



PLURAL



ACADEMIA

Revista electrónica del
Centro de Investigación en
Derecho Internacional e
integración regional @CIDIIR
MDQ, Argentina

Mayo 2021
Año 2 No. 2
issn 2684-0431

Universidad Nacional de Mar del Plata

Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional

REVISTA PLURAL

Academia

Año 2, Número 2 -mayo 2021

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 2 - N. 2

Director: Favio Farinella

Diciembre 2020 - ISSN 2684-0431

Tapa: Homenaje a Salvador Dalí

REVISTA PLURAL Academia

Mayo de 2021 – ISSN 2684-0431

Publicada 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 Verneti

Gabriel Raba

Mariel Martin

Romina Manzo

COORDINACIÓN

Romina Manzo

EDICIÓN

Lucía Florencia Duarte

Romina Manzo

SUMARIO

EDITORIAL

- 5 **REVISTA PLURAL *Academia***
Número segundo
Farinella, Favio

SECCIÓN INVESTIGACIÓN

- 9 **CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTRALÍMITES**
Jimena Quesada, Luis
- 17 **PALESTINA CONTRA EE. UU. ANTE LA CIJ POR LA EMBAJADA EN JERUSALÉN (2018/2021)**
Hooft, Eduardo Raimundo
- 25 **PALESTINA: TRIUNFO DIPLOMÁTICO Y JUDICIAL. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL INVESTIGARÁ POR CRÍMENES DE GUERRA A ISRAELÍES Y A HAMÁS**
Hooft, Eduardo Raimundo
- 35 **EL LUGAR DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL MODERNO Y SU RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL**
Gulyaeva, Elena Evgenievna
- 45 **PERSONAS EN SITUACIÓN DE REFUGIO Y LA GARANTÍA FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA EN BRASIL PARA LA SOLICITUD DE LA CONDICIÓN DEL REFUGIADO (JUDICIALIZACIÓN DEL REFUGIO)**
Teixeira Boden, Ronaldo

SECCIÓN ENTREVISTAS

- 65 **ENTREVISTA AL SR. CÓNSUL ARGENTINO EN GUANGZHOU, DR. LUCIANO M. DONADIO LINARES**
Caik, Juan Cruz y Terzaghi, Ramiro

Editorial



Bienvenidos a esta nueva entrega de la revista Plural Academia.

En esta oportunidad, presentamos varias secciones y artículos generosamente aportados por profesores internacionales.

Desde la exquisita ciudad de Valencia, España, el profesor doctor Luis Jimena Quesada nos presenta su visión respecto de la importancia de la teoría de los contra límites. La cuestión central en torno de la cual se desarrolla el

análisis es el control de convencionalidad, que algunos entienden superior y prioritario, frente al más conocido -por ser tradicional-, control de constitucionalidad. Esta suerte de superioridad interpretativa puede deberse a que la teoría de los derechos humanos ha impregnado las constituciones de los Estados democráticos y estos derechos poseen una inherente perspectiva universal. Frente a este avance de la internacionalización provista por los derechos humanos y el correspondiente correlato de la erosión de la soberanía estatal, surge la teoría de los contra-límites como elemento afirmativo de las identidades constitucionales y el tradicional orden público de cada sociedad nacional. En este punto, si el control de convencionalidad constituye un límite a la legalidad y a la interpretación que cada Estado realiza de los derechos de las personas bajo su jurisdicción, la teoría de los contra-límites se asume como un límite del límite.

Recibimos luego al profesor doctor Eduardo Hooft desde Argentina, quien desarrolla en dos trabajos relacionados, un giro más del viejo conflicto heredado por Naciones Unidas relativo a la cuestión de Palestina. En esta oportunidad el doctor Hooft analiza la demanda presentada por la autoridad Palestina contra Estados Unidos por el

reconocimiento realizado respecto del establecimiento de la ciudad de Jerusalem como capital del Estado de Israel. Luego, analiza la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, por la cual afirma su jurisdicción para investigar los crímenes que pudieran haber cometido las fuerzas armadas israelíes y la organización política Hamas, en los territorios ocupados por Israel desde 1967 -guerra de los seis días-, a saber, Gaza y Cisjordania, incluida Jerusalén Oriental. Durante todo su trabajo, el profesor Hooft refiere las constantes históricas en una cuestión que parece no tener solución, y que, al escribir estas líneas, ve desatada una vez más, la desolación provocada por un nuevo conflicto armado.

Desde Rusia, la profesora doctora Elena Gulyaeva desde Moscú, Federación Rusa, nos invita a adentrarnos en el conocimiento de uno de los principios básicos de la organización internacional de la segunda posguerra: la libre determinación de los pueblos. La profesora Gulyaeva analiza la interacción de los principios de igualdad y autodeterminación, con otros principios fundantes como el de respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales y el de integridad territorial. Luego repasa las disposiciones contenidas en la Declaración sobre los principios del derecho internacional sobre las relaciones amistosas y la cooperación entre Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (1970), esta vez, a la luz de las relaciones establecidas en el inicio de su trabajo.

Desde la República Federativa de Brasil, Ronaldo Teixeira Boden, estudiante del Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional de Mar del Plata, nos acerca un análisis de suma importancia para la realidad internacional actual en materia de derechos humanos. Específicamente trata la situación de los refugiados en la República Federativa, realizando un estudio pormenorizado acerca del proceso a llevarse a cabo para acceder a dicha condición jurídica y los diferentes estamentos que intervienen en el proceso. Ahora bien, el autor se pregunta acerca de la posibilidad fáctica y real de acceso material a la justicia a quienes se les ha negado en sede administrativa tal calidad,

siendo el poder ejecutivo el primer estamento interviniente en la cuestión. Boden nos invita a reflexionar sobre la divergencia doctrinaria y jurisprudencial existente al respecto en nuestro país vecino.

Finalmente, nuestro viaje concluye en China. Juan Caik y Ramiro Terzaghi, miembros de nuestro Centro de Investigación, entrevistan al Sr. Cónsul argentino en la ciudad de *Guangzhou*, China, dr. Luciano M. Donadio Linares. La charla transita su actividad consular, algunas de las situaciones excepcionales presentadas a causa de la pandemia, y especialmente los vínculos presentes y futuros en la relación entre ambos países.

Gracias entonces tanto a los autores y participantes en este número, como a los lectores. Ambos permiten que existamos como un vínculo entre ellos.

Doctor Favio Farinella
Director Revista Plural Academia

SECCIÓN INVESTIGACIÓN

Control de Convencionalidad y Contralímites

Jimena Quesada, Luis¹



1. Resumen

La razón de ser de toda corte supranacional de derechos humanos consiste en aplicar el derecho transnacional que le da origen. A este fin, realiza un examen comparativo de la aplicación de las normativas domésticas en casos concretos *vis a vis* las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. El control de convencionalidad en materia de derechos humanos intenta constituirse en una guía de hermenéutica jurídica, dirigida a que todo Estado parte de un sistema protectorio, brinde a sus habitantes, el más alto estándar posible de promoción y protección de derechos. No obstante, los Estados poseen sus propias identidades constitucionales que intentan preservar. En este contexto, surge la teoría de los contralímites, que procura defender las identidades, limitando al mismo control de convencionalidad.

2. Palabras clave

Control de convencionalidad - Contralímites - Derechos Humanos - Constitución.

¹ El profesor Doctor Luis Jimena Quesada es Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, España. El presente artículo constituye un relato de la Conferencia Magistral brindada en la Universidad Nacional de Mar del Plata y su Facultad de Derecho, el día 9 de noviembre de 2020.

3. Abstract

The nature of every supranational court of human rights is to apply the transnational law that gives rise to it. To this end, it conducts a comparative examination of the application of domestic regulations in specific cases *vis a vis* the international obligations assumed by the State. The control of conventionality in the matter of human rights tries to constitute itself in a guide of legal hermeneutics, aimed at offering to the population, from any agency of the State, the highest possible standard of promotion and protection of rights. However, States have their own constitutional identities that they try to preserve. In this context, the theory of counter-limits arises, which seeks to defend identities, limiting the control of conventionality.

4. Key Words

Control of conventionality - Counter-limits - Human Rights - Constitution.

Control of conventionality and the theory of counter-limits

5. Premisas: relevancia teórico-práctica del control de convencionalidad y su alcance

La cuestión se analizará desde dos puntos centrales:

1. El Correcto entendimiento del sistema de fuentes (incluida la internacional como parte del ordenamiento interno), órganos (comprendida la acción de las instancias internacionales que interpretan esas fuentes internacionales) y fines (la optimización del sistema global de derechos humanos).
2. La necesidad de hacer frente al reto de la protección multinivel de los derechos humanos y, en particular, hacerse eco de la creciente e insoslayable internacionalización del Derecho constitucional y constitucionalización del Derecho internacional.

6. Claves del ejercicio del control de convencionalidad en el ámbito de los Derechos Humanos

Resulta consecuencia de la articulación de la norma nacional y la internacional, así como de la prevalencia de esta última cuando, además, sea más favorable al disfrute de los derechos humanos. Por tanto, por extensión, la consecuencia no ha de ser, sino que el órgano jurisdiccional nacional haga valer dicha prevalencia. La misma se desprende de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, acompañada de la efectiva constitucionalización o interiorización de ella en la Constitución nacional.

Desde esta perspectiva, las posturas de monismo y dualismo perderían virtualidad en el terreno de los derechos humanos, lo mismo que el discernimiento entre aplicación del tratado y su interpretación (pues el tratado no viene constituido únicamente por el texto convencional, sino asimismo y sobre todo por la interpretación auténtica y evolutiva suministrada por el órgano de control instaurado en él).

¿Por qué en América se ha entendido y asumido mejor el juego del control de convencionalidad que en Europa? Ciertamente, por el respaldo ofrecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos emblemáticos, además del soporte cualificado de la doctrina en América Latina.

Al contrario, en Europa no ha habido pronunciamientos similares del TEDH, lo cual ha sido utilizado por la doctrina europea (y señaladamente española) para argumentar en contra del control de constitucionalidad. Una doctrina que, por cierto, paradójicamente sí ha asumido hasta con entusiasmo el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea (UE), que se rige por análoga dinámica que el control de convencionalidad.

Hasta tal punto es así que, en España, la consagración del control de convencionalidad ha venido de la mano del Tribunal Constitucional, en la reciente STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018 (Fundamento Jurídico 6º), en la que además de apelar lógicamente a las bases constitucionales españolas (particularmente, el art. 96 de la Constitución, que constitucionaliza el mandato aplicativo prevalente previsto en la Convención de Viena de 1969), trae a colación la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006) y el citado paralelismo con el principio de primacía del Derecho de la UE.

En Francia el control de convencionalidad ya es “clásico” desde los años 1960 y 1970, habiéndolo consagrado las jurisdicciones supremas (Corte de Casación y Consejo de Estado) sobre la base del artículo 55 de la Constitución vigente de 1958. En cambio, en Italia ha habido más reticencias, por su apego a la doctrina dualista.

Ahora bien, volviendo a España, no era necesario que el TC consagrara explícitamente el control de constitucionalidad (bastaba la base del artículo 96 de la Constitución y la Convención de Viena), pero ha sido totalmente pertinente por la posición reacia de la mayoría de la doctrina constitucionalista y administrativista. Es más, tras la citada STC 140/2018, todavía incomprensiblemente siguen suscitando reticencias.

Para cerrar este punto querría confirmar, justamente, que con carácter previo a la STC 140/2018, hubo órganos jurisdiccionales españoles que “osaron” en algunos asuntos importantes (pero esporádicos) aplicar el control de convencionalidad, sobre todo haciendo prevalecer la Carta Social Europea (equivalente al Protocolo de San Salvador en el sistema interamericano) frente a la más restrictiva normativa nacional en materia de derechos socio-laborales. Pongamos el ejemplo del contrato de apoyo a emprendedores introducido en la ley española en 2012 (contraviniendo la Carta Social Europea) bajo la presión de las medidas de austeridad de la “Troika” (un contrato que preveía la posibilidad de despido sin indemnización ni preaviso durante todo un año); lo cual dejaron inaplicado en casos concretos algunas jurisdicciones laborales en primera instancia.

Esas jurisdicciones laborales siguieron inaplicando la normativa nacional controvertida incluso tras la STC 119/2014, de 16 de julio de 2014, que avaló la constitucionalidad de dicha figura contractual (en oposición con el canon social europeo). Y esto nos da pie para abordar el siguiente apartado, que tiene que ver con la complicada utilización del control de convencionalidad cuando se ve interferido por la colisión entre canon internacional y canon de constitucionalidad.

7. Las disfunciones de la tensión dialéctica entre convencionalidad a propósito del juego de los contralímites

El control de convencionalidad deviene problemático cuando el estándar internacional más favorable no es asumido por la jurisdicción suprema o constitucional de un país, puesto que plantea un dilema a la jurisdicción nacional.

Ilustración en el caso de España con relación al TEDH: en materia de reagrupación familiar de personas extranjeras o de protección ambiental, el TC determinó que no asumía la jurisprudencia europea en dichos ámbitos (por ejemplo, STEDH *Berrehab c. Países Bajos* de 21 de junio de 1988 y sucesivas -extranjería- y STEDH *López Ostra c. España* de 9 de diciembre de 1994 o STEDH *Moreno Gómez c. España* de 16 de noviembre de 2004 -ambiente-) por entender que la noción de vida familiar y respeto del domicilio del art. 8 CEDH no sería equivalente a la noción más restrictiva de intimidad familiar e inviolabilidad del domicilio del art. 18 de la Constitución española (STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007 -extranjería- y STC 119/2001, de 24 de mayo de 2001 -contaminación acústica-).

¿Qué hicieron los órganos jurisdiccionales ordinarios en España? De manera bastante generalizada aplicaron el canon internacional más benévolo en lugar del constitucional más restrictivo, lo que adicionalmente permitió una positiva retroalimentación para modificar o adoptar legislación en la materia.

Pero el control de convencionalidad resulta complejo asimismo cuando el estándar internacional es más restrictivo. Ello se ha planteado, no tanto con relación al sistema europeo del Consejo de Europa (TEDH), sino en el ámbito de la Unión Europea, en la conocida “guerra de Cortes” entre TJUE y la Corte Constitucional Nacional, en concreto cuando se forjaba una armonización supranacional “a la baja” por la jurisdicción europea, considerada más desfavorable que el sistema constitucional nacional de derechos y libertades. Es esta, en puridad, la teoría de los “contra-límites” emergida en los años 1960-1970 en la postura de la Corte Constitucional Italiana y del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Los episodios de “contralímites” operados por las Cortes Constitucionales han sido aislados, pero han tenido impacto en materias importantes y sensibles: por ejemplo, la

postura “armonizadora” del Tribunal de Luxemburgo (STJUE de 3 de mayo de 200, (*Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, asunto C-303/05) en materia de orden europea de detención y entrega (flexibilización de la clásica extradición) frente a la posición más garantista de algunas Cortes Constitucionales (en Alemania o en España).

Como paréntesis, cabría añadir que el TJUE debería ser consciente que él mismo ha operado con arreglo a la dinámica de los “contralímites” en supuestos polémicos en donde, por ejemplo, el canon universal de la ONU (Resoluciones del Consejo de Seguridad en materia de lucha antiterrorista) comportaba restricciones a los derechos humanos en aras de la seguridad internacional y, por consiguiente, el TJUE ha hecho prevalecer el respeto de los derechos fundamentales en juego (STJUE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi*, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P).

Si bien, en el caso español, el TC decidió controvertidamente someter una cuestión prejudicial y alinearse “armonizadamente a la baja” con el TJUE: STJUE de 26 de febrero de 2013 (asunto C-399/11, *Melloni*) asumida por la STC 26/2014, de 13 de febrero de 2014.

Correlativamente, a veces el propio TJUE acaba aceptando los “contra-límites” más favorables en materia de derechos fundamentales bajo la presión de alguna Jurisdicción Constitucional, como sucedió en los casos “Taricco” (Italia): STJUE “Tarico II” de 5 de diciembre de 2017 (*M.A.S., M.B.*, asunto C-42/17), a raíz de la cuestión prejudicial formulada por la Corte Constitucional italiana para contrarrestar la posición más restrictiva de la STJUE “Taricco I” de 8 de septiembre de 2015 (*Taricco y otros*, asunto C-105/14)].

El episodio de los casos “Taricco” nos permite abordar el siguiente punto, pues el desencuentro intentó paliarse mediante la cuestión prejudicial como mecanismo de colaboración entre la jurisdicción nacional (incluida la constitucional) y la europea.

