



PLURAL

Academia

Año V - No.6
Agosto 2024

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



Universidad Nacional de Mar del Plata

Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional

REVISTA PLURAL

Academia

Año V, Número 6 – Agosto 2024

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 V – N. 6

Director: Favio Farinella

Agosto 2024 – ISSN 2684-0431

Tapa: Homenaje a Banksy

REVISTA PLURAL Academia

Agosto de 2024 – 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 Hoof

Pedro López Martucci

Ana Verneti

Gabriel Raba

Mariel Martin

COORDINACIÓN

Romina Manzo

EDICIÓN

Romina Manzo

Ludmila Zamorano



SUMARIO

EDITORIAL

- 5 REVISTA PLURAL *Academia*
Manzo, Romina

SECCIÓN INVESTIGACIÓN

- 8 EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO DE TRATA
¿ADECUACIÓN A LA NORMATIVA CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS O NEGACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA?
Ignacio Pelegrina Cali
- 30 LAS PERLAS DE LA CORONA BRITÁNICA: EL CONFLICTO SOBRE
EL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS EN LAS ISLAS MAURICIO
EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN LA OPINIÓN
CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LAS
CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SEPARACIÓN DEL ARCHIPIELAGO DE
CHAGOS DE MAURICIO EN 1965
Nicolas Raúl Medel
- 48 OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA
SEPARACIÓN DEL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS DE MAURICIO EN 1965 (C.I.J)
LA PRESENTACIÓN ARGENTINA
Mariela Edith Calderón

SECCIÓN VISIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

- 67 LAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN LEGAL NACIONAL DE
BIOSEGURIDAD EN LA FEDERACIÓN DE RUSIA
Elena Evgenyevna Gulyaeva



Bienvenidos a una nueva entrega de la Revista Plural Academia.

En la presente edición, contamos con el privilegio de presentar las reflexiones y análisis de destacados especialistas. Ellos, con su vasta experiencia y conocimiento, nos invitan a un espacio de estudio profundo y reflexión crítica, abordando temáticas que, en su esencia, son vitales para la construcción de un futuro donde la justicia, la libertad y la dignidad humana prevalezcan. Este número es una invitación a

repensar nuestro rol como actores en un mundo que se transforma rápidamente, y a reflexionar sobre cómo podemos contribuir, desde nuestras respectivas disciplinas, a la creación de un orden global más equitativo y respetuoso de los derechos fundamentales.

En primer lugar, el maestrando Ignacio Pelegrina Cali ofrece un análisis exhaustivo y riguroso sobre la ineficacia del consentimiento de la presunta víctima como elemento que podría suprimir la tipicidad del delito de trata de personas con fines de explotación sexual, según el Código Penal Argentino. Su análisis científico nos proporciona una visión profunda sobre las implicaciones y protección de un bien jurídico fundamental: la libertad.

A continuación, el doctorando Nicolás Raúl Medel explora con precisión jurídica la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, con un enfoque en el derecho de los pueblos a la libre determinación. Su estudio abarca tres aspectos clave: los eventos que llevaron a la solicitud de la opinión, la evolución del principio de libre determinación desde la fundación de las Naciones Unidas, y la interpretación de la Corte sobre este principio en el caso Chagos, evaluando si el proceso de descolonización de Mauricio cumplió con el Derecho Internacional en 1968.

Seguidamente, y a efectos de profundizar en la temática planteada, nos acompaña la Doctora Mariela Edith Calderón, quien nos ofrece una visión técnica y enriquecedora

sobre la posición argentina respecto a la Opinión Consultiva solicitada por la Asamblea General de la ONU a la Corte Internacional de Justicia sobre la separación del Archipiélago de Chagos. Aunque el caso no es análogo, su relevancia se refleja en su conexión con la Cuestión de las Islas Malvinas, abordando principios de Derecho Internacional vulnerados, como el respeto a la integridad territorial.

Finalmente, en la Sección Visión Jurídica Internacional, la Doctora Elena Evgenyevna Gulyaeva nos brinda un análisis crítico sobre la reciente ampliación del catálogo de especialidades académicas en la comunidad científica rusa desde 2021. La incorporación de nuevas áreas – ciencias de la computación e informática, biotecnología, uso del subsuelo, ciencias de la minería y ciencias cognitivas – subraya la creciente importancia de estas disciplinas en las políticas exteriores e interiores de la Federación de Rusia, reflejando el devenir del impacto estratégico en el desarrollo científico y tecnológico de los Estados.

