrica occidental, y sus incongruencias éticas relacionadas con su aplicabilidad en el marco de la creencia en el mito de la universalidad como elemento fundador y creador del derecho internacional público. A los efectos didácticos, será de gran valor informar entre los siglos XVI y XIX, etapas históricas en el devenir de Europa y Estados Unidos, para delimitar y sistematizar el origen conceptual e histórico de los derechos fundamentales en la tradición eurocéntrica.

En la primera parte, se expondrá una breve referencia histórica del proceso de invención y fundamentación de los derechos fundamentales, como fenómeno jurídico e ideológico en la producción simbólica de la ideología eurocéntrica, idealizada por la concepción de la creencia de un derecho natural; un derecho epistemológicamente reduccionista, que se presentaba con un idealismo universal influenciado por el pensamiento griego y, en particular, por Tomás de Aquino y la Ilustración.

En la segunda parte, de manera indispensable, se recurrirá a la metodología afro-jurídica estadounidense, denominada Teoría Crítica de la Raza (TCR) para desnudar la idea de

una metafísica etnocéntrica racional engendrada en los ideales del liberalismo y la ideología de los derechos fundamentales, que insiste en presentarse como un fenómeno en sí mismo y trascendental.

Por último, el documento se propone demostrar que el derecho, en particular los derechos fundamentales, tal como se establecieron e impusieron durante el proceso de colonización y de transposición del aparato institucional y religioso del mundo europeo, en el curso de la diáspora colonialista, se revela esencialmente excluyente del punto de vista de la etnicidad, la alteridad y la pluriversidad humana.

## **6. La invención de derechos fundamentales como producción simbólica de legitimación y expansión del universalismo occidental – etnocentrismo eurolátrico**

### **6.1 Aspecto conceptual y epistemológico**

Es un hecho que el estudio del derecho en los países colonizados del Nuevo Mundo aún continúa hegemonícamente regido por arquetipos epistemológicos de la tradición europea, reproduciendo, de manera casi inmutable, una ciencia jurídica asumida de un etnocentrismo eurolátrico<sup>41</sup>.

No obstante, el derecho eurocéntrico sigue anclado en la creencia de una razón empírica, que culminará en la sistematización de un universalismo jurídico rectilíneo, predeterminista y uniforme. Ligado a un rito jurídico y tutelado en favor de un ideal humano a imagen y semejanza del ser euro-etnocéntrico y mesiánico, el derecho se ha convertido en un lugar institucional erigido en torno al “ser europeo”, naturalizado por la expansión y la colonización europeas, sesgado en sí mismo y jurídicamente internacionalizado. Un ser etnocéntrico que lleva consigo, en la travesía del Atlántico Sur, la tarea de ser el titular del monopolio del ser humano supremacista, predestinado al estatus de autorreferencia y referencia civilizatoria, barnizado por el criterio epidérmico, capaz de traducir y reproducir los ideales políticos, religiosos, filosóficos y jurídicos en la estructura por el sistema-mundo colonialista.

Al amparo de una reflexión prospectiva sobre la sucinta historia de la

---

<sup>41</sup> Eurolatría: proceso de deificación de Europa como ideal de lugar de autorreferencia y referencia civilizadora en relación con el “otro” y “pueblos no europeos”.

occidentalización de los derechos fundamentales, es esencial centrarse en sus aspectos conceptuales y exegeticos. Entre varias líneas conceptuales, el jurista italiano Luigi Ferrajoli nos ofrece una definición factible que juzgamos más didáctica. Así dice: *Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de “derechos fundamentales”: son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica: y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. (Ferrajoli, 19)*

Ferrajoli subraya que el concepto, ahora delimitado, presupone que el proceso de materialización e internacionalización de los derechos fundamentales tiene lugar positivamente a través de las leyes, teniendo la Constitución como causa motora<sup>42</sup>(Tomás de Aquino). Esta es la razón por la que la existencia de un ordenamiento jurídico estatal se hace imprescindible como conductor de la fuerza normativa estatal de los derechos fundamentales y como base de las propuestas de construcción y consolidación de todas las ramas del derecho nacional y del derecho público internacional de tradición moderna eurooccidental.