8. Claves para las sinergias y articulación de los contralímites

En el sistema de la UE cabe articular una solución uniforme si se utiliza el mecanismo de colaboración consistente en la cuestión prejudicial formulada por el órgano jurisdiccional nacional ante el TJUE.

En caso de doble prejudicialidad pendiente (por ejemplo, una cuestión de inconstitucionalidad formulada por un órgano judicial nacional ordinario ante la Corte Constitucional y una cuestión prejudicial ante el TJUE), se debe dar prioridad a la resolución internacional, para que esa solución europea sea asumida en el ámbito nacional evitando la contradicción.

En el supuesto de que la contradicción se haya verificado, la solución europea goza de primacía indiscutible si es más favorable para el disfrute de los derechos humanos, mientras que la jurisdicción constitucional debería interpelar a la europea en virtud de la doctrina de los “contralímites” si el canon europeo fuera más restrictivo. En otras palabras, la aceptación por la jurisdicción europea de un canon más favorable a nivel nacional sería una especie de apelación “inversa” al margen de apreciación nacional (es decir, para asumir un estándar nacional más favorable, cuando la praxis de dicho margen suele consistir en dar por buena una práctica nacional restrictiva que, pese a todo, estaría justificada).

En el sistema del Consejo de Europa, esa vía de la prejudicialidad es posible desde la adopción del Protocolo n° 16, que permite a las Cortes Supremas nacionales consultar al TEDH antes de resolver un caso del que estén conociendo. Como vemos, se trata de una competencia consultiva diversa y adicional con respecto a la prevista en el sistema interamericano.

Podría, por tanto, escrutarse esa posibilidad (“inter-americanizar” el Protocolo n° 16 al CEDH) para evitar conflictos entre control de constitucionalidad y control internacional que perturbe, entonces, el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción nacional ordinaria. ¿Controversia suscitada, por ejemplo, en asuntos como la Sentencia de la Corte Interamericana de 8 de julio de 2020, *Petro Urrego c. Colombia* (Cf. Sentencia No. C-101/18 de la Corte Constitucional de Colombia de 24 de octubre de 2018.)?

9. Conclusiones y propuestas para conciliar convencionalidad y contralímites a favor de la optimización protectora de los Derechos Humanos

Al margen de la articulación de los mecanismos formales mencionados de colaboración jurisdiccional (diálogo judicial entre cortes nacionales e internacionales) el

ejercicio del control de convencionalidad comporta como premisa un conocimiento por parte de la jurisdicción nacional del estándar internacional con objeto de aplicar éste correctamente.

Y semejante premisa debe ir acompañada de esta otra: el carácter crucial de la formación de la Judicatura y del conjunto de operadores jurídicos intervinientes en la defensa de los derechos humanos.

Y hay otra premisa paralela para asegurar esa formación jurídico-judicial: la honestidad para querer formarse y reconocer que el proceso de aprendizaje es y debe ser continuo, evitando así actitudes de ensimismamiento, orgullo y recelo, tanto por parte de las instancias judiciales nacionales como de las internacionales.

En caso de contradicción entre estándar internacional y estándar constitucional, el control de convencionalidad jugará con naturalidad si el canon internacional es más favorable (principio *favor libertatis* o *pro personae*).

Ese mismo principio jugará en caso de tener que decantarse (haciéndose eco del “contra-límite” a la posición restrictiva internacional) por la postura constitucional más favorable, concibiendo la referencia internacional como estándar mínimo (una condición que suele estar reflejada en los propios tratados internacionales: en el ámbito europeo, por ejemplo, en el art. 53 CEDH, o en los arts. 52.3 y 53 de la CDFUE).

Y ese mismo principio *pro personae* tendrá que hacerse prevalecer, en el caso del sistema europeo (más complejo desde esta perspectiva que el sistema interamericano), cuando se produzcan “dos verdades europeas”, es decir, posiciones divergentes entre el TEDH y el TJUE, cuya solución formal (la adhesión de la UE al CEDH establecida mediante el Tratado de Lisboa de 2007, entrado en vigor el 1 de diciembre de 2009) está pendiente de implementarse en la práctica al no haber prosperado un acuerdo entre el Consejo de Europa y la UE (con la intervención “disfuncional” del TJUE mediante su Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014).

Todas estas propuestas pasan, en definitiva, por lo que me permito denominar una voluntad jurisdiccional positiva a escala nacional e internacional. Pues, efectivamente, si hemos oído frecuentemente que los derechos valen tanto como las garantías, hemos de agregar que las garantías valen tanto como la voluntad positiva de ponerlas en práctica en la consecución de la justicia y el respeto de la dignidad humana.

Palestina contra los EE. UU. ante la CIJ por la Embajada en Jerusalén (2018/2021)

Hoof, Eduardo Raimundo¹



1. Resumen

En el año 2018, Palestina se presentó ante la CIJ para iniciar un juicio contra los EE UU, ante la decisión del ex presidente Trump de trasladar la embajada de este país hacia la ciudad de *Jerusalem* y, a su vez, declarar a esta última como única capital de Israel. Fundó su demanda en la Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas

de 1961 (CVRD), de la cual ambos estados son partes. En el siguiente trabajo se analizará por qué resulta violatorio del DI el traslado de la embajada de los EE UU de Tel Aviv a la Ciudad Santa de *Jerusalem*, y su consecuente transgresión a las normas sobre las relaciones internacionales entre los estados.

2. Palabras clave

EE UU - Palestina - Israel - *Jerusalem* - Corte Internacional de Justicia (CIJ).

¹ Hoof, Eduardo Raimundo. Profesor, investigador, UNMDP. Exjuez en lo Civil y Comercial del Departamento de General Pueyrredón. Exconjuez de la Suprema Corte de justicia de la Provincia de Buenos Aires. Juez del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata.

3. Abstract

In 2018, Palestine appeared at the ICJ to initiate a trial against the United States, for the decision of former President Trump to move the embassy of this country to the city of Jerusalem and, in turn, declare the latter as the only one capital of Israel.

He founded his claim on the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations (CVRD), to which both states are parties.

The following work will analyze why the transfer of the US embassy from Tel Aviv to the Holy City of Jerusalem is a violation of the ID, and its consequent transgression of the rules on international relations between states.

4. Key Words

USA – Palestine – Israel – *Jerusalem* - International Court of Justice (ICJ)

Palestine v. United States, ICJ re Jerusalem Embassy (2018/2021)

5. La Partición de Palestina. Creación del Estado de Israel

Recuerda Palestina ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que la Ciudad Santa de *Jerusalem*, está cimentada en una dimensión espiritual, religiosa y cultural. Este carácter especial de la ciudad, llevó a la Organización de Naciones Unidas a adoptar numerosas resoluciones con la finalidad de proteger y preservar su estatus único y especial.

El 29 de noviembre de 1947, la Asamblea General de la ONU aprobó **la Resolución 181 para la Partición de Palestina**, lo cual implicó la creación de dos Estados Independientes, uno árabe y el otro judío, y un Régimen Internacional Especial para la Ciudad de *Jerusalem*, como un “*corpus separatum*”, que incluía su municipio, los pueblos

y ciudades circundantes, fijando sus límites en la ciudad Abu Dis al este, la de Bethlehem al sur, la de Ein Karim al oeste y la de Shu'fat al norte.

El Estado de Palestina fue proclamado el 15 de noviembre de 1988 en Argel (Argelia), en una sesión extraordinaria del Consejo Nacional Palestino en el exilio.

El 29 de noviembre de 2012 la Asamblea General de la ONU reconoció a Palestina como Estado observador no-miembro de las Naciones Unidas en una resolución adoptada con 138 votos a favor, 41 abstenciones y 9 votos en contra. Estados Unidos, Israel, Canadá, Palau, Micronesia, la República Checa, Panamá, Nauru y las Islas Marshall fueron los países que votaron en contra.

No obstante, su estatus internacional aún sigue siendo incierto, a pesar de haber sido reconocido como estado independiente por cerca de las 2/3 partes de los miembros de la ONU, y haber sido admitido como tal por diversas organizaciones internacionales (como la UNESCO, INTERPOL, El Tribunal Penal Internacional, etc.).

Israel no reconoce a Palestina como un estado y mantiene el control militar de facto en todos sus territorios.

Los principales obstáculos para un acuerdo definitivo se basan en la delimitación de fronteras definitivas, la seguridad de ambos estados, el acceso al agua, el estatus de *Jerusalem* junto con el libre acceso a los lugares sagrados, la expansión de los asentamientos israelíes en Cisjordania y *Jerusalem* Este y el derecho de retorno de los refugiados palestinos que fueron expulsados o huyeron de sus hogares durante la guerra árabe-israelí de 1948.

Los principios subyacentes a la Resolución N° 181, basados en la protección del carácter especial de la ciudad y el reconocimiento de un estatus especial dentro de sus fronteras, fueron el fundamento de las resoluciones posteriores, tanto de la Asamblea General como del Consejo de Seguridad de la ONU.

Denunció Palestina en su demanda ante la CIJ que Israel, la Potencia Ocupante, adoptó una política ilegal para ir adquiriendo el control sobre el territorio, incluyendo el uso ilegal de la fuerza e imponiendo medidas administrativas y legales tendientes a la anexión de *Jerusalem*.

Durante la Guerra de los años 1947/49, fuerzas israelíes ocuparon *Jerusalem* Occidental, en violación de la Resolución N° 181. El Armisticio del 3 de abril 1949, condujo a la división de la ciudad, en una *Jerusalem* Este y otra Oeste.

En diciembre de 1949, la Asamblea **General de la ONU** adoptó la **Resolución 303 (IV)**, “*Palestina: la Cuestión de un régimen internacional para el área de Jerusalén y la protección de los Lugares Sagrados*”. En la misma reiteró que *Jerusalem* debía de ser puesta bajo un régimen internacional permanente, administrado por la ONU, que asegurase la protección de los Lugares Sagrados, dentro y fuera de la ciudad.

En junio de 1967, Israel ocupó la Franja de Gaza y la Ribera Occidental, incluyendo *Jerusalem* Oriental. El acto fue condenado y declarado inválido por la Asamblea General exhortando a Israel a abstenerse de tomar medidas que pudieren alterar el estatus de *Jerusalem* (**A.G.- Resolución 2253**). En concordancia, el Consejo de Seguridad declaró la invalidez de todas las medidas administrativas y legislativas adoptadas por Israel, incluyendo las expropiaciones de tierras y propiedades, dirigidas a cambiar el estatus jurídico de *Jerusalem* (**C.S. Resolución 252 de 1968**).

En 1980 el C.S. dictó las **Resoluciones 476 y 478**, en respuesta a la “Ley Básica” aprobada por Israel - que proclamaba a *Jerusalem* como la capital única del estado - tachándola de nulidad y como una violación de la Convención de Ginebra IV relativa a la Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra. A su vez la calificó como una seria obstrucción para lograr la paz en el Oriente Medio y exhortó a todos los estados de la ONU a aceptar esta decisión y a retirar sus embajadas de la Ciudad Santa, mandato que cumplieron Chile, Ecuador, Venezuela, Bolivia, Colombia, Costa Rica, R. Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haití, Nederland, Panamá y Uruguay. Paraguay, que había imitado a Trump, decidió revocar su decisión, y trasladó su embajada de *Jerusalem* a Tel Aviv, su anterior sede, por su compromiso con el derecho internacional (2018).

Queda claro, que, a nivel de la ONU, tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad, han condenado la política desplegada por Israel, que apunta a modificar el carácter, estatus o la composición demográfica de la Ciudad Santa.

6. El traslado de la Embajada de los EE UU de Tel Aviv a *Jerusalem*. Violación del derecho internacional (2017)

En 6 de diciembre de 2017, el ex presidente Trump decidió, unilateralmente, reconocer a la Ciudad Santa de *Jerusalem* como la capital de Israel, anunciando la relocalización de su embajada desde Tel Aviv. Llevado el tema al Consejo de Seguridad de la ONU, este órgano no logró condenar tal acto, debido al veto en solitario de los EE UU (18-12-2017). Recordemos que los cinco estados permanentes que integran el C.S. se han reservado el derecho de vetar e impedir cualquier resolución del mismo que resulte contraria a sus intereses (EE.UU., Reino Unido, Francia, la ex URSS y la República Popular China, art.27 de la Carta de la ONU). De este derecho no gozan los restantes 10 estados que lo componen.

El fracaso del C.S. en su labor de preservar la paz y seguridad en el mundo, condujo a la **Asamblea General a celebrar una Sesión Especial de Emergencia, adoptando la Resolution ES-10/19**, afirmando que *“cualquier decisión que haya alterado el carácter, estatus o composición demográfica de la Ciudad Santa de Jerusalem, no tendrá efectos legales, será nula y sin contenido, debiendo ser rescindida en cumplimiento de las resoluciones relevantes del C.S., convocando a todos los estados a abstenerse de establecer sus embajadas en esta Ciudad, conforme la Resolution 478 (1980)”*.

Cabe preguntarse por qué resulta violatorio del DI el traslado de la embajada de los EE UU. El traslado de la embajada de los EE UU de Tel Aviv a la Ciudad Santa de *Jerusalem*, transgrede gravemente las normas sobre las relaciones internacionales entre los estados. El DI mismo ha nacido con la protección de los representantes extranjeros en el territorio de otro feudo o estado, lo cual incluye su persona y asegura el cumplimiento de sus funciones. La sede de la embajada es inviolable porque se considera parte del territorio del estado acreditante del embajador, y el estado receptor debe asegurar dicha inviolabilidad personal y funcional. Es que el embajador posee como función esencial, la protección de los intereses del estado acreditante y de sus nacionales en el territorio del estado receptor, dentro de los límites del DI.

La declaración de los EE UU, reconociendo a *Jerusalem* como capital del estado de Israel, y acto seguido, llevando su embajada a esta ciudad, implica desconocer las resoluciones de la ONU, en particular la Resolución 478/1980 del C.S., sobre el carácter internacional de la ciudad y la inviolabilidad de los lugares sagrados. La ONU es el único órgano habilitado para resolver sobre el destino de la Ciudad Santa.

7. La jurisdicción de la CIJ

La CIJ tiene competencia para conocer del juicio porque está previsto en el Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la Solución de Controversias de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) al cual han adherido ambos estados, los EE UU en 1972 y Palestina en 2018.

Aun así, EE UU se presentó ante la CIJ planteando que no reconocía la competencia del Tribunal, porque no se sentía vinculada a Palestina por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (CVRD) y su Protocolo Facultativo- fundamento de la jurisdicción de la CIJ-. Agregó que, cuando Palestina quiso acceder a la CVRD, los EE UU hicieron la reserva para su admisión al menos en relación a ella.

La CIJ dio plazo a ambos estados para fundar sus posiciones, y luego resolverá si posee o no competencia para conocer de la demanda.

8. Petición de Palestina a la CIJ

Palestina solicita a la CIJ:

1. Que declare que la relocalización de la Embajada de los EE UU hacia la Ciudad Santa de *Jerusalem*, implica la violación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de la ONU de 1961.
2. Que ordene a los EE UU el retiro de la misión diplomática de la Ciudad Santa de *Jerusalem* y que se ajuste a las obligaciones internacionales previstas en dicha Convención.

3. Que ordene a los EE UU que adopte todas las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones y que ofrezca garantías de no repetición de su conducta ilegal.

9. La elección de Joe Biden como nuevo presidente de los EE UU. Una esperanza para el Pueblo Palestino. Pronóstico

El triunfo de Biden como nuevo presidente de los EE UU, es una buena noticia y una estrella de esperanza para el sufrido pueblo de Palestina.

Sería muy bueno para la paz en el Oriente Próximo, que el nuevo gobierno revierta la decisión de Trump, deje sin efecto el reconocimiento de *Jerusalem* como capital de Israel y reinstale su embajada en Tel Aviv, la única capital de Israel defendible al trasluz del DI.

Ello permitiría a la CIJ, declarar que el asunto “ha caído en abstracto”, dando por finalizado el juicio.

De no hacer así, el juicio continuará y la CIJ resolverá sobre su jurisdicción, punto sobre el cual pronostico que se declararía competente, el proceso continuaría y finalizaría con una sentencia, que debería ser condenatoria de los EE UU, tal como ya aconteciera en los casos “ Avena y otros”- México c. EE UU-, “ Hermanos LeGrand” – Alemania c. EE UU-“ Breard” - Paraguay c. EE UU- por la violación de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de la ONU DE 1963 y la aplicación de la pena de muerte a nacionales extranjeros en territorio norteamericano, sin la previa intervención y asistencia del cónsul respectivo de México, Alemania o Paraguay.