Invitamos a nuestros lectores a sumergirse en estas temáticas y a participar de este espacio de reflexión, con la convicción de que el conocimiento y la discusión informada son herramientas esenciales para enfrentar los desafíos del presente y construir un futuro más justo y equitativo.

Romina Manzo
Coordinadora Revista Plural Academia

SECCIÓN INVESTIGACIÓN

EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO DE TRATA

¿ADECUACIÓN A LA NORMATIVA CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS O NEGACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA?

*Ignacio Pelegrina Cali*¹



Resumen

Con el presente trabajo se pretende indagar sobre las razones y la pertinencia jurídica de la ineficacia del consentimiento de la presunta víctima como elemento supresor de la existencia del tipo penal del delito de trata de personas con fines de explotación sexual, regulado en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal Argentino modificados por la Ley 26.364 sobre “Prevención y

Sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas”.

Se adelanta que por plausible que fueren las intenciones de los legisladores, se arribará a la conclusión de que el consentimiento aludido, no puede ser soslayado totalmente como presupuesto necesario de la punibilidad de la acción que configura el tipo penal bajo análisis. Esto, por razones justamente ligadas al bien jurídico principal que pretende protegerse: la libertad.

¹ Abogado Penalista -Universidad Nacional de Cuyo, Mgter. en Criminología -Universidad del Aconcagua-Maestrando – Maestría en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires-. Autor de publicaciones nacionales e internacionales.

El mismo reconocido en la CN (Art. 14, Art 75 inc. 22)² y en la legislación supraestatal, CADH³ (Art. 7 entre otros) como consustancial a la condición de persona. Así las cosas, se intentará argumentar como este derecho no puede ser negado por la política criminal, máxime en miras a protegerlo desde la habilitación de poder punitivo a través de nuevos tipos penales.

Palabras clave

Trata de personas – Consentimiento – Prevención y sanción
Punibilidad – Libertad como bien jurídico protegido

Abstract

The purpose of this paper is to investigate the reasons and legal relevance of the ineffectiveness of the alleged victim's consent as an element that suppresses the existence of the criminal offense of human trafficking for the purpose of sexual exploitation, regulated in articles 145 bis and 145 ter of the Argentine Penal Code, as amended by Law 26,364 on "Prevention and Punishment of Human Trafficking and Assistance to its Victims."

It is anticipated that, however plausible the intentions of the legislators may be, the conclusion will be reached that the aforementioned consent cannot be totally ignored as a necessary prerequisite for the punishability of the action that configures the criminal offense under analysis. This, for reasons precisely linked to the main legal asset that is intended to be protected: freedom.

The same is recognized in the CN (Art. 14, Art. 75 inc. 22) and in the supranational legislation, ACHR (Art. 7 among others) as inherent to the condition of a person. Thus, it will be attempted to argue that this right cannot be denied by criminal policy, especially with a view to protecting it by enabling punitive power through new criminal types.

² Constitución de la Nación Argentina [CN]. Art. 14. 22 de agosto de 1994 (Argentina)

³ Convención Americana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, (22 de noviembre de 1969)

Key Words

Human trafficking – Consent – Prevention and punishment

Punishability – Freedom as a protected legal asset

1. El objeto de análisis dogmático

La necesidad de indagar sobre la eficacia que debe concederse al consentimiento de la víctima, cobra especial importancia a partir de la ley 26.364⁴ sobre “Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas” y de la modificación que este realiza del Art 145 bis del código penal cuyo texto actual es el siguiente:

“Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare consentimiento de la víctima⁵”.

La ley 26.364 es mediante la que se decide definir al delito de trata como lo hace el Protocolo de Palermo.⁶

2. Múltiples falencias técnicas de la norma. Una consecuencia procesal común

La primera parte del artículo bajo análisis, art 145bis CP⁷ hace una remisión tácita al artículo 1 de la ley 26.842⁸, en donde se regulan los supuestos de explotación.⁹ Esto,

⁴ Ley 26.364 sobre Prevención y Sanción de la Trata de Personas, Argentina, 29 de abril de 2008

⁵ Las cursivas son propias

⁶ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo, Italia, 2000. Ratificación argentina, 2002.