Además, subraya, de hecho, que los derechos fundamentales se traducen en la idea de que los derechos subjetivos están circundados por la concepción liberal de justicia, libertad, igualdad ante la ley y la propiedad privada, presupuestos dogmáticos del liberalismo social y económico. Paradójicamente, equidistante de la hipótesis de incorporar al derecho liberal eurocéntrico, en la misma regla, los principios de reparación y diversidad humana.

Ferrajoli afirma que el garantismo de esta igualdad y libertad se despliega en dos grandes divisiones: el derecho de la personalidad y el derecho de ciudadanía, que “corresponden, respectivamente, a todos o solo a los ciudadanos y la existente entre derechos primarios (o sustanciales) y derechos secundarios (instrumentales o de autonomía), que corresponden, respectivamente, a todos o solo a las personas con capacidad de obrar” (Ferrajoli, 22). No obstante, el autor nos señala cuatro clases de

---

<sup>42</sup> Causa motora de Tomás de Aquino: dentro de las Cinco Vías, el filósofo refiere el principio del motor inamovible como la primera. La idea de un ser que no se mueve en sí mismo; sin embargo, admite el movimiento solo en el otro o por otro móvil.

derechos como requisitos imperativos en la constitución y materialización conceptual de los derechos fundamentales: derechos humanos, derechos públicos, derechos civiles y derechos políticos.

Según Mbembe: *El liberalismo europeo se forja paralelamente a la expansión del imperio. Es en torno a esta expansión que el pensamiento político liberal en Europa se enfrenta a cuestiones como el universalismo, los derechos de la persona, la libertad de intercambio, la relación entre medios y fines, la comunidad nacional y la capacidad política, la justicia internacional, e incluso la naturaleza de las relaciones de Europa con el mundo extraeuropeo, la relación entre el gobierno despótico fuera de sus fronteras y el gobierno representativo responsable dentro del país. (102)*

Desde esta perspectiva, la mirada crítica, pero esperanzadora de Mbembe nos remite a la historia del surgimiento de movimientos de derechos fundamentales, civiles y sociales moderados por el etnocentrismo europeo, que se constituyó en el apogeo del proceso de colonialismo y esclavitud entre los siglos XVI y XVIII. En el marco de la sublevación contra el clero y la nobleza, el ser europeo etnocéntrico fue capaz de quebrar la fuerza despótica del poder, también el que impidió que los africanos esclavizados y liberados en las colonias no vieran extendidos sus derechos a ser individuos, ciudadanos y sujetos del nuevo derecho que emergía del mesianismo liberal, por el contrario, solo extensivos a los colonos inmigrantes europeos que habitaban estos territorios en calidad de nuevo sujeto humano nativo.

El comportamiento de los colonos inmigrantes europeos al impedir los ideales humanos y jurídicos de los derechos fundamentales y humanos a los esclavizados y liberados es una prueba, incontestable, de que el ser europeo del Primer Mundo periférico sigue la misma lógica de negar el protagonismo y el espacio de la palabra a los subalternados y racializados. En esta perspectiva de la dominación del pequeño colonizador, bien lo tipifica Albert Memmi, al decir: “si el pequeño colonizador defiende el sistema con tanto empeño, es porque es más o menos su beneficiario”.

Se concluye, pues, que para discutir los aspectos conceptuales y hermenéuticos de los derechos fundamentales es conveniente hacer una digresión en torno de los aspectos relacionados con la clásica concepción metafísica del derecho natural, de donde surge el espíritu y el dogma de la creencia en la universalización y en la institución del derecho público internacional, como validez normativa para todos los pueblos. Se trata de un dogma occidental que insiste en tener dimensión de inmutable, atemporal, inviolable y transnacional.

## **6.2 Antecedentes históricos de la concepción del derecho natural y el principio de la naturaleza humana como fuentes de los derechos fundamentales**

Cabe señalar que la descripción histórica de las etapas filosóficas y jurídicas que culminaron en la configuración conceptual de los derechos fundamentales fue trazada por la dogmática del derecho occidental. Así, se enumeran solo algunos teóricos de la doxa jurídica para tipificar que cada etapa de la historiografía está marcada por la exclusividad eurocéntrica, en la esfinge del “ser europeo” internacionalizado e interiorizado por la inmigración europea, recibida principalmente en el período posindependencia de los países colonizados de las Américas.