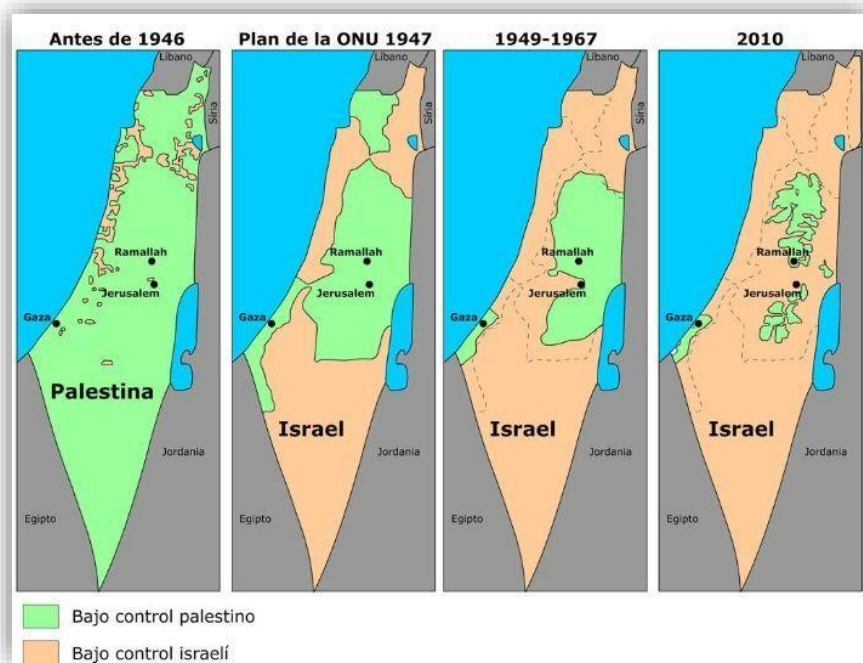
Esta decisión autoritaria y antijurídica de Trump en Palestina, se dio en sintonía con otra medida agravante y lesiva de los derechos de los ciudadanos, pero en Centroamérica, como lo fue la de levantar un muro en la frontera con México y así impedir y controlar el ingreso de los extranjeros.

Copiaban los EE UU la grosera construcción del Muro en el Territorio Palestino ocupado por parte de Israel, acción que fue descalificada por la CIJ en su Opinión Consultiva (2004)- pedida por la A.G.- declarándola violatoria de los derechos del pueblo

palestino a transitar, trabajar, estudiar, practicar libremente su culto, a la alimentación, a la salud, de autodeterminarse, etc., reconocidos en la Convención de la ONU sobre Derechos Civiles y Políticos, sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), en la Convención Universal de los Derechos del Niño (1989), en el Convenio de La Haya de 1907 sobre Derecho de la Guerra, en el Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra de 12 de agosto de 1949, etc.

Basta de muros (en los EE UU y en Israel) y basta de vetos (en el Consejo de Seguridad de la ONU), que impidan el ejercicio de los derechos inalienables de los ciudadanos y de los pueblos, derechos que son oponibles erga omnes y exigibles a cualquier estado del mundo.

Ha llegado la hora de que Palestina sea admitido como estado en la ONU, con plenitud de derechos, y también de obligaciones, por supuesto.



Palestina: triunfo diplomático y judicial

La Corte Penal Internacional investigará por crímenes de guerra a israelíes y a Hamás

Hooft, Eduardo Raimundo¹

1. Resumen

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (CPI/Corte) resolvió en el mes de febrero de 2021 que posee jurisdicción territorial para investigar los crímenes que pudieren haber cometido las fuerzas armadas israelíes y Hamás en los territorios ocupados por Israel desde 1967- la Guerra de los Seis Días- a saber, Gaza y Cisjordania, incluida Jerusalén Oriental.

Esta decisión de la CPI fue muy mal recibida por el gobierno israelí y con beneplácito por el gobierno y pueblo palestino.

El siguiente trabajo tiene por finalidad adentrarse en el marco político, territorial e histórico de la cuestión, acercando conclusiones y un posible pronóstico de la situación.

2. Palabras clave

Palestina – Israel – Hamás – Corte Penal Internacional – Crímenes internacionales

¹Hooft, Eduardo Raimundo. Profesor, investigador, UNMDP. Exjuez en lo Civil y Comercial del Departamento de General Pueyrredón. Exconjuez de la Suprema Corte de justicia de la Provincia de Buenos Aires. Juez del Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata.

3. Abstract

The Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court (ICC / Court) ruled in February 2021 that it has territorial jurisdiction to investigate the crimes that the Israeli armed forces and Hamas may have committed in the territories occupied by Israel since 1967. - the Six Day War - namely, Gaza and the West Bank, including East Jerusalem.

This ICC decision was very badly received by the Israeli government and welcomed by the Palestinian government and people.

The purpose of the following work is to delve into the political, territorial and historical framework of the issue, drawing conclusions and a possible forecast of the situation.

4. Key words

Palestine - Israel - Hamas - International Criminal Court - International crimes

Palestine: diplomatic and judicial triumph

The International Criminal Court will investigate for war crimes Israelis and Hamas

5. Fundamentos de la decisión de la Corte Penal Internacional

Como ya sabemos, la Corte Penal Internacional (CPI) vincula solamente a los Estados que han adherido al Estatuto de Roma de 1998 que diera lugar a su creación, y juzga solamente a las personas físicas imputadas de los crímenes internacionales que se hubieren cometido en el territorio de un Estado Parte o por uno de sus nacionales (Genocidio, crímenes de Guerra, de Lesa Humanidad o Crimen de Agresión- delito éste agregado en la Asamblea de Estados Parte en 2010 en Kampala, Uganda).

Para poder llegar a un juicio de responsabilidad de los imputados, se deben cumplir ciertos requisitos y pasos previos.

Las actuaciones pueden iniciarse:

- 1.- Ha pedido de un Estado Parte, dirigida a la Fiscalía.
- 2.- Por decisión del Consejo de Seguridad de la ONU, cuando considerare que la situación pone en peligro la paz mundial (Cap. VII, arts. 39/51 de la Carta).
- 3.- De oficio por el Fiscal.

Pero el Fiscal no puede avanzar sin recabar la autorización previa de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, quien autorizará la investigación de la Fiscalía si es que considera que hay pruebas suficientes de la probable comisión de algunos de los delitos tipificados en el Estatuto de Roma.

Esto es lo que ha ocurrido en este caso que comentamos: la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, ha autorizado la investigación de los crímenes de guerra que pudieren haberse cometido en los territorios que ocupa ilegítimamente Israel desde la guerra de 1967, tanto por parte de los soldados israelíes como por los combatientes del grupo Hamas.

Hamás (fervor, entusiasmo, en idioma árabe) es el Movimiento de Resistencia Islámico, una organización palestina nacionalista e islamista. Su objetivo original versaba en el establecimiento de un estado islámico en la región histórica de Palestina, que comprendería los actuales Israel, Cisjordania y la Franja de Gaza, con capital en Jerusalén.

Si bien Israel ayudó inicialmente a la creación de Hamás para debilitar a la OLP (Organización para la Liberación de Palestina), cuando advirtió que Hamás era más peligroso que la OLP y que Al-Fatah, una organización político-militar palestina, fundada en 1958 en Kuwait por Yasser Arafat, decidió eliminar con misiles al fundador y líder espiritual de Hamás, el jeque Ahmed Yasín y a su sucesor Ábdel Aziz ar-Rantisi (en Gaza, 2004). El crimen fue condenado por la ONU, el papa Juan Pablo II, la Unión Europea, los países árabes y el Secretario general de la ONU, Kofi Annan.

Si bien Hamás y Al-Fatah estuvieron enfrentados, llegaron a un acuerdo para "el establecimiento de un Estado de Palestina completamente soberano e independiente, con Jerusalén como capital, en las fronteras del 4 de junio de 1967" (Pacto de Reconciliación del El Cairo de 2017).

Para Hamás la situación es difícil, porque ha sido declarada organización terrorista por los Estados Unidos, Israel, Japón, Canadá y Australia, aunque algunos países árabes, Rusia y Turquía, no la consideran como tal. La Unión Europea, por una decisión del Consejo de Europa confirmada por una sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 2017, también consideró que Hamás era una organización terrorista, alineándose con la política de los EE UU, como respuesta a los atentados terroristas contra las torres gemelas en Nueva York del 11-09-2001.

Ello implica el congelamiento de los fondos y créditos pertenecientes a Hamás o a personas, grupos o entidades vinculadas a ella. El efecto nocivo de estas represalias económicas y financieras contra Hamás, implican el bloqueo de la asistencia humanitaria a las poblaciones que viven en los campamentos, quienes se ven privados de alimentos y medicinas agregando nuevos males a sus desgracias.

6. Lugar de comisión de los crímenes internacionales

La Corte Penal Internacional ha considerado *prima facie*, que tanto los militares israelíes como los miembros de Hamás, han cometido crímenes internacionales en los territorios que el Estado de Palestina considera como propios.

Son los territorios que Israel ocupa ilegítimamente desde la Guerra de los Seis Días, conflicto bélico que enfrentó a Israel con una coalición árabe formada por Egipto y Siria – la R.A.U. - Jordania e Irak entre el 5 y el 10 de junio de 1967.

Al finalizar la Guerra de los Seis Días, Israel había conquistado la península del Sinaí, la Franja de Gaza, Cisjordania, Jerusalén Este (incluyendo la Ciudad Vieja) y los Altos del Golán.

La Península del Sinaí

Fue clave en los Acuerdos de Paz de Camp David firmados por el presidente egipcio Anwar el-Sadat y el Primer Ministro israelí Menájem Beguín en 1978. Con la firma del Tratado de Paz entre Israel y Egipto el 26-03-1979, Egipto recuperó el Sinaí, restableciéndose las relaciones entre los dos países y poniendo fin al estado de guerra existente desde la guerra árabe-israelí de 1948. Vaya nuestro reconocimiento al ex presidente Jimmy Carter, por su labor pacificadora en la región.

La Franja de Gaza

Se trata de una estrecha banda de tierra, de 41 km de largo y 2 km de ancho, que linda con el suroeste de Israel y con el noreste de la península del Sinaí (Egipto). Tiene una superficie de 360 km² y casi 2 millones de habitantes que viven hacinados en ocho campos de refugiados. Está completamente cercada excepto en la costa del Mar Mediterráneo. Las autoridades israelíes mantienen ocho puestos fronterizos, dos de los cuales (Erez al norte y Rafah al sur) pueden ser utilizados por los palestinos. Está gobernada por Hamás desde que ganó las elecciones en 2006. Hamás se niega a reconocer al Estado de Israel, no renuncia a la violencia y niega los acuerdos anteriores firmados por la antigua OLP.

Cisjordania

Originariamente se denominaba como Judea y Samaria (así figura en la Biblia). Durante su ocupación por Transjordania (1948/67) pasó a llamarse Cisjordania. Es una región de 5860 km² de extensión y de 20 a 40 kilómetros de ancho delimitada al este por el río Jordán y el mar Muerto, y al oeste, norte y sur por la llamada “Línea Verde” que la separa de Israel.

El origen de la “Línea Verde” se remonta a la Primera Guerra Árabe-israelí de 1948 que finalizó con un armisticio en 1949. Sobre el terreno, con un lápiz verde, se trazó una demarcación de los territorios en disputa entre Israel por un lado, y Egipto, Siria y Transjordania por el otro. Dicha línea separa a Israel de los territorios del antiguo Mandato británico de Palestina (formado en 1920, dentro del plan de partición del Imperio otomano, uno de los grandes derrotados en la I Gran Guerra).

Los territorios repartidos por el Armisticio de 1949 fueron ocupados por Egipto (la Franja de Gaza) y por Transjordania (Cisjordania). Estas ocupaciones violaban abiertamente lo aprobado en la Resolución 181 de la Asamblea General de la ONU para la Partición de Palestina, con la creación de dos Estados Independientes, uno árabe y el otro judío, y un Régimen Internacional Especial para la Ciudad de Jerusalén, como un “*corpus separatum*”, que incluía su municipio, los pueblos y ciudades circundantes, fijando sus límites en la ciudad Abu Dis al este, la de Bethlehem al sur, la de Ein Karim al oeste y la de Shu’fat al norte.

Si bien la “Línea verde” no debía ser considerada como una frontera política o territorial, lo cierto es que, para muchos Estados, esta pasó a ser la línea de fronteras “anteriores a la guerra de 1967” entre Israel y sus vecinos. Por caso, Brasil, Argentina, Paraguay y Venezuela, al reconocer oficialmente al Estado de Palestina, hicieron referencia expresa a las “fronteras de 1967” como los límites de dicho Estado.

Por su valor simbólico, religioso y político, cabe enfatizar en que la Santa Sede, luego de reconocer al Estado de Palestina, expresó su respaldo a “un independiente, soberano, democrático y viable Estado de Palestina sobre la base de las fronteras pre-1967”.

Por último, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 2334 el 23-12-2016 en la cual se alude a las "fronteras de 1967" para referirse a lo que deberían ser los límites entre Israel y Palestina.

Adelantamos que poco margen queda para negar a Palestina la condición jurídica de “Estado” con plenitud de derechos para defenderse y defender sus fronteras. Un pueblo con identidad propia, con un territorio reconocido por la comunidad internacional y con una autoridad legítima que cumple con los servicios esenciales.

El Estado de Palestina se proclamó el 15 de noviembre de 1988 en Argel (Argelia) en una sesión extraordinaria del Consejo Nacional Palestino en el exilio. El 29 de noviembre de 2012 la Asamblea General de la ONU reconoció a Palestina como Estado observador no -miembro de las Naciones Unidas en una resolución adoptada con 138 votos a favor, 41 abstenciones y 9 votos en contra. Estados Unidos, Israel, Canadá, Palau,

Micronesia, la República Checa, Panamá, Nauru y las Islas Marshall fueron los países que votaron en contra.

Palestina ha sido reconocido como estado independiente por cerca de las 2/3 de los miembros de la ONU, por diversas organizaciones internacionales como la UNESCO, INTERPOL y por la misma Corte Penal Internacional.

Jerusalén Este

Jerusalén es una de las ciudades más viejas del mundo, fundada hace más de 5.000 años. Está situada en los montes de Judea, entre el mar Mediterráneo y la ribera norte del mar Muerto. Posee un profundo significado religioso para el judaísmo, el cristianismo y el islam. La ciudad vieja de Jerusalén fue declarada Patrimonio de la Humanidad por la Unesco en 1981.

Durante la Guerra de 1947/49, fuerzas israelíes ocuparon Jerusalén Occidental en violación de la Resolución 181 de la ONU. El Armisticio del 3 de abril 1949, condujo a la división de la ciudad (Jerusalén Este y Jerusalén Oeste).

En diciembre de 1949, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 303 (IV), “Palestina: la Cuestión de un régimen internacional para el área de Jerusalén y la protección de los Lugares Sagrados”. Reiteró que Jerusalén debía de ser puesta bajo un régimen internacional permanente, administrado por la ONU, que asegurase la protección de los Lugares Sagrados, dentro y fuera de la ciudad.

En junio de 1967, Israel ocupó la Franja de Gaza y la Ribera Occidental *incluyendo Jerusalén Oriental*. El acto fue condenado y declarado inválido por la Asamblea General exhortando a Israel a abstenerse de tomar medidas que pudieren alterar el estatus de Jerusalén (A.G.- Resolución 2253). En concordancia, el Consejo de Seguridad declaró la invalidez de todas las medidas administrativas y legislativas adoptadas por Israel, incluyendo las expropiaciones de tierras y propiedades dirigidas a cambiar el estatus jurídico de Jerusalén (C.S. Resolución 252 de 1968).

Israel, por su lado, considera a la ciudad de Jerusalén como un todo unificado y un mismo municipio, declarándola como su capital "eterna e indivisible" mediante la “Ley Básica” de Jerusalén en 1980.

En 1980 el Consejo de Seguridad de la ONU dictó las Resoluciones 476 y 478, en respuesta a la “Ley Básica” israelí, tachándola de nulidad y como una violación de la Convención de Ginebra IV relativa a la Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra y calificándola como una seria obstrucción para lograr la paz en el Oriente Medio y exhortando a todos los estados de la ONU a aceptar esta decisión y a retirar sus embajadas de la Ciudad Santa, mandato que cumplieron Chile, Ecuador, Venezuela, Bolivia, Colombia, Costa Rica, R. Dominicana, El Salvador, Guatemala, Haití, Netherland, Panamá, Uruguay y Paraguay (en 2018).