⁷ Art. 145 Bis CP “Será reprimido con prisión de 4 (cuatro) a 8 (ocho) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima”

como bien señala Barbitta ya lo constituye en ley penal en blanco, y por tanto inconstitucional¹⁰. Al señalar esta falla se pretende poner de manifiesto un fenómeno que se repite en lo que al tema de este trabajo atañe. Así, los errores técnico-jurídicos que violen el principio de estricta legalidad, o cualquier otra institución sobre la que repose nuestra estructura legislativa constitucional, muchas veces pondrán al servicio de fines contrarios a aquellos para los que se creó el instituto jurídico que los contiene¹¹.

Aun desde una perspectiva netamente funcional, los desaciertos dogmáticos terminan en consecuencias procesales que impiden la consecución de los fines de la normativa material deficiente. Entre muchos se cuentan para el caso algunos planteos de nulidad efectuales por la defensa y sus fundamentos constitucionales: la falta de taxatividad de la norma afecta el debido proceso¹²; el derecho de defensa en juicio¹³ y el principio de legalidad¹⁴

La denegación de la eficacia desincriminatoria al consentimiento, pone en entredicho la constitucionalidad de la norma desde la perspectiva de este trabajo. Esto, por razones diversas a las referidas respecto de las que aplican al elemento subjetivo “finalidad de explotación”; aunque susceptibles de generar iguales consecuencias procesales ante eventuales planteos de nulidad.

⁸ Ley 26842 sobre Prevención y Sanción de la Trata de Personas y asistencia a sus víctimas, Argentina 26 de diciembre de 2012

⁹ ... “A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad; b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados; c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos; d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido; e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho; f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos”...

¹⁰ Barbitta, Mariana, Trata de personas, consultado en: www.pensamientopenal.com.ar, el 20/04/2024.

¹¹ Correa Barzallo, Gabriel Iván. “El garantismo en el pensamiento de Ferrajoli (Breves Nociones), 2016. Tesis de Maestría. Universidad del Azuay.

¹² Ossa, Julio César y Castro Martínez, José Manuel, “Apelación Contra el auto que admite una prueba, análisis crítico al debido proceso penal”, consultado en [repositorio.uco.edu.co], el 27/04/2024

¹³ Milanese, Pablo, et al. “Criterios de justificación del uso de la ley penal en blanco para la protección de bienes jurídicos colectivos.”, consultado en [digibug.ugr.es] el 28/04/2024

¹⁴ Ibid. Anterior

3. Libertad y Consentimiento

La problemática que se aborda es ardua. Una de las razones es que los bienes jurídicos afectados por la trata de personas para la explotación sexual son variados, pero aun cuando se consensue en la libertad como bien fundamental protegido, las implicancias y alcances de este no son unívocas¹⁵.

Algunos autores encolumnados en la posición del legislador que se analiza entienden que, al reconocer eficacia al consentimiento para eliminar el tipo penal, se da a la presunta víctima la posibilidad de disponer de un bien jurídico que concierne a la sociedad toda como es la libertad o la dignidad humana.¹⁶

Respecto de esta posición cabe hacer dos observaciones: En primer lugar, los tipos penales protegen bienes jurídicos que, en abstracto son considerados valiosos por la sociedad, o al menos por el legislador que la representa según nuestro sistema de gobierno democrático y republicano¹⁷. Pero esos bienes jurídicos en modo alguno siguen siendo de dominio colectivo cuando se concretan en la capacidad o no de disposición del ciudadano que los detenta, excepto, por supuesto, que la conducta afecte a un tercero. Con esto quiere decirse que el bien jurídico debe ser protegido por el Estado para que el individuo pueda disponer de él, no para que sea el Estado quien decida hasta dónde ese derecho le pertenece al individuo desde la coyuntura criminológica.

En segundo lugar, parece olvidarse la finalidad de la pena como elemento constitutivo del tipo penal. En el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que la pena no puede tener otro fin que no sea la resocialización del individuo¹⁸.