Desde una perspectiva cronológica occidental, es bien sabido que la construcción y evolución histórica y conceptual de los derechos fundamentales tuvo su punto de consolidación, como iusnaturalismo, entre mediados de los siglos XVII y XVIII.

Sin embargo, es fundamental remontarse a la Grecia del siglo XV a.C. Aristóteles ha sido una de las referencias teóricas en el campo de la política y el derecho. Considerado precursor de la idea de que existían leyes universales que regían la existencia humana desde un punto de vista moral y político. Remitiéndose a la mística griega, Aristóteles invoca a Antígona para equiparar el dilema y la praxis del derecho entre la ley convencional y la ley natural.

Se supone que, ante la duda en términos de elección entre un derecho, por un lado, de orden divino, consciente de su influencia en el derecho consuetudinario o de usos y costumbres y, por otro lado, un derecho que toma contornos institucionales y burocráticos a través de leyes establecidas por los gobernantes o el Estado, contemporáneamente llamado de derecho positivo, se desprende en la concepción aristotélica que, en caso de conflicto entre la ley convencional y la ley natural, siempre es aconsejable recurrir a la ley de la naturaleza, por ser más justa. Al fin y al cabo, dice: “Y, sin embargo, hay una justicia cuya fuente es la naturaleza y otra cuya fuente no es la naturaleza” (Aristóteles, 30).

Dando un salto histórico, concretamente en la época romana, es inevitable mencionar el logro del orador Marco Tulio Cicerón (107 a. C.-43 a. C.). Afirmaba que la naturaleza es el manantial de preceptos a los que el individuo puede acceder mediante el uso de la razón. Cicerón presenta el derecho romano como una expresión casi perfecta de la teoría estoica que se afirma en la concepción de que la razón universal es

una fuerza sustentadora de la armonía de todos los cuerpos de la naturaleza. En Cicerón encontramos la idea de un iusnaturalismo estoico, de una razón jurídica suprema.

En la época medieval, hay una construcción conceptual teológica de una naturaleza humana barnizada por el mito axiológico del pecado original, de un ser humano dotado de instinto y naturaleza depredadora. San Agustín afirmó que el hombre nace con el pecado original.

Ante este déficit moral, pecaminoso y autofágico, Tomás de Aquino (1225-1274) argumentó que cuando la religión pierde su eficacia persuasiva, el derecho se convierte en un elemento esencial en el control y en el proceso de coerción social. Aquino señala también que, por ser fruto de la razón natural humana, el derecho se reviste de elementos teleológicos de la ética cristiana. Además, enfatizaba que la ley natural, en lo que respecta a los principios generales, es la misma para todos, asumiendo así un estado de inmutabilidad y atemporalidad.

En el período de transición europea, a partir del siglo XVI, se observan las primeras huellas de una sociedad en la búsqueda institucional del derecho a la libertad y a la igualdad, principalmente con la contribución de la Reforma protestante. Al luchar por el fin del institucionalismo eclesiástico y el intervencionismo autoritario papal en las instituciones seculares, la Reforma protestante es una especie de acto prejurídico de búsqueda de la emancipación del ser humano europeo de las huestes del poder eclesiástico, de los reyes y de los soberanos.

En el aliento inicial de la Modernidad, una de las figuras más representativas de la escuela del derecho natural fue Hugo Grocio en el siglo XVI. En un argumento teleológico, se mostró de acuerdo con la idea de que el derecho natural puede atribuirse a Dios. En los siglos XVII y XVIII, la ciencia del derecho es dominada por la Escuela del Derecho Natural. En su obra clásica *Del derecho de la guerra y de la paz*, Grocio no se priva de revelar su concepto del derecho, revestido de un derecho apriorístico y metafísico:

*El derecho natural es tan inmutable que no puede ser cambiado ni siquiera por Dios [...]. Así, Dios no puede hacer que dos por dos no sean cuatro; y tampoco puede hacer que lo que es intrínsecamente malo no sea malo. Pues así como la esencia de las cosas, cuando existen, y por razón de lo que existen, no depende de ninguna otra cosa, tampoco dependen de ella las propiedades que se derivan de esa esencia; y tal propiedad es la bajeza de ciertas acciones, cuando se comparan con la naturaleza de los seres racionales [...]. (Grocio, 80, in Morris, Clarence (Org.)*

derechos humanos como doxa jurídica en los ideales del mito de la occidentalización del mundo.