Queda claro que, a nivel de la ONU, tanto la Asamblea General como el Consejo de Seguridad, han condenado la política desplegada por Israel, que apunta a modificar el carácter, estatus o la composición demográfica de la Ciudad Santa.

Los Altos del Golán

Es una meseta ubicada en la frontera entre Israel, Líbano, Jordania y Siria. Es un área de 1800 km², de los cuales cerca de 1200 km² están bajo ocupación militar de Israel, unos 235 km² están controlados por una misión de internacional de mantenimiento de la paz de la ONU desde 1974 y el resto permanece bajo soberanía siria.

Para la ONU, se trata de “territorio ocupado”, calificando a Israel de “Potencia Ocupante”, lo que le impone serias obligaciones conforme el Derecho Internacional (Resolución 242 de 1967 del Consejo de Seguridad).

Si bien formalmente los Altos del Golán no han sido anexados, sí han sido integrados en el sistema administrativo israelí desde 1981. Para Siria, los Altos del Golán pertenecen a la unidad administrativa de Qunaytra. Una pequeña parte de los Altos del Golán, las Granjas de Shebaa, es reclamada por el Líbano; mientras Siria acepta esta reclamación, Israel y la ONU la rechazan.

El ex presidente Trump de los EE UU, declaró en 2017, que los Altos del Golán eran “territorio de Israel”. Desafortunada proclama, que se sumaba a una anterior, no menos grave y torpe, como lo fue el reconocimiento de Jerusalén como Capital de Israel y el traslado de la embajada norteamericana desde Tel Aviv a Jerusalén. Recordemos que estas decisiones fueron el fundamento del juicio iniciado por Palestina contra los EE UU ante la

Corte Internacional de Justicia (ver nuestro análisis “*PALESTINA contra los EE UU ante la CIJ por la Embajada en Jerusalem*”, <https://www.lacapitalmdp.com/palestina-contra-los-ee-uu-ante-la-cij-por-la-embajada-en-jerusalén/>).

7. Conclusiones y pronóstico

A la luz del Derecho Internacional, llegamos a las siguientes conclusiones y pronóstico:

Palestina es un Estado, y como tal ha sido aceptado por la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma, sometiéndose a la competencia de la Corte Penal Internacional.

La CPI posee jurisdicción para investigar- y llegado el caso juzgar- los crímenes de guerra y de lesa humanidad, que pudieren haber cometido y estén cometiendo, los soldados israelíes y los combatientes del grupo Hamás, en los territorios ocupados ilegítimamente por Israel desde la Guerra de los Seis Días (Gaza y Cisjordania, incluida Jerusalén Oriental).

La CPI enfrentará serias dificultades para poder cumplir su misión durante la investigación de los delitos. Como Israel no ha adherido al Estatuto de Roma, no colaborará con la investigación de la CPI ni juzgará por crímenes de guerra a sus propios soldados, aunque sean sindicados como presuntos responsables por la Fiscalía de la CPI.

Como el Estado de Palestina sí es parte del Estatuto de Roma y de la CPI, se halla facultado y obligado a investigar y juzgar a los responsables de haber cometido los crímenes cometidos “en su territorio”, sean combatientes de Hamás o soldados israelíes.

La CPI entraría a funcionar, si el Estado de Palestina no puede juzgarlos, no quiere juzgarlos o realiza un “simulacro de proceso”.

La justicia palestina debería juzgar a los imputados que sean integrantes de Hamás. Algo difícil, porque Hamás ha proclamado el derecho de los palestinos a tener un Estado soberano e independiente, con capital en Jerusalén.

Si el Estado Palestino no los juzga o simula juzgarlos, los debería entregar a la CPI.

Si los imputados fueron soldados israelíes, únicamente podría avanzar la CPI si fueren detenidos en Gaza o Cisjordania por parte de autoridades palestinas, para ser sometidos a juicio, como antesala de su eventual entrega a la CPI (si declara que no puede juzgarlos).

A pesar de estas adversidades, debe ser celebrada la decisión de la Corte Penal Internacional, que ha dado luz verde a la Fiscalía para investigar los crímenes perpetrados por los soldados israelíes y los combatientes del grupo terrorista Hamás, en Gaza, Cisjordania y Jerusalén Oriental, territorios ocupados ilegítimamente por Israel desde la Guerra de los Seis Días de 1967. Un paso más, en el largo y duro camino que conduzca a la plena soberanía del pueblo palestino en su tierra.



El lugar del principio de igualdad y libre determinación de los pueblos en el derecho internacional moderno y su relación con otros principios del derecho internacional

*Gulyaeva, Elena Evgenievna*¹



1. Resumen

El presente artículo está dedicado al examen de la cuestión del lugar que ocupa el principio de igualdad y libre determinación de los pueblos en el derecho internacional moderno y su relación con otros principios del derecho internacional. En este contexto, se presta especial atención a lo siguiente: la interacción del principio de igualdad y autodeterminación de los pueblos con el principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el principio

de integridad territorial; análisis de las siguientes disposiciones: Declaración sobre los principios del derecho internacional sobre las relaciones amistosas y la cooperación entre Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (1970).

2. Palabras clave

Principio de igualdad y autodeterminación de los pueblos - Principios del derecho internacional - Integridad territorial - Derechos Humanos.

¹ Profesora asociada. Departamento de Derecho Europeo. Academia Diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores de Rusia. E-mail: gulya-eva@yandex.ru

3. Abstract

The article is devoted to the consideration of the place of the principle of equal rights and self-determination of peoples in modern international law and its relationship with other principles of international law. The main attention in this context is given to the following issues: the interaction of the principle of equal rights and self-determination of peoples with the principle of respect for human rights and fundamental freedoms, and the principle of territorial integrity; analysis of the provisions of the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations of 1970.

4. Key Words

Principle of equal rights and self-determination of peoples, Principles of international law, Territorial integrity, Human Rights.

The status of principles of equality and self-determination in contemporary public international law and their relation with other principles of International law

5. Desarrollo

El principio de igualdad y autodeterminación de los pueblos hoy es una norma imperativa del derecho internacional jus cogens, uno de los principios fundamentales del derecho internacional moderno y su rasgo característico. Como parte del sistema de principios del derecho internacional, el principio de igualdad y autodeterminación está vinculado a todos ellos.

Por lo tanto, el derecho de los pueblos a la libre determinación debe ejercerse en estricta conformidad con los requisitos de principios del derecho internacional, como la

igualdad soberana de los Estados, el no uso de la fuerza o la amenaza de la fuerza, la inviolabilidad de las fronteras, integridad, solución pacífica de controversias, no injerencia en los asuntos internos del estado, respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, cooperación entre estados y el cumplimiento de buena fe de las obligaciones derivadas del derecho internacional².

Sin embargo, el principio de igualdad y autodeterminación de los pueblos está especialmente entrelazado con dos principios: el principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el principio de integridad territorial. Además, esta interacción tiene lugar de acuerdo con un esquema bastante complejo. Intentemos resolverlo.

El principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, como deber del Estado de proteger los derechos humanos y de brindar las garantías adecuadas, no puede cumplirse plenamente sin observar el principio de igualdad y autodeterminación de los pueblos.

La autodeterminación es un derecho de los pueblos, un derecho colectivo, cuya prerrogativa de uso pertenece al colectivo. Dicho colectivo está formado por individuos, por lo que cualquier daño a la autodeterminación como derecho colectivo equivale a una violación de los derechos de los individuos que lo integran. Existe una estrecha relación entre el derecho a la autodeterminación, por un lado, y los derechos individuales, por otro. Se basa en el hecho de que la libre determinación es el derecho fundamental, sin el cual no se pueden realizar otros derechos humanos. No es una coincidencia que el derecho a la libre determinación se destacara en ambos Pactos de Derechos Humanos, documentos cuyo propósito era detallar los derechos de las personas³.

De la interdependencia de los derechos humanos y el derecho de los pueblos a la libre determinación, a veces se llega a la conclusión errónea de que el derecho a la libre determinación es un derecho del individuo⁴.

² Ver: Yu.A. Reshetov. Al proyecto de convención sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación // Revista de Derecho Internacional de Moscú. - 2000. - No. 3; Reshetov Yu.A. El derecho a la autodeterminación y la secesión // Revista de Derecho Internacional de Moscú. - 1994. - No. 1.

³ Ver: Zhurek O.N. Decreto. Op. P. 106. Para más detalles sobre la relación entre los derechos humanos y los derechos de los pueblos, ver: Senese S. Derechos humanos y derechos de los pueblos: ¿dos mundos separados? // Relaciones Internacionales. - 1991. - No. 2.

⁴ Ver: A.P. Movchan. Protección internacional de los derechos humanos. - M.: Gosyurizdat, 1958 S. 61-64; Feldman D.I., Yanovsky V.N. Asamblea general UN. - Kazán: 1968, S. 117-118.

Cabe señalar que este derecho pertenece a la tercera generación de derechos humanos y se formó después de la Segunda Guerra Mundial. La naturaleza de estos derechos es controvertida. Según E.A. Lukasheva, la peculiaridad de estos derechos es que son colectivos y pueden ser ejercidos por una comunidad (asociación)⁵. K. Vasak tenía puntos de vista similares, quien clasifica solo los derechos colectivos basados en la solidaridad como la tercera generación de derechos: el derecho al desarrollo, a la paz, la independencia, la autodeterminación, la integridad territorial, la soberanía, la liberación de la opresión colonial, el derecho a una vida digna, el medio ambiente sano, el patrimonio común de la humanidad y el derecho a la comunicación⁶. Los fundamentos de estos derechos se establecen en muchos documentos internacionales (la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Declaración de 1960 sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, etc.).

También hay otros puntos de vista. Por ejemplo, según S.V. Polenina, la tercera generación de derechos humanos abarca los derechos (derechos especiales) de aquellas categorías de ciudadanos (niños, mujeres, jóvenes, ancianos, discapacitados, refugiados, representantes de minorías nacionales y raciales, etc.) que, por razones sociales, por razones políticas, fisiológicas y de otro tipo, no tienen las mismas oportunidades que los demás ciudadanos para ejercer los derechos y libertades comunes a todas las personas y, por tanto, necesitan algún apoyo tanto del Estado como de la comunidad internacional⁷.

A este respecto, se señala acertadamente que el derecho a la libre determinación no puede ser realizado por un individuo, que el principio de libre determinación sólo es aplicable a un colectivo de personas que forman un pueblo o una nación⁸.

Un individuo como miembro separado de una comunidad (pueblo o nación) no puede disfrutar plenamente de todos los derechos y libertades, si no se le concede a esta

⁵ Ver: E.A. Lukasheva. Decreto. Op. P. 24.

⁶ Cm.: Vasak K. Los problemas específicos de la implementación de los derechos humanos económicos y sociales // Universidad Católica de. Centro de Estudios Europeos. Hacia la protección efectiva de los derechos económicos y sociales. Segundo coloquio del Departamento de Derechos Humanos. Louvian, Vander. 1973. P. 11–34.

⁷ Ver: S.V. Polenina Los derechos de la mujer en el sistema de derechos humanos: aspectos internacionales y nacionales. M., 2000 S. 39.

⁸ Ver: V.A. Kartashkin Protección internacional de los derechos humanos. - M.: Relaciones internacionales, 1976. S. 36.

comunidad el derecho a la autodeterminación y otros derechos colectivos. Dos lados comunes de un mismo tema - la libertad del pueblo y la libertad de una persona que pertenece a este pueblo, no pueden ser desgarrados y opuestos artificialmente sin discriminar al pueblo y, en última instancia, al individuo⁹.

Además, la interacción de los dos principios se lleva a cabo en dos direcciones más, que ya se han señalado.

En primer lugar, las violaciones de los derechos humanos y, sobre todo, de los derechos asociados a la nacionalidad de una persona, son a menudo el motivo directo de los llamamientos al derecho de los pueblos a la libre determinación. Además, si estas violaciones son masivas y groseras, entonces, en este caso, las demandas del pueblo por la autodeterminación externa parecen legítimas. El respeto de los derechos humanos y las libertades es la principal y más importante tarea del Estado. Por lo tanto, si no hace frente a esta tarea, resulta bastante natural y justificado que el deseo del pueblo de autodeterminarse fuera del marco de este estado pueda manifestarse, incluso en forma de secesión.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la máxima protección posible de los derechos humanos y las libertades, al analizar el derecho de los pueblos a la libre determinación, al elegir una u otra forma de libre determinación. Además, no solo se tienen en cuenta los derechos de una persona perteneciente a un pueblo autodeterminado, sino también los derechos del resto de la población del estado en cuyo territorio tiene lugar la autodeterminación. De lo dicho se desprende que la autodeterminación en aras de mantener relaciones pacíficas y amistosas entre los Estados, asegurando la estabilidad en el mundo, debe realizarse no a expensas de los derechos humanos, sino a través de su protección integral¹⁰.

Junto al tema del derecho a la autodeterminación, la cuestión relativa a la relación entre el principio de igualdad y autodeterminación de los pueblos con el principio de integridad territorial, es una de los más controvertidas y debatibles. En la teoría del derecho internacional no hay consenso sobre este tema, aunque parece que una posición unificada

⁹ Ver: Curso de Derecho Internacional. En 7 volúmenes Vol. 2. Principios básicos del derecho internacional. - M.: Nauka, 1989.S.187.

¹⁰ Ver: G.B. Starushenko. La autodeterminación como base jurídica para la prevención de conflictos y la protección de los derechos humanos // Coll. "El derecho de los pueblos a la autodeterminación: idea y realización" / comp. Osipov A.G. - M.: Zvenya, 1997.S.56.

permitiría un mayor desarrollo más efectivo del concepto jurídico internacional del derecho de los pueblos a la libre determinación.

Algunos estudiosos creen que el derecho de los pueblos a la autodeterminación hasta la secesión "es secundario en comparación con el principio fundamental de integridad territorial"¹¹. Otros ven la "libertad de secesión" como "la máxima expresión de democracia en las relaciones entre los pueblos"¹². Otros dudan de la legitimidad de la comparación misma de los dos principios, refiriendo uno de ellos al ámbito de las relaciones "interestatales" y el otro a las relaciones que surgen entre el pueblo, parte del pueblo y el Estado¹³. Según el cuarto punto de vista, quizás el más radical, se niega la existencia misma del principio de igualdad y autodeterminación de los pueblos¹⁴.

Sin entrar en la valoración de los puntos de vista presentados, solo podemos señalar que, al analizar la relación entre el principio de integridad territorial y el derecho de los pueblos a la libre determinación, es necesario partir de que el derecho internacional es un sistema integral de regulación legal, todas las partes de las cuales están estrechamente interconectadas y son interdependientes... Así, la Declaración de Principios de Derecho Internacional de 1970 establece: "Cuando se interpretan y aplican, los principios declarados... están interrelacionados y cada principio debe considerarse en el contexto de todos los demás principios"¹⁵.

El principio de igualdad y autodeterminación de los pueblos no procede de la separación y formación obligatorias de estados uninacionales, sino de la conveniencia de preservar estados grandes ya existentes¹⁶.

En este sentido, la tendencia actual en el desarrollo del derecho de los pueblos a la libre determinación es tal que se lleva a cabo dentro de los límites del Estado, lo cual incluye al

¹¹ Posibles vías y medios para encontrar soluciones pacíficas y constructivas a los problemas relacionados con las minorías // Segundo informe de progreso presentado por el Sr. Asbjorn Eide. Doc. ONU E / CN.4 / Sub.2 / 1992/37. Pág. 35.

¹² Barsegov Yu.G. Autodeterminación e integridad territorial. - M.: 1993, S. 7.

¹³ Ver: S.V. Chernichenko. El principio de autodeterminación de los pueblos (interpretación moderna) // Revista de derecho internacional de Moscú. - 1996. - No. 4. P. 18-19. Véase también: S.V. Chernichenko El contenido del principio de autodeterminación de los pueblos (interpretación moderna) / Libro de texto. - M.: 1998 S. 27.

¹⁴ Véase también: Lukashuk I.I. Derecho internacional (parte general) / Libro de texto. - M.: 2001 S. 301.

¹⁵ Derecho internacional en documentos / Comp. NUEVO TESTAMENTO. Blatova, G.M. Melkov. - M.: 2003.S.23.

¹⁶ Ver: G.B. Starushenko. No solo para extinguir, sino también para prevenir conflictos // Revista de Derecho Internacional de Moscú. - 1997. - No. 1. P. 34.

pueblo en las formas previstas por el derecho interno, por ejemplo, en forma de autonomías nacional-culturales o territoriales, etc. (autodeterminación interior).

La elección de esta o aquella forma de autodeterminación depende de cuál de ellas, en cada caso específico, garantizará más plenamente los derechos humanos. "Autodeterminación del pueblo, la nación no es un fin en sí mismo, sino sólo un medio de proteger los derechos humanos, a los individuos"¹⁷.

Sin embargo, la autodeterminación también es posible fuera de las fronteras del estado.

En primer lugar, la posibilidad de crear un estado independiente puede estar prevista en la legislación nacional (secesión). Así, las constituciones de la URSS y la RFSY otorgaron a los súbditos de la federación el derecho, aunque formal, de secesión y creación de un estado independiente. Sin embargo, no se previó un procedimiento específico para la implementación de este derecho, lo que predeterminó su carácter declarativo. Por tanto, en el futuro, si algún Estado decide otorgar a los pueblos el derecho a retirarse y crear un Estado independiente, parece oportuno definir y consolidar constitucionalmente el mecanismo para la implementación de este derecho. Esto permitirá que los estados también garanticen sus propios intereses. Por ejemplo, si el estado opta por realizar un referéndum como una forma de revelar la voluntad del pueblo, con el fin de reprimir el separatismo, puede establecer mayores requisitos para la participación en el reconocimiento del referéndum como válido y (o) calificado de acuerdo a una mayoría de votos para tomar una decisión¹⁸.

En segundo lugar, lo que no es sorprendente, es la oportunidad para todos los pueblos, independientemente de la legislación nacional, que está prevista por el derecho internacional. De hecho, hoy, como se indica en el Documento de la Reunión de Moscú de 1991 de la Conferencia sobre la Dimensión Humana de la CSCE, "las cuestiones relacionadas con los derechos humanos, las libertades fundamentales, la democracia y el

¹⁷ Starushenko G.B. Decreto. Op. P. 37.

¹⁸ Para obtener más detalles sobre la autodeterminación y los problemas de la secesión y la soberanía estatal, consulte: V.D. Shuverova. Soberanía del Estado y derecho de los pueblos a la autodeterminación / Método. tolerancia. - M.: 1997; Belyaev V.A., Khairullina Yu.R. Transformación del federalismo ruso y la ley de secesión // Federalismo - Dimensiones globales y rusas: Conferencia internacional científica y práctica. - Kazán: 1993; Osterud O. Estado soberano y autodeterminación nacional // Revista etnográfica. - 1994. - No. 2; Seyidov A.V. Autodeterminación y separación en la doctrina jurídica moderna // Revista de Derecho Internacional de Moscú. - 2000. - No. 4.

estado de derecho son de carácter internacional, ya que la observancia de estos derechos y libertades constituyen uno de los fundamentos del orden internacional... y no pertenecen exclusivamente a los asuntos internos del respectivo Estado”¹⁹.

Ya hemos mencionado estas formas de autodeterminación externa, enumeradas en la Declaración de Principios de Derecho Internacional: “La creación de un estado soberano e independiente, la libre adhesión a un estado independiente o asociación con él, o el establecimiento de cualquier otra política o estatuto libremente determinado por el pueblo, son las formas de ejercer el derecho de este pueblo a la autodeterminación”. Sin embargo, también se observa que es inaceptable el desmembramiento o la violación parcial o total de la integridad territorial de los Estados que actúen de conformidad con el principio de igualdad y autodeterminación de los pueblos.

En consecuencia, la posibilidad de cambiar las fronteras de un estado depende del derecho internacional y de si el estado en cuestión observa el principio de igualdad y autodeterminación de los pueblos en la forma "tal como se establece este principio" (la redacción de la Declaración). Más arriba en el texto de la Declaración se establece: "Cada Estado está obligado a promover, a través de una acción conjunta e independiente, el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de acuerdo con la Carta".

Así, se sugiere una conclusión bastante razonable de que las formas de ejercicio del derecho de los pueblos a la autodeterminación (creaciones de un estado soberano e independiente, etc.) enumeradas en la Declaración, se aplican si el estado no promueve el respeto y la observancia de derechos humanos.

Esta es la condición más general bajo la cual los estados deben prestar especial atención al reconocimiento y protección constitucional de los derechos individuales y grupales relacionados con la etnia de un individuo. Estos derechos son subsidiarios, de naturaleza adicional en relación con las garantías generales de los derechos y libertades humanas y civiles en un país en particular. Por ejemplo, en la Constitución de la Federación de Rusia, tales derechos son: el derecho a determinar e indicar libremente la nacionalidad de uno (parte 1 del artículo 26), el derecho a usar el idioma nativo y elegir libremente el

¹⁹ Actos internacionales de derechos humanos: colección de documentos / Comp. VIRGINIA. Kartashkin, E.A. Lukashev. - M.: 2002 S. 787.

idioma de comunicación, educación, capacitación y creatividad (parte 2 del artículo 26) y otros.

Sin embargo, en el marco de esta condición general en el texto de la Declaración, se pueden distinguir dos condiciones más específicas para la observancia del derecho de los pueblos a la libre determinación:

- "Todo Estado está obligado a abstenerse de cualquier acto violento que prive a los pueblos de su derecho a la autodeterminación, la libertad y la independencia". Esto significa que el Estado no debe usar la fuerza armada si el pueblo plantea la cuestión de la autodeterminación sin violar el orden constitucional. La base legal para asegurar esta prohibición para los estados fue el principio legal internacional del no uso de la fuerza o la amenaza de la fuerza por parte de los estados "en sus relaciones internacionales", consagrado en el párrafo 4, art. 2 de la Carta de la ONU. Así, la Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional incluyó a los Estados y sus relaciones con los pueblos que ejercían el derecho a la libre determinación en las relaciones internacionales.

- "Los Estados deben tener gobiernos que representen a todas las personas pertenecientes a un territorio determinado, sin distinción de raza, religión o color de piel". Esta condición, de hecho, desarrolla lo dispuesto en el art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, según la cual toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país y tiene derecho a igual acceso a la función pública.

Parece que estas dos condiciones más particulares se destacan en la Declaración sobre los principios del derecho internacional en vista de su especial importancia precisamente para la observancia del derecho de los pueblos a la libre determinación.

También debe tenerse en cuenta que la Declaración es una resolución de la Asamblea General de la ONU, es decir que, formal y legalmente no es vinculante para los estados. Sin embargo, como fuente auxiliar del derecho internacional, de carácter recomendatorio y "programático", la resolución "impulsa" la dirección del desarrollo del derecho internacional y establece un modelo de comportamiento deseable y oportuno para los Estados. Ésta es su importancia excepcional.

Además, en la ciencia del derecho internacional, generalmente se reconoce que las disposiciones de la Declaración sobre los principios del derecho internacional son las normas de las costumbres jurídicas internacionales²⁰.

Además, la resolución en sí fue adoptada sin votación, sobre la base de una expresión de aprobación universal, sin votos en contra, lo que indica una amplia aceptación y apoyo internacional al documento.

Así, es obvio que el derecho internacional hace que la posibilidad de un cambio lícito de las fronteras de un estado basado en el derecho de los pueblos a la autodeterminación dependa del cumplimiento por este estado de tres condiciones, que, en esencia, se reducen a la observancia de otro principio: el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Los derechos humanos, que son el núcleo de todo el derecho internacional moderno, son una medida de la relación entre dos principios: la integridad territorial y la autodeterminación de los pueblos. Es este enfoque el que está impulsado por el contenido verdaderamente humanista tanto del principio de igualdad y autodeterminación de los pueblos como del derecho internacional en general.

²⁰ Ver por ejemplo: Eduardo Jimenez de Arechaga. Derecho internacional moderno / Per. con español Yu.I. Panchenko. Ed. SOLDADO AMERICANO. Tunkin. - M.: Progreso, 1983.S.52.

Personas en situación de refugio y la garantía fundamental de acceso a la justicia en Brasil para la solicitud de la condición de refugiado - Judicialización del Refugio

*Teixeira Boden, Ronaldo*¹

1. Resumen



La existencia de personas en situación de refugio en el mundo actual es una realidad indiscutible. En varios países, por diversas causas culturales, políticas, sociales, religiosas e incluso ambientales, estas personas migran de sus tierras de origen a otras, esto último llamado acogida. A esto se suma, además de las intolerancias ya mencionadas, también diferentes formas de Gobierno y Estado, crisis

democráticas, todas convergentes a una necesidad real de obligar a las personas a salir de sus países y refugiarse en otros. El presente trabajo fue elaborado para estudiar, luego de breves aproximaciones históricas sobre personas en situación de refugio, la posibilidad de acceso a la justicia por parte de estas personas con el fin de postular la situación jurídica de los refugiados, es decir, la judicialización del refugio, tomando en cuenta que la regla es la vía administrativa en el Poder Ejecutivo, conforme al procedimiento previsto en la Ley No. 9.474 / 97. Y el punto central del estudio fue mostrar la divergencia doctrinal y jurisprudencial sobre la posibilidad, por parte de estas

¹Abogado, egresado de la UniCeuma, Postgrado en Derecho Laboral, Procesal Laboral y Seguridad Social de la Universidade Santa Cruz do Sul (Br), Postgrado en Derecho Civil y Procesal Civil de la UniCeuma (Br), Postgrado en Ciencias Jurídicas-Políticas por el Centro de Estudios Constitucionales y de la Facultad del Baixo Parnaíba (Br), estudiante de maestría en Derecho de la Universidad Portucalense (Pt) y estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Ar).

personas, de acceso material a la justicia en Brasil, superando la denegación administrativa de la solicitud de concesión de asilo (acto administrativo discrecional), como una necesidad instrumento para hacer esta garantía fundamental, que es una de las materias discutidas en el Derecho Administrativo brasileño.

2. Palabras clave

Acceso a la Justicia - Derecho Administrativo - Derechos humanos - Personas en situación de refugio

3. Abstract

The existence of people in refugee situations in today's world is an indisputable reality. In several countries, for various cultural, political, social, religious and even environmental reasons, these people migrate from their lands of origin to others, the latter called reception. To this is added, in addition to the intolerances already mentioned, also different forms of Government and State, democratic crises, all converging to a real need to force people to leave their countries and take refuge in others. The present work was prepared to study, after brief historical approaches about people in refugee situations, the possibility of access to justice by these people in order to postulate the legal situation of refugees, that is, the judicialization of the refuge, taking into account that the rule is the administrative route in the Executive Power, in accordance with the procedure provided for in Law No. 9,474 / 97. And the central point of the study was to show the doctrinal and jurisprudential divergence on the possibility, by these people, of material access to justice in Brazil, overcoming the administrative denial of the application for granting asylum (discretionary administrative act), as a necessary instrument to make this fundamental guarantee, which is one of the matters discussed in Administrative Law Brazilian.

4. Key words

Access to Justice - Administrative Law - Human Rights - People in refugee situations

People in refugee situations and the fundamental guarantee of Access to justice in Brazil to request refugee status - Judicialization of the Refuge –

5. Introducción

Es inevitable hablar de personas en situación de refugio sin que el sujeto esté asociado a los derechos humanos, representados aquí, específicamente, garantizando el acceso a la justicia. Al fin y al cabo, la existencia de una situación de refugiados en el mundo actual es una realidad que pone en tela de juicio el respeto de las normas relativas a la protección de los valores fundamentales del individuo.

Históricamente, la existencia de personas en situación de refugio se remonta a los tiempos más antiguos, posiblemente habiendo comenzado en el mundo antiguo (antes de Cristo), mientras que la guerra (principal causa de la situación de refugio)², en ese momento, era una actividad rutinaria y constante de los imperios.

Cabe señalar que, si bien el mundo ha evolucionado, en algunas partes del globo la actividad bélica sigue siendo una realidad y persiste todo tipo de intolerancia, lo que genera innumerables conflictos de las más variadas especies, trayendo duras consecuencias, como el surgimiento de la situación de los refugiados tratados aquí.

Por tanto, la existencia de conflictos armados en el mundo se debe a las más variadas razones, ya sean religiosas, políticas, territoriales, de opinión, de raza u otras. Hoy todavía se habla de refugiados ambientales. Estos conflictos son una de las razones

² Pero no es la única causa.

por las que todavía hay personas en situación de refugio en tan gran número, incluso ante la existencia de regímenes democráticos modernos, en los que, al menos teóricamente, tales causas se mitigan³, en palabras de Bobbio⁴.

Es importante señalar que, dentro del concepto de personas en situación de refugio, las personas que intentan escapar o que han escapado de sus países de origen no están acogidas, en difluencia de haber cometido delitos, como forma de evitar un juicio por actos cometidos, o incluso aquellos que simplemente deciden residir en otro lugar en busca de mejores condiciones de vida, optando por la migración, una situación diferente. De la misma manera, si bien existe una ley brasileña, para el mejoramiento y garantía de los derechos humanos (en relación con las personas en situación de refugio), es decir, la Ley N ° 9.474 / 97 de refugio (Estatuto de Refugio), este mecanismo legal no pacificó la comprensión del acceso a la justicia por parte de estas personas para postular la condición de refugiados.

Entre los principales matices de este artículo, sin ninguna intención de agotar el tema o proponer soluciones definitivas, estará la diferencia conceptual (y que se refleja en la realidad práctica), que existe entre las nomenclaturas “refugiados” y “personas en situación de refugio”, y el efectivo acceso material a la justicia por parte de esta última, luego de una eventual denegación de refugio producida por un acto administrativo discrecional de CONARE⁵, órgano principal del Poder Ejecutivo responsable del tratamiento y evaluación del asunto en la vía administrativa.

Y el contexto del interrogante lleva a la siguiente pregunta: ¿Pueden las personas en situación de refugiado acudir al Poder Judicial en Brasil para obtener la condición de

³ A través del proceso de democratización internacional para la resolución pacífica de conflictos, o incluso para evitarlos, garantizando así los derechos humanos, y especialmente para las personas en situación de refugio.

⁴ “El reconocimiento y la protección de los derechos humanos son la base de las constituciones democráticas modernas. La paz, a su vez, es la condición previa necesaria para el reconocimiento y la protección efectiva de los derechos humanos en cada Estado y en el sistema internacional. Al mismo tiempo, el proceso de democratización del sistema internacional, que es el camino obligatorio para la búsqueda del ideal de la “paz perpetua”, en el sentido kantiano de expresión, no puede continuar sin una expansión gradual del reconocimiento y la protección de los derechos humanos. por encima de cada estado. Los derechos humanos, la democracia y la paz son tres momentos necesarios de un mismo movimiento histórico: sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos”

⁵ Conare - Comité Nacional de Refugiados - es un organismo colegiado, vinculado al Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, que delibera sobre las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado en Brasil. Sus competencias y composición están definidas en el art. 12 de la Ley No. 9.474, de 22 de julio de 1997. (BRASIL. Ministerio de Justicia y Seguridad Pública. Conare.).

refugiado? En otras palabras, ¿es posible la judicialización del refugio en el Estado brasileño?

En ese sentido, entrará en la discusión doctrinal y jurisprudencial existente sobre el tema. Para algunos, el Poder Judicial puede considerar solicitudes de concesión de asilo; para otros no lo es, considerando que para estos es una medida que le corresponde al Poder Ejecutivo en el proceso administrativo, como ya se mencionó.

6. Desarrollo

El concepto de acceso a la justicia es vago, ambiguo, por lo que debe dividirse en acceso formal y material.

Como casi todos los institutos jurídicos, el acceso a la justicia en Brasil también surgió de una evolución histórica y quedó inserto en el concepto de garantía fundamental (como derechos humanos) después de los conflictos mundiales; una época en que los derechos sociales comenzaron a cobrar importancia, siendo así llamados derechos de segunda generación, es decir, los que dependen de una acción del Estado, como bien dijo Streck⁶.

Primitivamente, durante un largo período de tiempo, la potestad de hacer cumplir la ley no la ejercía el Estado, ya que no tenía tal prerrogativa, sino las propias partes disidentes, a través de la autoprotección, porque no existía el concepto de Estado tal como es hoy conocido. De esta forma, prevaleció la fuerza física, ya que fue aprovechada por el más fuerte que se impuso, sometiendo cualquier razón o derecho, como eludió Alcalá Zamora, citado por Didier⁷.