Estos documentos forman parte del canon occidental. Dotados de una complejidad eurocéntrica, se consideran documentos que guían la creencia universalista que se han transformado en una especie de etnocentrismo jurídico que penetran sus colonias, eliminando cualquier posibilidad de acoplamiento de las experiencias jurídicas locales y afrodiaspóricas que permanecen en el nuevo mundo, en particular, en América Latina. Homi K. Bhabha, en tono incisivo, advierte:

*Ninguna cultura es unitaria en sí misma, ni simplemente dualista en la relación del Yo con el Otro, no se debe a ninguna panacea humanista que, por encima de las culturas individuales, todos pertenezcamos a la cultura de la humanidad [...].*

Sin duda, los artefactos conceptualmente jurídicos acoplados en el concepto de derechos fundamentales eurocéntricos se han revelado vaciados de cualquier interfaz dialógica y praxis de alteridad con otras culturalidades racialmente definidas por un sistema de casta institucional y normativa, donde la norma jurídica occidental ha sido un instrumento de opresión y exclusión del estatus de condición humana de las categorías subalternizadas.

## **7. Teoría crítica racial en el proceso de desmitificación del mito de la neutralidad histórica en la construcción del derecho moderno occidental**

La idea de universalización del utópico proyecto del Estado democrático de derecho, deseado por la tradición jurídica occidental, se ha convertido en un frenesí mitológico en la era moderna. En la estela de la crítica fenomenológica<sup>43</sup>, la creencia en un derecho neutro que atraviesa los matices históricos de manera irreprochable e impermeable es una marca indeleble en la formación del curso de derecho moderno, sustentando especialmente el colonialismo jurídico de la cátedra de Derecho en América Latina.

Este modelo pétreo insiste en ocultar la doble cara deontológica de los estudios del derecho en cuanto a su proceso de legitimación de la esclavitud en el Nuevo Mundo y

---

<sup>43</sup> Crítica fenomenológica de Husserl, según Carlos Diógenes Côrtes Tourinho: “La actitud fenomenológica consiste en una actitud reflexiva y analítica, a partir de la cual se busca dilucidar fundamentalmente, determinar y distinguir el significado íntimo de las cosas, la cosa en su ‘don originario’, como se muestra a la conciencia. Se trata de describirlo como un objeto de pensamiento”. La Crítica de la Fenomenología de Husserl. La visión positivista en humanidades. Rev. Abordagem Gestalt, vol. 17, nº 2, Goiânia, dic. 2011, consultado en [\[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1809-68672011000200003#:~:text=A%20atitude%20fenomenol%C3%B3gica%20consiste%20em,la%20enquanto%20objeto%20de%20pensamento\]](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-68672011000200003#:~:text=A%20atitude%20fenomenol%C3%B3gica%20consiste%20em,la%20enquanto%20objeto%20de%20pensamento) el 19/12/2022.

a su complicidad, al negarse a incluir, en sus cánones jurídicos, el principio de reparación en la lista de derechos fundamentales. En consecuencia, los pueblos originarios y africanos, y afrodiaspóricos fueron excluidos de la condición de sujetos de derecho en el marco jurídico del derecho occidental, de los derechos fundamentales, civiles y humanos, reduciéndose así a la categoría de minorías<sup>44</sup>, al lugar de no sujetos del derecho natural y del derecho positivo. Según Denise Ferreira da Silva: *Durante los últimos siglos, los europeos y sus descendientes han cruzado el planeta una y otra vez apropiándose de tierras, recursos naturales y trabajo. Estos desplazamientos han establecido, sin duda, las formaciones económicas y jurídicas globales que la historia y las ciencias sociales describieron con los conceptos de colonialismo, imperialismo, modernización y globalización. Sin embargo, aunque sabemos mucho sobre los determinantes de la subyugación racial, aún tenemos que describir con precisión cómo lo racial constituye a los “otros de Europa” como sujetos subalternos.*

Frente al intento de transformar el derecho en una especie de ciencia autónoma y de silencio de la escolástica jurídica occidental ante la cuestión de si los ideales de los derechos fundamentales se han extendido a otros pueblos fuera del eje occidental, la Teoría Crítica de la Raza nos revela que, desde la cuna griega, mientras se debatía sobre el origen y el sentido de la naturaleza humana y el derecho natural, extrañamente coexistía de forma natural y determinista un tejido social en el que las mujeres, los siervos y los esclavos quedaban excluidos de la condición de seres humanos y de la posibilidad de convertirse en sujetos de derecho.