Con la constante evolución del mundo y la ley, que incluía los métodos de

⁶ “Se percibe en este camino la transposición de los llamados derechos de primera generación (derechos de libertad), circunscritos a las libertades negativas frente a la acción estatal, a la segunda generación (derechos sociales, culturales y económicos), ligados a la positividad de la acción Estado y preocupados por el tema de la igualdad (aparecen como una pretensión de acción correctiva por parte de los Estados) y, más tarde, la tercera generación, quienes se apartan considerablemente de las anteriores por incorporar, ahora, un contenido de universalidad no como proyección, sino como compacidad, comunión, como derechos solidarios, ligados al desarrollo, la paz internacional, el medio ambiente sano, la comunicación”.

⁷ “La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (tratése de persona individual, asociación obrera o patronal, consórcio económico, partido político oficial, profesión o cuerpo, Estado nacional, etc), y aun as veces los dos, como el duelo on en la guerra, resuelvem o intentam resolver el conflicto pendiente com el outro, mediante su acción directa, en el lugar de servise de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso.”

resolución de conflictos, estos pasaron a ser sometidos a arbitraje, donde los contendientes eligieron a un tercero completamente independiente e imparcial, para resolver el asunto.

Desde el momento en que el Estado asumió el poder, luego de las diversas transformaciones que atravesó, y principalmente con el surgimiento de la famosa teoría de la distribución del poder⁸, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial se impuso la prerrogativa de “diga lo correcto y aplíquelo”. Luego las relaciones sociales y jurídicas eran reguladas por el Estado, y la Ley se aplicaba por jurisdicción⁹.

A nivel internacional, en términos generales, se ha previsto un amplio acceso a la justicia para las personas en situación de refugio desde la Convención de 1951, que en su artículo 16 prevé el “Derecho a comparecer ante los tribunales”.

Sin embargo, esta disposición, si bien da comienzo al asunto, es de carácter general¹⁰ y dependerá de la legislación interna de los países y de la forma en que éstos recibirán dicha convención en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. Y el caso brasileño no difiere en que el análisis es complejo, y el acceso a la justicia de las personas en situación de refugio para obtener la condición de refugiado depende, estrictamente hablando, del desempeño del Ejecutivo y solo para algunos, sobre el propio Poder Judicial Secundario.

Por tanto, es necesario establecer una gran diferencia conceptual que hay que recordar: la que existe entre refugiados y personas en situación de refugiado, que muchas veces son tratadas como sinónimos, pero que son situaciones completamente diferentes desde el punto de vista técnico legislativo.

El propio Estatuto del Refugiado parece cometer esta nomenclatura, o falla terminológica (falla legislativa que puede generar problemas¹¹) porque, a nuestro juicio,

⁸ Consagrada en la obra “Espíritu de las leyes” de Montesquieu, en el siglo XVII.

⁹ “El Estado, como garante de la paz social, se propuso la solución monopolizada de los conflictos intersubjetivos transgrediendo el orden jurídico, limitando el alcance de la autoprotección. En consecuencia, dotó a uno de sus Poderes, el Poder Judicial, de la tarea de resolver estos conflictos aplicando la ley objetiva, concebida en abstracto, al caso concreto.”

¹⁰ Porque no brinda acceso a la justicia para obtener la condición de refugiado, sino acceso a la justicia general.

¹¹ Por ejemplo, basta pensar en un grupo de personas en situación de refugio que llegan a un determinado país y creen que todos son “refugiados” y que, por tanto, tienen derecho a ir y venir y hacer lo que quieran sin interrupción o supervisión de quién. lo que sea que es. El riesgo de un posible enfrentamiento es inminente,

debería llamarse Estatuto de las personas en situación de refugio, ya que implica desde el principio, la posibilidad de que estas personas adquieran la condición de refugiado por medios administrativos.

Las personas en situación de refugio son aquellas que, como se ha dicho, por las más variadas causas, entre ellas persecución política y religiosa, desastres sociales, desastres naturales, etc., se ven obligadas a abandonar su país de origen para no correr el riesgo de muerte; mientras que los refugiados son aquellos que ya han adquirido legalmente este estatus.

La ley brasileña N° 9.474, del 22 de julio de 1997, la cual incorporó el Estatuto del Refugiado de 1951 a la legislación nacional, considera refugiado a una persona que se encuentra en una situación de temores fundados de persecución como regla general. Por tanto, en un principio, resulta fundamental que las personas en situación de refugio obtengan la condición jurídica de refugiado, y así que puedan disfrutar de esta prerrogativa garantizada por la legislación.

En el caso de Brasil, el Estatuto del Refugiado tiene todo un acuerdo para que se cumpla esta condición utilizando la vía administrativa, ya que esta es la disposición legal. Es importante señalar que la ley brasileña en referencia fue la primera en incorporar un tratado de derechos humanos al derecho interno, siendo un hito histórico en Brasil. También se considera la ley latinoamericana que más abordó el tema¹².

Como ya se dijo, en Brasil, en el ámbito administrativo, existe un organismo denominado Comité Nacional de Refugiados - CONARE, dotado de una gran estructura¹³ que declara, luego de todo un trámite administrativo como refugiado, a la persona en

dependiendo de la política existente en el país de acogida, y también del grado de clarificación que tengan los migrantes sobre el tema aquí discutido. Por tanto, un criterio conceptual y organizativo es fundamental.

¹² MAZZUOLI, Valério. Curso de Derecho Internacional Público. 6a ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2019. p. 410

¹³ Arte. 12: "Corresponde a la CONARE, de conformidad con la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951, el Protocolo sobre el Estatuto de Refugiado de 1967 y las demás fuentes del derecho internacional de los refugiados: I. analizar la solicitud y declarar su reconocimiento, en primera instancia la condición de refugiado; II - decidir dar por terminada, en primera instancia, de oficio o a solicitud de las autoridades competentes, la condición de refugiado; III - determinar la pérdida, en primera instancia, de la condición de refugiado; IV - orientar y coordinar las acciones necesarias para la efectiva protección, asistencia y apoyo legal a los refugiados; V - Aprobar instrucciones normativas aclaratorias para la ejecución de esta Ley LEI n° 9.474 / 97 "D.O.U." 23-07-97.

situación de refugio, a través de un acto administrativo discrecional (o acto administrativo derivado del poder discrecional), es decir, aquel acto evaluado y dictado por el Poder Ejecutivo bajo su más estricta conveniencia y oportunidad¹⁴.

CONARE es una institución interministerial dependiente del Ministerio de Justicia (Poder Ejecutivo), el máximo órgano administrativo del sistema de justicia brasileño y también es responsable de la gestión de las políticas públicas sobre refugiados. Este órgano tiene una serie de responsabilidades, por lo que se convoca a varios otros cuyas atribuciones están directamente vinculadas a la situación de las personas en situación de refugio y refugiados, por lo que está integrado¹⁵ por varios órganos estatales¹⁶.

El hecho es que, al ingresar al territorio nacional, la persona en situación de refugio puede iniciar el trámite para adquirir la condición de refugiado. Para ello, debes manifestar su interés y necesidad ante cualquier autoridad migratoria¹⁷.

En este punto, las autoridades brasileñas deben analizar una serie de cuestiones: por un lado, existe una necesidad real de la persona que busca el estatuto de refugiado y, por otro, la soberanía del Estado, llamado país de acogida. Al analizar la situación que se le presenta, debe tener en cuenta el principio de solidaridad internacional, que incluso permite que la entrada sea irregular, pero de igual forma tiene la función de proteger los intereses internos, he aquí, el solicitante puede no ser en realidad una persona vulnerable,

¹⁴ En el acto administrativo discrecional, la ley permite, por parte del administrador, un juicio de valor sobre el tema que se analiza, con base en la conveniencia y oportunidad, en el cual el agente público tiene una posibilidad más de elección con base en la ley. Es lo mismo que afirmar que la ley o norma existe, sin embargo, por las propias características, el agente o administrador público, al aplicarlas, dará la precisión o determinación faltante, por los criterios de conveniencia y oportunidad. Ahí radica la discreción, teniendo en cuenta el motivo y objeto del acto.

¹⁵ Según lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 9.474 / 97.

¹⁶ a) El Ministerio de Justicia, que lo preside; b) el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ostenta la Vicepresidencia; c) Ministerio de Trabajo y Empleo; d) el Ministerio de Salud; e) Ministerio de Educación; f) Departamento de Policía Federal; g) Caritas Arquidiocesana de São Paulo y Río de Janeiro (organización no gubernamental dedicada a la asistencia a los refugiados en el país); y h) ACNUR, con voz, sin voto. Desde 2012, la Defensoría Pública, a través de un Memorando de Entendimiento de Cooperación Técnica firmado con el comité, participa en Vicepresidencia; las reuniones, también con derecho a voz, sin voto.

¹⁷ Art. 7 El extranjero que llegue al territorio nacional podrá manifestar su deseo de solicitar el reconocimiento como refugiado a cualquier autoridad migratoria que se encuentre en la frontera, la cual le brindará la información necesaria sobre el trámite aplicable. § 1 En ningún caso será deportado a la frontera de un territorio donde su vida o su libertad estén amenazadas por motivos de raza, religión, nacionalidad, grupo social u opinión política. (Ibídem).

sino, por ejemplo, un fugitivo internacional¹⁸.

Como puede verse, la ley brasileña se explica por sí misma y es muy beneficiosa para las personas en situación de refugio, ya que permite que el ingreso al territorio nacional sea irregular, y la solicitud de refugio también suspende los procedimientos administrativos y penales o los procesos de extradición que pudieren haberse instituido frente a estos migrantes hasta el resultado final de la sentencia sobre la condición de refugio. Una vez reconocida, genera el archivo de estos trámites, mediante comunicación a la Policía Federal, según lo dispuesto en el artículo 9 y siguientes¹⁹.

Del artículo 17 al 28 de la ley en cuestión se verifican las disposiciones relativas al procedimiento administrativo necesario para la adquisición de la condición de refugiado. Es importante mencionar que, en este proceso, CONARE dará la oportunidad al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados - ACNUR para comentar sobre la solicitud, así como presentar cualquier sugerencia que ayude a sustentar la misma²⁰. Y de acuerdo con los artículos 29/31, en caso de que la CONARE se niegue a otorgar la condición de Refugiado, el Ministro de Justicia podrá apelar dentro de los 15 (quince) días posteriores a la recepción de la primera decisión de denegación.²¹

Así, existe un tratamiento específico del tema en el Estado brasileño, y la Ley No. 9.474 / 97 define los requisitos necesarios para otorgar la condición de refugiado.

¹⁸ Art. 7 § 2 El beneficio previsto en este artículo no puede ser reclamado por un refugiado considerado peligroso para la seguridad de Brasil. Art. 8 El ingreso irregular al territorio nacional no constituye impedimento para que el extranjero solicite refugio a las autoridades competentes. (Ibídem).

¹⁹ "Art. 9º La autoridad a la que se hace la solicitud debe escuchar al interesado y preparar un formulario de declaración, que debe contener las circunstancias relacionadas con el ingreso a Brasil y las razones que lo llevaron a salir del país de origen.

Art. 10. La solicitud, presentada en las condiciones previstas en los artículos anteriores, suspenderá cualquier procedimiento administrativo o penal por el ingreso irregular, instituido contra el peticionario y las personas de su grupo familiar que lo acompañen. § 1º Si se reconoce la condición de refugiado, se dará por cerrado el procedimiento, siempre que se demuestre que la infracción correspondiente fue determinada por los mismos hechos que justificaron dicho reconocimiento.

§ 2 Para los efectos del párrafo anterior, la solicitud de asilo y la decisión sobre la misma deberán ser comunicadas a la Policía Federal, quien las trasladará al organismo donde se tramite el proceso administrativo o penal. Ibídem.

²⁰ Art. 18. La autoridad competente notificará al solicitante para realizar declaraciones, acto que marcará la fecha de apertura de los trámites. Párrafo unico. La autoridad competente informará al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados - ACNUR sobre la existencia del proceso de solicitud de asilo y brindará a dicho organismo la posibilidad de ofrecer sugerencias para facilitar su avance.

²¹ Art. 26. La decisión de reconocer la condición de refugiado tendrá la consideración de acto declaratorio y deberá estar debidamente fundamentada.

La vía administrativa frustraba, en teoría, la posibilidad de que la persona en situación de refugio buscara protección estatal a través de la vía judicial. Y aquí radica el desacuerdo, que es el tema principal del presente estudio.

De entrada, conviene decir que en relación con el acto administrativo discrecional comentado (y en este caso el análisis de la condición de refugio), la norma da cierto margen de elección al agente o administrador público y que sus criterios pueden actuar de una forma u otra.

A grandes rasgos, se puede ejemplificar un acto discrecional cuando el administrador tiene la posibilidad de conceder o no una determinada solicitud puesta a petición, como permiso de uso, autorización de uso de bienes públicos, autorización de venta de comida callejera, concesión de autorización para la realización de eventos públicos, entre otros. Todo ello se evalúa a través del mérito del acto, cuyos elementos son la conveniencia y oportunidad ya mencionadas.

Un ejemplo de esto, es el acto de otorgar refugio, ya que CONARE es un organismo interministerial presidido por el Ministro de Justicia y responsable de la gestión de las políticas públicas relacionadas con los refugiados en Brasil²², siendo un acto administrativo por excelencia.

Se sabe que en el derecho brasileño, la intervención judicial en actos administrativos discrecionales es un tema que ha sido discutido durante mucho tiempo por la doctrina y la jurisprudencia, tomando en cuenta la clásica separación de los poderes de la República en Legislativo, Judicial y Ejecutivo²³. El propio Kelsen enseñó esta dicotomía, admitiendo la especificidad de cada uno de los poderes, aunque los consideró armoniosos y en estricta relación funcional²⁴.

Así, en Brasil resulta imposible por regla general, que el Poder Judicial intervenga sobre el fondo del acto administrativo discrecional, valorando su conveniencia y oportunidad. Y esto se debe al principio de separación de poderes antes mencionado,

²² MAZZUOLI, op. cit., 2019

²³ Montesquieu y el espíritu de las leyes

²⁴ “Una separación entre el poder judicial y el llamado poder ejecutivo también es posible sólo en un grado comparativamente limitado. Una separación estricta entre los dos poderes es imposible, ya que los dos tipos de actividad a los que suelen referirse estos términos no son funciones esencialmente diferentes ... Sin embargo, los órganos administrativos tienen que realizar determinadas actuaciones que no suelen ser realizadas por los tribunales. La autoridad tributaria, por ejemplo, necesita establecer que una persona tiene un ingreso determinado y luego ordenarle que pague el impuesto correspondiente (...). Los actos específicos de la administración son, de hecho, distintos de los del poder judicial.

inscrito en el artículo 2 de la Constitución Federal de la República Brasileña²⁵.

Por este principio, el Poder Judicial solo podía revisar cuestiones administrativas relativas a vicios de legalidad, es decir, no podía intervenir en el mérito del acto, que trata de la conveniencia y oportunidad de ser evaluado por el Ejecutivo, en el caso de personas en situación de refugio, a través de CONARE. Parte de la doctrina clásica apoya este entendimiento²⁶.

Para Meirelles, "el concepto de mérito administrativo es difícil de establecer, pero su presencia se puede señalar siempre que la Administración decida o actúe internamente valorando las consecuencias o ventajas del acto"²⁷. El reconocido adoctrinador brasileño, en sus enseñanzas sobre la posibilidad del Poder Judicial de intervenir en las decisiones administrativas²⁸, aún defiende que el Poder Judicial no puede reemplazar a la Administración Pública en sus decisiones. El eminente profesor Carvalho comparte la misma opinión²⁹.

Por ello, el otorgamiento de refugio a un acto administrativo discrecional fuera del alcance del Poder Judicial, así como cualquier intervención, constituiría activismo judicial. Sin embargo, este entendimiento no es unánime, y el escenario tiene otros

²⁵ Art. 2 Los Poderes de la Unión son independientes y armoniosos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. (BRASIL. Constitución de la República Federativa de Brasil).

²⁶ "La justicia sólo anula los actos ilícitos, y no puede revocar actos inconvenientes o inoportunos, sino formal y sustancialmente legítimos, porque es responsabilidad exclusiva de la Administración ... Ciertamente, el Poder Judicial no puede reemplazar a la Administración en pronunciamientos privados, pero Decir si ha actuado en cumplimiento de la ley, dentro de su competencia, es función específica de la Justicia Común, y por ello puede ejercerse en relación con cualquier acto del Poder Público, aunque se practique en el uso del poder discrecional, o con base política. (...) ". (MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle. Derecho Administrativo Brasileño. 42ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2016. ISBN 978-85-392-0319-2, p. 234-235).