La teoría crítica de la raza fue acuñada por la jurista afroamericana Kimberlé Crenshaw y consolidada teóricamente por los pioneros Derrick Bell, Alan Freeman y Richard Delgado en la obra *Critical Race Theory*. A finales de los años 70 y 80, ya denunciaba las paradojas del liberalismo euroamericano que, al afirmar la idea de los derechos individuales y la garantía de los derechos civiles de la persona humana —de forma contradictoria con los derechos propugnados por las principales declaraciones de derechos fundamentales, civiles y humanos—los limitaba únicamente a la persona humana dentro de la cúpula racial del ser eurocéntrico.

La Teoría Crítica de la Raza tiene como una de sus fuentes histórico-filosóficas a los teóricos Gramsci, Foucault y Jacques Derrida, así como a los activistas exponentes de los derechos civiles, los afroamericanos Sojourner Truth, Frederick Douglass, W. E.

---

<sup>44</sup> Minorías: este concepto creemos que significa el lugar considerado de no humanos, no sujetos de derecho natural y positivo y de reducción a la condición de seres subordinados del sujeto inmigrante europeo, un sujeto etnocéntrico, autorreferencial y delimitador de la existencia del “otro”. Es el lugar de la insurgencia, como escribe Spivak, con la pregunta: “¿Puede hablar el subalterno?”. Según el autor, “el sujeto etnocéntrico que se insiste a sí mismo o que institucionalmente define selectivamente a un 'otro', donde esto no es un programa para el sujeto como tal; es, más propiamente, un programa para el intelectual occidental benevolente”.



jurídica de una Europa esclavista y etnofóbica, según los delineamientos implícitos y descritos por Leopoldo Zea:

*Una modernidad que implica un nuevo redescubrimiento del hombre y, al mismo tiempo, la aparición de un hombre que hace de su redescubierta libertad un instrumento o justificación para imponerla a los demás, negándoles ese derecho. Fue Europa la que consideró que su destino era el destino de sus hombres, hacer de su humanismo el arquetipo que debían alcanzar todos los seres que se le parecieran; esta Europa, tan cristiana como moderna, al traspasar los límites de su geografía y tropezar con otros seres que parecían hombres, exigió de estos que justificaran su supuesta humanidad. (Zea, 358)*

En la expansión colonialista europea, bajo el prisma de la Teoría Crítica de la Raza, tuvo lugar el proceso de desestimación teológica y jurídica del “ser indígena” y del “ser africano” y del “ser afrodiaspórico” como estrategia importante, para justificar esta atrocidad de la civilización eurocristiana.

En este proceso de descomposición de la humanidad de estos pueblos, los principales exponentes de la Ilustración ya destilaban manifestaciones negrofóbicas en sus textos filosóficos. Kant, Hegel y tantas otras voces de la Ilustración contribuyeron decisivamente a consagrar la esclavitud de los negros durante el apogeo de la modernidad.

El vínculo entre la razón iluminista y el ideal del darwinismo social, en la invención de un modelo paradigmático europeo, mesiánico y colonialista de civilización, se tradujo en una de las caras más crueles del etnocentrismo occidental egolátrico<sup>7</sup>. Había la creencia teológica, filosófica y científica de la superioridad epidérmica que algunos iluministas reforzaron, en términos ontológicos, al ser defensores de la ideología del proceso de deshumanización filosófica y antropológica del negro como ser humano y persona. Así, a modo de ilustración pedagógica, he aquí algunos de nuestros iluministas canónicos manifestando su olor eugenésico en plena Modernidad eurolátrica cristiana:

*La principal característica de los negros es que su conciencia no alcanzó todavía la intuición de cualquier objetividad fija, como Dios, como leyes, por las que el hombre se encontraría con su propia voluntad, y por las que tendría una idea general de su esencia [...]. El negro representa, como se ha dicho, al hombre natural, salvaje e indómito. Debemos despojarnos de toda reverencia, de toda moral y de todo lo que llamamos sentimiento, para comprenderlo realmente. En ellos, nada evoca la idea del carácter humano [...]. La falta de valor en los hombres llega a ser increíble. (Hegel in Andrade, 302)*