²⁷ Ibidem, p.179.

²⁸ "Un error es considerar que el acto discrecional es inmune a la revisión judicial, ya que la Justicia puede decir sobre su legitimidad y los límites de la opción del agente administrativo, es decir, la conformidad de la discrecionalidad con la ley y con los principios legales. Al examinar esta conformidad, la razonabilidad y proporcionalidad deben combinarse con la necesidad del acto en sí. Lo que el Poder Judicial no puede hacer es, en el acto discrecional, sustituir la discreción del administrador por la del juez. No puede, por tanto, "invalidar opciones administrativas o sustituir criterios técnicos por otros que considere más convenientes u oportunos, ya que esta valoración" es exclusiva de la Administración. Pero siempre se pueden proclamar nulidades y frenar abusos por parte de la Administración Ibidem, p. 142.

²⁹ "La doctrina moderna, sin excepción, ha consagrado la limitación al poder discrecional, permitiendo un mayor control por parte del Poder Judicial sobre los actos que de él se derivan (...). Dichos factores son un medio para evitar el abuso de la discreción administrativa y también permiten que la conducta sea revisada dentro de la propia Administración o a través de los tribunales. Lo que está prohibido al Poder Judicial es la valoración de los criterios administrativos (conveniencia y oportunidad) establecidos de acuerdo con los parámetros legales, y esto debido a que el Juez no es un administrador, no ejerce básicamente la función administrativa, sino la jurisdiccional. Sin duda, se produciría una invasión de funciones, lo que estaría violando el principio de independencia de las Potencias.

aspectos conceptuales, al menos en la doctrina.

Es que, por una segunda interpretación, basada en el principio de inviabilidad de la jurisdicción que establece que “la ley no excluirá daño o amenaza a la ley” (art. 5, inciso XXXV, Constitución Federal), una solicitud del refugio denegado por la vía administrativa, ante el rigorismo constitucional, del que evoca la dignidad misma de la persona humana, podría lograrse por la vía judicial.

Esta tesis está avalada por otros autores, como se verá a continuación. Y quienes defienden esta posibilidad lo hacen levantando el artículo 37 de la Constitución Federal brasileña de 1988³⁰.

En este tono, Bandeira de Mello al conceptualizar la discrecionalidad, afirma que tiene límites para exponer su opinión sobre la intervención judicial en el acto discrecional, es decir, en las razones que llevan a la Administración a tomar una determinada decisión. El citado autor sostiene que la discreción es el margen de "libertad" que tiene el administrador para elegir, según criterios compatibles con la razonabilidad, una de al menos dos conductas aplicables a cada caso específico, para cumplir con el deber de adoptar la mayor parte adecuada para satisfacer el propósito de la ley, para ejercer esta “libertad” del mandamiento, que, a su vez, no permite una solución objetiva³¹.

Asimismo, el reconocido Di Pietro se pronuncia³², insistiendo en la transformación y constitucionalización del Derecho Administrativo brasileño. El autor entiende que, cualquiera que sea la intención inicial de crear el Derecho Administrativo, bajo el punto de vista jurídico, es imposible negar su nacimiento junto al constitucionalismo y el Estado de Derecho, incluyendo la base filosófica de la

³⁰ "La administración pública, directa, indirecta o fundacional, de cualquiera de los Poderes de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moral, publicidad y eficacia".

³¹ "No es de extrañar, entonces, que el control judicial de los actos administrativos, aunque se practique en nombre de alguna discreción, se extienda necesaria e insuperable a la investigación de los motivos, finalidad y causa del hecho. No hay obstáculo para ello, ya que es un medio -y, además, fundamental- por el cual se puede garantizar el cumplimiento de la ley, la afirmación del derecho. Los juristas más distinguidos, tanto extranjeros como nacionales, acuerdan por unanimidad corregir este asunto. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Derecho Administrativo. São Paulo: Editora Malheiros. 27ª Edición. 2010. p. 973. ISBN: 978-85-7420-994-4.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Derecho Administrativo. Río de Janeiro: Forense. 30ª Edición. Revista, actualizada y ampliada, 2017. ISBN: 978-85-309-7615-6). pags. 72-73.

Revolución Francesa con los principios de separación de poderes, isonomía, legalidad y control judicial, estando en boga la protección de los derechos individuales y el fenómeno de su constitucionalización. Por tanto, la relación entre la discrecionalidad del acto administrativo y el control judicial es inevitable.

Para estos autores, la administración pública, en el ejercicio de su actividad, debe actuar conforme a estos principios, de forma lícita y regular, y también sobre la base de la más absoluta transparencia. Y en el Estado de Derecho democrático, ahora llamado Estado Constitucional, el principio de la dignidad de la persona humana es lo primero. En este tema se insertan las personas en situación de refugio. Para ellos, la intervención del Poder Judicial, siempre que sea provocada, debe ocurrir.

A su vez, tratándose específicamente del asunto aquí discutido, la jurisprudencia brasileña no es pacífica cuando el tema en análisis es el acto de acogida por parte del Poder Judicial. Parte de ella se construyó en sentido contrario a esta posibilidad, es decir, que la judicialización y el otorgamiento de tal reclamo sería una afrenta a la Separación de Poderes, y por tanto constituiría activismo judicial³³

Sin embargo, en algunos casos parece haber sopesado el principio de la dignidad de la persona humana, arraigado a nivel internacional y desde hace mucho tiempo incorporado al derecho brasileño, por lo que algunas decisiones judiciales se han inclinado sobre la posibilidad de intervención judicial en la concesión de refugio³⁴.

³³ Apelación del instrumento. Exterior. Declaración de la condición de refugiado. Guerra en el país de origen. Alto grado de discreción gerencial. 1. El control de los extranjeros en territorio brasileño en cuanto a la entrada, permanencia y salida obligatorias es un asunto comprometido con la Administración con un alto grado de discreción. 2. Los compromisos brasileños con la protección de los derechos humanos no excluyen la discreción en el examen de casos individuales de solicitud de protección. Tal examen de conveniencia surge de la responsabilidad diplomática comprometida con el Jefe del Ejecutivo, el ejercicio de la soberanía del Estado frente a la sociedad internacional, y revela delicadas circunstancias de responsabilidades y cargas en este campo. 3. La condición de refugiado no se reconoce luego de la conclusión de un proceso administrativo ordinario, no le corresponde al Poder Judicial intervenir para modificar la decisión de la administración. (TRF-4 AG 2007.04.00.0376365, Marcelo De Nardi, OF 5 de marzo de 2008). Refugio en Brasil: protección brasileña para refugiados y su impacto en las Américas / Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto, organizador. - 1. ed. - Brasilia: ACNUR, Ministerio de Justicia, 2010.

³⁴ Procedimiento civil - recurso de amparo - solicitud de asilo denegada - otorgamiento de los efectos de la tutela anticipada - salida del país - acto suspendido. 1 - El demandante denegó la solicitud realizada por el demandante de permanecer en el país ante el peligro para la vida que corre en su país de origen (Congo) con vistas a la persecución política. 2 - El tribunal a quo otorgó los efectos de la medida cautelar para suspender el acto que determinó la salida del agraviado del país. 3 - El solicitante al que se le haya negado el reconocimiento de su condición de refugiado estará sujeto a la legislación de extranjeros. Sin embargo, no

En el ámbito del Tribunal Supremo Federal (STF), se pueden citar al menos dos decisiones relevantes y notorias que, si bien se referían a casos de extradición de gobiernos extranjeros a Brasil, estaban vinculados a solicitudes de otorgamiento de refugio. Estos son el caso Medina, ocurrido en 2007 y Cesare Battisti, que fue escuchado en 2010.

En los dos casos citados, el Poder Judicial brasileño llegó a su máximo tribunal de justicia, el STF, que analiza los procesos constitucionales, la posibilidad de manifestar sobre la legalidad o no de la injerencia judicial en actos del Poder Ejecutivo, representado en la especie por el CONARE.

En el proceso de extradición No. 1008, de Francisco Antonio Cadena Colazzos, conocido como Padre Medina, se analizó la solicitud del gobierno colombiano para la extradición del imputado, acusado de ejercer un rol de liderazgo en las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, considerada una organización terrorista. Si bien la participación en el terrorismo constituye una cláusula exclusiva en el otorgamiento de refugio, la falta de prueba de la denuncia llevó a la CONARE a otorgar la condición de refugiado, lo que tuvo el efecto de suspender el proceso de extradición. En la ocasión, a pesar del relator del proceso, Min. Gilmar Mendes, esforzándose por la prevalencia del proceso y por la supremacía de la decisión del STF sobre la concesión administrativa del refugio, superó el entendimiento de la mayoría de los ministros de que el proceso debía extinguirse³⁵.

El proceso de extradición No. 1085, por su parte, analizó la solicitud realizada por Italia a partir de la condena del italiano Cesare Battiste por la práctica de cuatro asesinatos. Luego de que se decretó su detención provisional, el ex militante formalizó la solicitud de asilo ante la CONARE, que suspendió el curso del proceso de extradición. La solicitud postulada fue rechazada por CONARE, sin embargo, posteriormente concedida por el

será trasladado a su país de nacionalidad o residencia habitual, mientras permanezcan las circunstancias que ponen en peligro su vida, integridad física y libertad (artículo 32). 4 - Se discuten asuntos relacionados con la integridad física y el peligro de vida de la persona agravada, bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento jurídico, resultantes del principio de dignidad humana, por lo que es prudente y razonable otorgar la tutela anticipada por el tribunal de 1er grado hasta que se pueda ejercer un conocimiento exhaustivo sobre los hechos que integran el expediente. 5 - Apelación de instrumento improvisado (TRF-2 AG 2009.02.01.0070654, Frederico Gueiros, DJ 31/07/2009).

³⁵ ANNONI, Danielle (Coord.). Derecho Internacional de los Refugiados y Brasil. Curitiba: Gedai / UFPR, 2018. p. 321. ISBN - 978-85-67141-23-7. CDU 3442.7.

Ministro de Justicia por considerarla un delito político. El entendimiento predominante en este caso fue que el carácter político del delito debería ser examinado por el poder judicial y se rechazó la concesión del estatuto de refugiado por parte del ejecutivo. La Corte entendió entonces que los delitos no estaban clasificados como políticos y ordenó la extradición de Battisti³⁶.

El Tribunal Superior de Justicia (STJ), encargado de estandarizar la jurisprudencia federal infraconstitucional³⁷, también ha recibido asuntos relacionados con solicitudes de concesión de asilo, incluso citando las decisiones del Tribunal Supremo Federal.

En el Boletín No. 0454 de 2010, redactado por la segunda clase de la Corte Superior de Justicia, se hace alusión expresa al caso del padre Medina como justificación de la imposibilidad de revisar los actos del ejecutivo por parte del poder judicial³⁸.

Ocurre que el referido Tribunal Superior, más tarde en 2011, al ser nuevamente provocado sobre el tema, manifestó adhesión a la tesis del caso Battisti, modificando suavemente los objetivos de la decisión³⁹.

³⁶ Ibidem. p. 322.

³⁷ Muy de moda hoy en día, debido a la ética de los precedentes judiciales que hay que observar.

³⁸ 38 "REFUGIO. CONDICIONES. EVALUACIÓN. PODER JUDICIAL. Se trata, en especie, de un recurso en el que el acusado, ciudadano israelí con visado de turista, defiende su estancia en Brasil como refugiado por sufrir persecución religiosa. El Panel estimó el recurso de apelación del Sindicato porque entiende que, por regla general, el Poder Judicial debe limitarse a analizar las cuestiones de legalidad del trámite de concesión del refugio, sin apreciar la corrección o inexactitud de la decisión de Conare, legalmente imputada de tal señor, bajo pena de invadir el fondo de la decisión administrativa. El derecho comparado, cuando se enfrenta a la tendencia mundial de excesiva flexibilidad en la concesión del estatuto de refugiado, tiende a restringir el papel del Poder Judicial para evaluar las condiciones para conceder asilo. Además, el Estado otorgó amplia defensa, respetó al adversario y el debido proceso, y la solicitud fue considerada por un órgano legalmente competente. En este caso, no se trata de restringir la inmigración en el país, solo de puntuar adecuadamente el procedimiento correcto cuando la intención es la inmigración y no el refugio. (STJ, 2010)". (Ibidem. Pág. 323).

³⁹ Procedimiento civil. Valoración regional. Orden de seguridad. Refugio. Acto del Ministro de Justicia. Indeferencia de recursos administrativos de acuerdo con la decisión Conare. Ausencia de prueba constituida (copia de las decisiones de Conare y recurso administrativo) 1. Este es un mandamiento judicial presentado por Ali Maqsood frente a un acto del Excmo. El señor Ministro de Estado de Justicia fundamentó en la denegación de un recurso administrativo interpuesto contra la decisión de Conare que le negaba la condición de refugiado. [...] 4. El otorgamiento de la condición de refugiado, si bien es indudable que es una manifestación de la soberanía brasileña, puede ser sindicable ante el Poder Judicial, como acto administrativo. Esta fue la conclusión a la que llegó el Supremo Tribunal Federal en el expediente de Extradición núm. 1.085, superando el precedente que previamente informó del asunto (caso Padre Medina). 5. No obstante, para que el Poder Judicial pueda manifestarse en el ámbito de un mandamiento judicial, la formación de los registros en la forma definida por el art. 1 de la Ley N ° 12.016 / 09, que exige que el derecho en juego esté marcado por la liquidez y la certeza, las cuales, a su vez, se configuran por la necesidad de prueba preconstituida [...] (STJ, 2011, énfasis agregado). " (Ibidem. Pág. 324).

Recientemente, algunos otros casos (todos analizados por la Corte Superior de Justicia) también verifican lo aquí expresado, por ejemplo: el Recurso Especial No. 1.475.580 / RJ (4ta Clase, 2017), en el cual la posibilidad de no entregar el acta de nacimiento de un niño refugiado, fue denegado por la posibilidad de recibir el Registro Nacional de Extranjeros y la imposibilidad del Poder Judicial de ingresar el mérito administrativo; Habeas Corpus n ° 333.902 / DF (Sección 3a, 2015), donde se manifestó que la expulsión de un extranjero del Estado brasileño por un delito atroz, luego de otorgar refugio, es un acto estricto del Poder Ejecutivo; Los Escritos de Seguridad 17.611 (2013) y 12.510 (2007), a ambos se les negó la seguridad, con el argumento de que no hubo violación de la defensa amplia y contradictoria en el proceso administrativo, donde la acción jurisdiccional sería limitada⁴⁰.

Así, como puede verse, el asunto que involucra el otorgamiento o no del refugio está constantemente correlacionado con otros asuntos, como en los casos del STF antes mencionados, en los que la discusión principal fue la extradición. En el mismo paso, parece que, principalmente en el ámbito del STJ, pesa fuertemente el principio de Separación de Poderes antes mencionado, con una observación intensa de las prerrogativas del Poder Ejecutivo.

En verdad cabe señalar, a nivel jurídico interno y a nivel de la jurisprudencia del STJ, la existencia de una gran deferencia hacia el Poder Ejecutivo y cierta resistencia judicial para llevar a cabo la revisión de las decisiones administrativas. Tal tendencia judicial de relativa deferencia puede indicar, para el nivel internacional, una posición del Estado brasileño con respecto a una política exterior de no recibir refugiados⁴¹.

El caso es que, analizando las situaciones anteriores, vemos que en el Estado brasileño no existe una figura legislativa específica que se ocupe del tema. La propia Ley 9.474 / 97 guarda silencio sobre el acceso a la justicia de personas en situación de refugio para obtener la condición de refugiado, pero esta anomia, de vez en cuando, no ha sido un obstáculo para que el Poder Judicial considere tales procesos.

⁴⁰ MAGALHÃES, Breno Baía; CORRÊA, Gabriella Thaís Sousa. La judicialización del refugio en el STJ: deferencia al Ejecutivo e inconsistencia interpretativa. Revista de la Facultad de Derecho UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 1, pág. 137-164, enero / abril. 2019. ISSN 2236-7284.

⁴¹ Ibidem

Nuevamente, recordemos la Constitución de la República de Brasil, en la que el caput del artículo 5 no distingue a nacionales y extranjeros, principalmente en la búsqueda de derechos y establece que “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna naturaleza, garantizando la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad de los brasileños y extranjeros residentes en el país”.