*Los negros de África no poseen, por naturaleza, ningún sentimiento que se eleve por encima de lo ridículo. El señor Hume desafía a cualquiera a citar un solo caso en el que un negro haya demostrado talentos, y afirma: Entre los millones de negros que han sido deportados de sus países, a pesar de que muchos de ellos han sido puestos en libertad, no se ha encontrado ni uno solo que represente algo grandioso en el arte o en la ciencia, o cualquier otra aptitud; mientras que entre los blancos, constantemente sobresalen aquellos que, saliendo de la plebe más baja, adquieren en el mundo un cierto prestigio, a fuerza de excelentes dones. Tan esencial es la diferencia entre estas dos razas humanas que parece ser tan grande en relación con las capacidades mentales como la diferencia de colores. [...] los negros son muy vanidosos, pero a su manera, y tan astutos que habría que dispersarlos a garrotazos. (Kant in Andrade, 302)*

*Estoy en condiciones de sospechar que los negros son naturalmente inferiores a los blancos. Prácticamente no ha habido naciones civilizadas de esa complexión, ni siquiera individuos destacados, ni en los hechos ni en la investigación teórica [...]. Una diferencia tan uniforme y constante no podría darse, en tantos países y épocas, si la naturaleza no hubiera hecho una distinción original entre estas razas de hombres. Sin mencionar nuestras colonias, hay esclavos negros esparcidos por toda Europa, de los que nadie ha descubierto jamás ningún signo de creatividad, aunque personas de baja condición, sin educación, llegan a progresar entre nosotros, y sobresalen en todas las profesiones. En Jamaica, en efecto, se habla de un negro de rango y estudio, pero es probablemente admirado por logros muy limitados como los de un loro, que habla unas pocas palabras con claridad. (Hume in Andrade, 302)*

Desde la perspectiva de la TCR, mientras la lucha por la igualdad y la libertad inspirada en las clásicas declaraciones de derechos fundamentales y civiles hacía estragos en Europa y entre los colonos blancos de toda América, concomitantemente, se producía una resistencia radical contra el fin de la esclavitud y la posibilidad de cualquier tipo de derechos fundamentales destinados a restaurar los derechos de la población africana esclavizada y a los escasos liberados. Es un hecho que la institucionalización de la esclavitud africana se limita al contexto de los derechos de propiedad, como objetos o bienes muebles. En todo el continente americano había vigente una especie de régimen de *apartheid*<sup>46</sup> institucionalizado.

---

<sup>46</sup> Régimen del apartheid: “Separación racial. Ignorando la mayoría negra, la Sudáfrica contemporánea nació ‘entre blancos’ en 1910, fruto de la unión de colonos británicos y los afrikaners o bóers, de origen holandés. El apartheid o ‘desarrollo separado de las razas’ en afrikaner, sistematizó a partir de 1948 la segregación practicada desde el siglo XVII por los primeros colonos holandeses. El sistema, establecido por el Partido Nacional (PN), que dominó la vida política del país de 1948 a 1994, se apoyaba en tres pilares: la ley sobre la clasificación de la población, la ley sobre la vivienda separada y la ley sobre la tierra. Los habitantes se

Entre los siglos XVIII y XIX, el espíritu libertario era imperativo entre la población europea y los pequeños colonos europeos del nuevo mundo. Mientras tanto, paradójicamente, el comercio de esclavos y la ideología favorable a la esclavitud fueron los fundamentos teológicos, económicos y políticos de la expansión de los países colonialistas europeos.

En este impulso prospectivo, es bueno recordar que, en la Francia revolucionaria, en 1685, se instituyó el Código Negro, norma definitiva de las condiciones de la esclavitud en el imperialismo esclavista francés. Preveía restricciones a las actividades de los negros libres, al ejercicio de cualquier religión que no fuera el catolicismo romano y a la presencia de judíos en las colonias francesas.

En el mismo contexto de privación jurídica y humana de la persona afrodiaspórica, de su condición de sujeto de derecho y del principio de dignidad humana, es importante recordar el Código Negro Carolino, también extendido en los países continentales de Hispanoamérica. Además del Código Carolino de 1784, hubo códigos negros en Santo Domingo, en 1768, y en Luisiana, en 1769.

El establecimiento de códigos y decretos por parte de las metrópolis y los Estados coloniales tuvo como objetivo promover la exclusión, el exterminio y el encarcelamiento de los negros liberos, como fenómenos y prácticas intencionadas por parte de las estructuras institucionales, de forma de impedir que se les concediera la condición de sujetos de derecho; por el contrario, se crearon para proteger y mantener los privilegios estatales concedidos siempre a personas eurodiaspóricas. Es evidente que los códigos y decretos tenían como objetivo proteger y garantizar el éxito del proceso de blanqueamiento de las colonias de América y mantener el puritanismo racial europeo.

Ante el proceso de privación jurídica de la población afrodiaspórica de la condición de sujeto de derecho y de dignidad humana, la Revolución Haitiana fue expulsada del canon escolástico occidental. Desterrada de los estudios de derecho occidental, la Revolución de Saint-Domingue, 1791-1804, constituye la primera insurrección popular de afroesclavizados de la historia que reivindicó la extensión de los ideales de los derechos fundamentales.

Durante la lucha por la emancipación, la libertad, la igualdad y la propiedad, legados de la utópica Revolución Francesa, también se propuso el derecho a la reparación. Un derecho exigido y extendido a los expropietarios eurodiaspóricos, como había ocurrido en la independencia de Haití.

No cabe duda de que la Revolución Haitiana fue un gran hito histórico y una

---

clasificaban desde su nacimiento en cuatro categorías: blancos, negros, mestizos e indios".(Treinta años del fin del apartheid, el régimen de segregación racial de Sudáfrica, consultado en <https://www.geledes.org.br/trinta-anos-do-fim-do-apartheid-regime-de-segregacao-racial-na-africa-do-su-l>

fuente de inspiración en la lucha de la población afrodiaspórica por el derecho a la libertad y la igualdad, principalmente, a través del tamiz del derecho a la reparación.

Cabe destacar que el derecho a la reparación, lejos de ser una reivindicación radical e irrealizable, se produjo en sentido contrario y fue fundamental para legitimar la revolución, tras la concesión de una reparación pecuniaria de 150 millones de francos como compensación por la pérdida de propiedades de los colonos blancos supervivientes, exigida por el gobierno de Francia a cambio del reconocimiento de la independencia.

Desde principios del siglo XIX y hasta finales del XX, debido al espectro de la Revolución Haitiana que se cernía sobre el Nuevo Mundo, surgieron nuevas leyes contra la población negra y esclavizada, además de los códigos negros en Hispanoamérica (1789-1842), las leyes Jim Crow (1877 a 1964) en Estados Unidos y otras leyes estatales y locales que impusieron la política de segregación racial en el sur de Estados Unidos. Leyes que decretaban oficialmente la exclusión, el linchamiento, el control panóptico y el encarcelamiento de las personas afrodiaspóricas de cualquier requisito legal que conformara los ideales de los derechos fundamentales.

Sin embargo, no hay que olvidar mencionar el papel inspirador del ideal de selectividad racial. Se trata del inglés Francis Galton, en 1883, primo de Charles Darwin, autor de la tesis que definió la eugenesia como una ciencia que se ocupa de la mejora de la raza, ya sea animal, vegetal o humana. La eugenesia serviría de base científica, teológica y jurídica para la constitución en América Latina de una sociedad y un estado democrático de derecho de carácter “pigmentocrático”, es decir, una especie de determinismo racial que ampliaba el fundamentalismo de la religión occidental, en la perspectiva del contrato racial<sup>47</sup> como base material para la consolidación de la teoría liberal del contrato social.

En este contexto, de purificación racial en el nuevo mundo posesclavista, siguiendo los ejemplos de otros estados iberoamericanos, Brasil, a través del Decreto n° 528/1890, instituyó el libre acceso total de inmigrantes procedentes del continente europeo; al mismo tiempo, impuso una restricción legal a cualquier otra inmigración procedente de África y Asia, imponiéndoles la necesidad de obtener autorización de sus embajadas brasileñas y estas obligadas a enviar la solicitud al Parlamento brasileño. La Constitución Federal de 1934 aceptó la educación eugenésica como una imposición pedagógica.