Por ello, al observar la investigación realizada, se puede apreciar que la persona en situación de refugio puede, en teoría⁴², buscar protección judicial en un intento de adquirir la “condición de refugiado”, sin que ello implique activismo judicial, según con parte de la doctrina antes mencionada, aunque el tema dista mucho de ser pacífico.

7. Conclusión

Después de la Segunda Guerra Mundial, con la justificación consensuada de los Derechos Humanos, estos se convirtieron en un conjunto de derechos y facultades inherentes a la propia condición del ser humano que garantizan la dignidad de la persona humana, enraizándose en garantías internacionales institucionalizadas, y en el acceso a la justicia aquí tratado.

Por ello, el acceso a la justicia, entendido como el referido acceso material, es decir, lo que permite a la jurisdicción recibir una respuesta efectiva del Estado-Juez, surgió, como se ve, de una construcción histórica a nivel mundial con connotación de derechos humanos, habiendo sido incorporado por la ley interna brasileña, convirtiéndose en una garantía fundamental.

De esta manera, la misma no se puede concebir, especialmente para las personas en situación de refugio, sin que esta concepción esté vinculada a las características de los derechos humanos.

Pero no se trata solo de eso. Resulta necesario cambiar la postura política y relativizar la soberanía de los Estados, pues si bien la Convención de 1951 brinda acceso a la justicia de manera general para quienes se encuentran en esta situación, la referida regla

⁴² Aunque el resultado de tal afirmación sigue siendo completamente impredecible.

resulta ser solo una pauta, ante la autonomía de la estructura político-legal de cada país y su interés en observarla o no.

Sin embargo, aún es necesario reforzar el registro en el sentido de que los organismos internacionales tienen un rol fundamental, ya que es a través de ellos que se modifica el escenario internacional, se firman tratados y se llevan a los respectivos derechos internos de los países signatarios. Éstos, a su vez, crean leyes internas⁴³, como la ley brasileña No. 9.474 / 97 sobre la protección de personas en situación de refugio (el Estatuto de Refugio), que aquí comentamos, y que regulaba la posibilidad de adquirir la condición de refugiado para ellos a través del desempeño del Poder Ejecutivo.

Aun así, existen grandes dificultades que encuentran estas organizaciones en relación a la fuerza de sus acciones, producto de la influencia que tienen los países económicamente fuertes en las decisiones que se toman. Y la fuerza económica en la terraza internacional significa fuerza política y bélica.

Por esta razón, es importante que los derechos humanos, y en el contexto aquí discutido, el acceso a la justicia de las personas en situación de refugio para solicitar la condición de refugiado en Brasil, esté debidamente regulado internamente por la ley, o que al menos, tengan un entendimiento jurisprudencial y doctrinal asentado, a fin de permitir una mayor certeza jurídica en estos casos; pero este es aún un tema de gran complejidad.

Si prevalecerá la posibilidad de intervención judicial, que no se sabe, solo el tiempo lo dirá, pero es cierto que, para algunos, como se ve, si se da tal posibilidad para el otorgamiento del refugio, pueden surgir cientos más de las más diversas naturalezas⁴⁴, y así, se distorsionaría las funciones de los Poderes Judicial y Ejecutivo representados por el activismo judicial, mientras que para otros no habría desacuerdo político-legal, por el contrario, consistiría en la propia relación existente entre los poderes republicanos antes mencionados, es decir, un equilibrio a través de la actividad del propio Poder Judicial.

Es decir, el caso es que hasta el momento, en Brasil, no existe una norma o dispositivo legal que regule el embrollo que involucra a personas en situación de refugio

⁴³ Evidentemente, respetó los procedimientos legislativos internos de jerarquía de normas.

⁴⁴ Porque existen miles de actos administrativos discrecionales en los más variados asuntos.

para obtener condiciones de refugiado, y para que puedan ejercer todos los derechos correspondientes. Ni siquiera la actual Ley 9.474 / 97 aborda el tema. Y, aunque esta anomia⁴⁵, en algunos casos, no ha sido un obstáculo para la valoración judicial del asunto y el otorgamiento del refugio, el tema dista mucho de ser pacífico.

Sin perjuicio de lo que aquí se discute, no hay duda de que esta garantía fundamental prevista en el Estado brasileño es de suma importancia para todas y cada una de las personas, incluidas aquellas en situación de refugio que buscan la condición de refugiado, aunque para estas últimas, sigue siendo en cierto modo, de aplicación práctica problemática.

⁴⁵ Igual que la falta de norma.

SECCIÓN ENTREVISTAS

Entrevista a Luciano M. Donadio Linares

“Es imposible ser diplomático, de cualquier país del mundo, y no estar vinculado de alguna manera con la República Popular China”.



LUCIANO M. DONADIO LINARES es abogado de la Universidad Nacional de Córdoba y Doctor en Derecho internacional y Relaciones internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid. Es investigador de la Universidad Siglo 21 y miembro del Servicio Exterior de la Nación, sirviendo actualmente en la República Popular China. Es especialista en asuntos ambientales, particularmente en cuestiones relacionadas a la biodiversidad, y en Derecho del Comercio internacional (OMC).

LUCIANO DONADIO LINARES. (ISSD REPORTING SERVICE)

Por Juan Cruz Caik y Ramiro Terzaghi

Domingo, 8 de noviembre de 2020. 21:46 h.

En el marco del curso de la asignatura de Derecho Internacional Público (correspondiente al segundo cuatrimestre de 2020) de la Facultad de Derecho, UNMDP - cuyo titular es el Dr. Favio Farinella-, y con el interés de abordar cómo la pandemia afectó las relaciones diplomáticas argentinas con el resto del mundo, decidimos contactarnos con el cónsul argentino en Guangzhou, Dr. Luciano M. Donadio Linares. A través de un intercambio de correspondencia, y con la finalidad de que nos cuente su experiencia, lo entrevistamos; la transcripción de sus respuestas son las que a continuación desarrollaremos.

¿A partir de qué fecha se desempeña en el cargo de Cónsul en la ciudad de Guangzhou?

Me desempeño como Cónsul de la República Argentina en Guangzhou desde julio de 2019 y estoy a cargo del Consulado desde finales de julio de 2020. Trabajo junto a un equipo destacado con quienes buscamos diariamente que la Argentina tenga más y mejores oportunidades en China.

¿Ha estado vinculado al mundo chino con anterioridad a la designación en su actual puesto? ¿Existen conceptos o puntos de vista profesionales, académicos o personales que pudieren haberse visto enriquecidos o modificados a partir de su estancia permanente en el estado asiático?

Es imposible ser diplomático, de cualquier país del mundo, y no estar vinculado de alguna manera con la República Popular China, que como “big player” de las relaciones internacionales contemporáneas, su presencia en todos los foros es ineludible. Sin embargo, también es pertinente decir que antes de servir en China no había tenido un vínculo estrecho en términos bilaterales.

Con relación a la segunda parte de tu pregunta, creo que siempre que una persona se muda a otra ciudad o a otro país, su vida comienza a estar atravesada por una nueva cultura y por nuevas costumbres, por lo que siempre el cambio da origen a una nueva etapa en la vida y, en algún punto de vista, a una nueva persona que se ve enriquecida por el aporte de una nueva realidad. Sin embargo, puedo afirmar que, aun habiendo vivido otros países, la experiencia china tiene características particulares por su intensidad y por su identidad, que sin lugar a dudas te saca de tu zona de confort todos los días. Luego de mi llegada a China, y con el paso de los meses viviendo en Guangzhou, todos los aspectos que mencionás se fueron transformando.

Si tuviera que elegir un concepto para definir la experiencia en China sería la constante necesidad de flexibilidad y adaptación a una cosmovisión, a una cultura y a un set de costumbres diferentes.



¿Puede afirmar que a partir de la asunción del gobierno de Alberto Fernández se han fortalecido o profundizado los lazos entre China y la República Argentina?

Es importante señalar que entre la Argentina y la República Popular China existe un “Acuerdo de Asociación Estratégica Integral” que fue firmado en 2014 durante el segundo mandato de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner, y luego fue reforzado en 2019 por el presidente Mauricio Macri, a través del Plan de Trabajo 2019-2023. Con esto quiero decir que entre los dos países existe un vínculo que trasciende las coyunturas domésticas y que siempre esperamos que con el devenir del tiempo la relación se vaya fortaleciendo y profundizando. Por una parte, la tarea del Servicio Exterior en general, y la mía en particular como Cónsul en Guangzhou, es abrir puertas, construir puentes y fomentar el diálogo entre los actores argentinos y los actores locales de mi circunscripción para fomentar la cooperación en materia comercial, cultural, educativa, científica, ambiental, etc.

También es posible afirmar que cada administración puede tener sus matices, prioridades, afinidades o que las coyunturas nacionales o internacionales pueden contribuir a acelerar o ralentizar la marcha, pero ese análisis no me corresponde a mí hacerlo. Puedo contarte que el servicio exterior siempre trabaja para mantener y mejorar, en la medida de lo posible, el nivel de relaciones entre nuestros gobiernos y nuestros pueblos.

¿Hacia qué sector, considera, se prioriza la relación bilateral sino-argentina en materia de inversiones y/o acuerdos? ¿Cuál es su visión con respecto al principio “win-win” aplicado a tal relación?

En el marco de la Asociación Estratégica Integral firmada en 2014 y el Plan de Acción 2019-2023, el ámbito de cooperación entre ambas partes es amplio y holístico, incluyendo aspectos políticos, comerciales, sanitarios, aduaneros, inversiones, infraestructura, agricultura, ganadería y pesca, silvicultura, tecnologías de la información y las comunicaciones, transporte, minería, energía, finanzas, fiscales, cultura, turismo, medios de comunicación, educación, salud, ciencia y tecnología, espaciales, deporte, cooperación antártica, marítimos, defensa, seguridad y justicia. Un acuerdo y un plan de trabajo de estas características sólo puede estar basado en el principio “win – win”.

¿A qué cree se debe el gran interés y preeminencia actual de la República Popular China hacia América Latina? ¿Considera la posibilidad de una reprimarización a corto o mediano plazo de las economías latinoamericanas como producto de los acuerdos celebrados con el país asiático? ¿Cómo percibe usted dicha tendencia en nuestro país?

La República Popular China vive desde hace 40 años un proceso de apertura ordenado y gradual hacia el mundo con el propósito de alcanzar el desarrollo

nacional. Este desarrollo tiene múltiples aristas, que incluyen desde la lucha contra la pobreza y el hambre, la proyección de los valores y la cultura china al mundo, la atracción de inversiones, la innovación científica y tecnológica, su presencia destacada en los foros internacionales, etc. A este modelo de desarrollo lo definen como el “socialismo con características chinas”, por ser un modelo que comparte bases o raíces en otros modelos anteriores, pero que, asimismo, tiene características locales que lo hacen único.

Este proyecto de cambio estructural al desarrollo, en su faceta internacional, identifica necesidades, prioridades, actores y socios estratégicos, entre los que podemos encontrar a los países latinoamericanos por su complementariedad económica en la provisión de materias primas y alimentos.

Desde mi punto de vista, el gran desafío de todos los países cuando tienen como socio a China es contar con un plan propio de desarrollo sustentable que pueda implementarse con cierto grado de autonomía. Este plan debería buscar la inserción en los eslabones más altos de las cadenas globales de valor y en las cadenas globales de suministro.

Claramente, para países como el nuestro, el riesgo es la reprimarización estructural de la economía, lo que puede ser aún menos ventajoso si el sector exportador está concentrado. Una estructura primaria y concentrada probablemente puede conducir a un aumento de la vulnerabilidad externa por la volatilidad de los precios internacionales de los commodities, a la dependencia de pocos demandantes y a una concentración del poder en los actores que tienen acceso a la generación de divisa internacionales. Una estructura económica de estas características puede necesitar de un Estado fuerte como articulador doméstico de la distribución de la riqueza, lo que probablemente pueda aumentar las fricciones en la puja del poder real doméstico, lo que en algún momento puede dañar la salud institucional.

En consecuencia, desde mi punto de vista, la primarización de la economía puede ser una aliada táctica a corto plazo, pero debería poder ser evitada a mediano y largo plazo por las potenciales consecuencias no deseadas en cada uno de los pilares del desarrollo.

¿Cree que en la actualidad se está llegando a un punto máximo de tensión entre Estados Unidos y la República Popular China?

Yo creo que siempre hay espacio y siempre es un buen momento para que prevalezcan el diálogo y la cooperación entre los Estados, sobre todo cuando esto involucra a las grandes potencias, dado que sus capacidades para contribuir a la estabilidad o inestabilidad del sistema internacional son mayores.

¿Qué opinión le merece el apoyo brindado desde un primer momento por parte del gobierno chino a la República Argentina en materia sanitaria?

La Argentina siempre agradece la cooperación de todos actores internacionales, incluyendo al gobierno y al pueblo chino, que nos ayudan a superar los efectos de la pandemia. De igual modo, es menester recordar que la Argentina dio su apoyo a China cuando la epidemia estaba comenzando y algunos argentinos enviaron insumos cuando la situación era de mucha incertidumbre. De esto se trata la amistad y la cooperación entre los pueblos, y de esto se trata nuestro trabajo de todos los días.

Durante el comienzo y los sucesivos meses en los cuales nos encontramos transitando esta pandemia global, ¿han acudido al Consulado ciudadanos argentinos en búsqueda de asistencia para ser repatriados hacia nuestro país? ¿Cuál fue la respuesta o protocolo prestado en esos casos?

El pedido de asistencia de nuestros connacionales estuvo concentrado a principio de la pandemia, cuando la falta de información sobre el virus, las formas de contagio, y sus consecuencias eran la principal fuente de incertidumbre para todos los que vivíamos en China.

Nuestra función fue buscar y transmitir información oficial para reducir la influencia de las noticias falsas que circulaban en las redes, dar contención a nuestros ciudadanos y brindar el necesario acceso a la información que, a veces, solo se encontraba en idioma chino. Luego, implementamos las políticas llevadas adelante por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación para lo que recibimos y registramos todos los pedidos de repatrio. En nuestro caso, tuvimos aproximadamente 30 pedidos en el sur de China, de los cuales unos 12 aproximadamente llegaron a materializarse a través de los vuelos especiales autorizados por la autoridad argentina. Con el tiempo, la situación se fue estabilizando y, como consecuencia, nuestros connacionales optaron por permanecer en China.

En la actualidad, nuestra función es asesorarlos, acompañarlos y realizar gestiones ante la autoridad migratoria local para que puedan permanecer en China hasta que la situación internacional se normalice y nuestros ciudadanos puedan retomar sus ritmos de vida habituales en tiempos pre-pandemia.



Repatriación desde Guangzhou. Fuente: <https://cguan.cancilleria.gob.ar/>

Como resultado, puedo asegurarles que esta pandemia ayudó a estrechar los vínculos con la comunidad argentina del sur de China y estamos en contacto con mayor frecuencia que antes.

¿Cuál es su opinión o consideración acerca de la reciente apertura del Instituto Confucio en la Universidad Nacional de Córdoba?

La promoción de la cultura de ambos países es un instrumento infalible para conocer al otro. Cuando conocemos al otro derribamos los mitos y los prejuicios que teníamos. Al final del proceso podemos llegar a la conclusión de que el otro nos gusta o no nos gusta, pero este juicio tendrá bases en la realidad y en la experiencia.

Yo creo y promuevo la difusión de la cultura como instrumento para la construcción de la confianza, la amistad y la paz entre los pueblos. Ojalá podamos tener más centros culturales chinos en Argentina y centros culturales argentinos en China, en condiciones de reciprocidad.

Desde mi experiencia, la Argentina es una potencia cultural que se nutre del tango, el fútbol, la literatura, el cine, la gastronomía, la lengua, las historietas como Mafalda, etc. En China hay un enorme margen para difundir nuestra cultura y con ello se abre una puerta para difundir el resto de nuestros activos en otras materias, como la comercial.

REVISTA PLURAL ACADEMIA

Centro de Investigación en Derecho
Internacional e Integración Regional
Universidad Nacional de Mar del Plata
Facultad de Derecho
Mar del Plata – Argentina

Revista Electrónica – Año 2 – N. 2
Mayo 2021 – ISSN 2684-0431



URA



ACADEMIA

Revista Electrónica del
Centro de Investigación en
Derecho Internacional e

Mayo
Año 2