---

<sup>47</sup> A diferencia del contrato social, que está necesariamente imbricado por las historias reales de las entidades políticas en las que se propaga, el contrato racial forma parte de estas realidades incómodas. [...]. El contrato racial es íntimo del mundo y, por tanto, no se sorprende continuamente por las revelaciones sobre él; no le llama la atención que el racismo haya sido la norma y que las personas se consideren a sí mismas como una raza y no como ciudadanos abstractos, lo que de hecho mostrará cualquier historia objetiva. (El Tratamiento de los Sesos en la filosofía Occidental de Charles Mills, p. 3).

ignorando los aspectos contextuales, extrayendo de su rito académico las cuestiones raciales, de género y de sexo insolubles dentro de la tradición occidental de matriz cristiana.

Bajo el prisma de la Teoría Crítica de la Raza, al describir los aspectos conceptuales e históricos de los estudios, en el campo de los derechos fundamentales de matriz eurocéntrica, se explicita que se trata de un formateo del derecho a favor de la garantía de los derechos fundamentales, humanos y constitucionales solo en un perfil de “ser humano” que se encuentra dentro de la órbita de la civilización europea.

La constitución de la figura del Estado moderno reverbera, en la sutileza de sus leyes, que solo el ser europeo y el sujeto inmigrante europeo latinoamericano son sujetos predestinados y naturales del derecho natural, positivo, consuetudinario o nacional y supranacional.

Es importante destacar que la Teoría Crítica de la Raza expone, a simple vista, durante la historia de la invención de los derechos fundamentales que, a diferencia de los inmigrantes europeos alóctonos, que llegaron subsidiados al nuevo mundo, gozando de un derecho natural y de plena protección de la dignidad humana y que, casualmente, luchan por la libertad y la libre expresión, los afrodiaspóricos lo han hecho por el derecho a la igualdad, a la libertad y a la propiedad, pero, sobre todo, por la reparación, como el precedente que se produjo en favor de los colonos blancos, antiguos propietarios de africanos esclavizados en varias colonias iberoamericanas.

Por lo tanto, no puede ser plausible y posible discutir cualquier idea de consolidación de los derechos fundamentales, de los derechos civiles y de los derechos humanos universalizados y consolidados en el ámbito del derecho internacional público, sin traer a colación la cuestión de la defensa de los principios de restitución y reparación histórica de los pueblos africanos, afrodiaspóricos, indios, originarios y asiáticos.

Del mismo modo, la defensa de la diversidad humana y de la autodeterminación de los pueblos, en particular, sufre los ataques de la expansión categórica del universalismo occidental, a través del auge y la amenaza del eterno retorno de la supremacía blanca de la extrema derecha, que asola al mundo contemporáneo, en una clara demostración de que la lucha del pensamiento y la praxis eurocéntrica, en verdad, siempre lo ha sido dentro de la lucha racial y étnica; es decir, la demostración de fuerza y superioridad racial tan decantada en la prosa por muchos filósofos portavoces de la modernidad ilustrada e implantada por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas pobladas por inmigrantes europeos, durante mediados de los siglos XIX y XX, como parte del proyecto de constitución de un Estado y una sociedad moderna al estilo del *apartheid* social racial perpetrado en Sudáfrica.

Restituye el lugar de los pueblos originarios y afrodescendientes como sujetos de derechos se convierte en una tarea incondicional ante cualquier idea de promover una hermenéutica y epistemología jurídica en el ámbito de un nuevo derecho que se vislumbra en el rol de los países latinoamericanos.

Por último, el tradicional y dogmático derecho eurocéntrico, explícitamente ha sido incapaz de incorporar a las minorías en el rol de sujetos de derechos. De este modo, en una perspectiva deductiva tal derecho de matriz eurocéntrica ha sido omiso de incorporar en su tríada dogmática, sea en el derecho natural, consuetudinario y positivo a los pueblos originarios y afrodescendientes como ciudadanos plenos al ejercicio de los llamados derechos fundamentales y universales, principalmente si es considerado el principio de la dignidad humana. Un nuevo formato de derecho latinoamericano se impone la necesidad de pensar en un derecho pluriversal latinoamericano, de un derecho fundado en la justicia restaurativa y reparatoria.



# PLURAL

## Academia

Año IV - No. V  
Abril 2023

Revista electrónica del Centro de derecho  
internacional e integración regional

CIDIIR

MDQ, Argentina