No obstante, ello, se advierte una ilegal direccionalidad retributiva en el nuevo tipo penal de trata con fines de explotación sexual. Los fundamentos para dejar fuera al

¹⁵ Sacio, Juan Manuel Sosa. “La libertad constitucional. Tres Modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad”. Consultado en [revistas.pucp.pe] el 20/04/2024

¹⁶ Righi, Esteban. “Las teorías de la criminalización, el derecho penal y la política criminal” consultado en www.boe.es el 20/04/2024

¹⁷ Constitución de la Nación Argentina (CN) Art. 1, 22 de agosto de 1994 (Argentina)

¹⁸ Nueva York, Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art 5, adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor para los países signatarios 23 de marzo de 1976.

consentimiento de la víctima como elemento desincriminante son todos de orden persecutorio. Esto es difícil de compatibilizar con un Estado de derecho en la medida en que no es deseable la construcción de derecho penal material para reafirmar la autoridad estatal de quien incumpla la norma, más si, para proteger en la mayor extensión posible el bien jurídico de que se trate¹⁹. Los argumentos en torno a la cuestión del consentimiento están todos orientados a evitar la impunidad o promover la eficacia de la investigación²⁰. En todo caso, loables o no, estos fines no son ni deben ser los de un derecho penal mínimo y garantista como el consagrado en la CN argentina²¹.

Llegando al peligroso extremo del colectivismo o estructuralismo jurídico, pueden hallarse posiciones jurídicas desde las que se promueve la inoperancia del consentimiento supresor del tipo cuando, la afectación de la “libertad”, consentida, implica valores de la comunidad toda.²² Esto implica la presunción *iuris et de iure* de que los individuos no pueden responsablemente decidir sobre determinadas potestades, que a priori, han sido reconocidas y no conferidas por el Estado²³. E implica la concepción de que lo colectivo está por encima de lo individual, y, por tanto, el individuo es en tanto no afecte al todo²⁴. Por último, atento a esta perspectiva, debe repararse en que, a través de una democracia representativa, es imposible determinar el sentido verdadero de la *voluntad social*, como si fuera una suerte de *Volkgeist*. En efecto, aún en los casos de las antiguas democracias directas, sería imposible determinar el auténtico sentido de lo que quiere el conjunto de la nación, entre otras cosas, porque la nación no es un ente provisto de voluntad. Esto, que parece una filigrana gramatical, se advierte muchas veces en el discurso de consagrados juristas como idea que subyace. La narración del derecho hace de la norma, de la sociedad y del ordenamiento jurídico, seres capaces de querer, y esos discursos que, cuanto menos

¹⁹ Olasolo Héctor. “Los fines del derecho internacional penal” consultado en [scielo.org.co] el 20/04/2024

²⁰ Ídem

²¹ Palazzo Francesco, et al. “El Estado constitucional de derecho y derecho penal” consultado en www.rabida.uhu.es consultado el 21/04/2024

²² López, Beatriz Eugenia Suárez. “¿Existe el bien jurídico penal en el siglo XXI? Consultado en [dialnet.unirioja.es] el 21/04/24

²³ Regla, Josep Agulló. “Las presunciones en el derecho” consultado en [dialnet.unirioja.es] el 21/04/2024

²⁴ Baratta Alessandro. Principios de derecho penal mínimo. Criminología y sistema penal: Compilación *in memoriam*”, consultado en [edisciplinas.usp.br] el 21/04/2024

son exaltaciones metafóricas, en la medida en que no se aclaran, van sedimentando un pensamiento dogmático escindido de la realidad ontológica²⁵.

4. Consentimiento y dignidad humana

La dignidad humana también ha sido esgrimida para anatematizar la eficacia desincriminatoria del consentimiento²⁶; lo que desde la perspectiva que aquí se adopta, resulta impertinente.

La utilización de terminología vaga o equívoca, como es la que se analiza en este apartado, se desaconseja especialmente en el derecho penal²⁷.

Los motivos para que la apelación a la dignidad resulte cuestionable son varios: en primer lugar, la contradicción y el autoritarismo que puede albergar el hecho de pretender definir lo que es o no digno para cada quien. En un Estado liberal, la medida de lo digno, lo aceptable moralmente, en definitiva, el plan de vida y su honorabilidad, es propio de cada individuo y exclusivo de él²⁸. Así lo establece nuestra Constitución consagrar el principio de reserva²⁹.

No se pretende controvertir la existencia de la dignidad como atributo de cada ser humano. De hecho, es posible que, al menos desde una perspectiva occidental, haya acuerdo sobre que, en la mayoría de las instancias comisivas del delito de trata, se afectaría la dignidad. Pero es aquí donde aparece la problemática que lleva a la segunda objeción: Términos como este, por su carga emotiva y por su equivocidad, son utilizados a través de sus grises para sostener postulados, muchas veces antagónicos en la elaboración de la dogmática jurídica.³⁰ A la pregunta sobre si la eutanasia es una aberración homicida o el respeto absoluto al individuo y su proyecto de vida, tanto los sostenedores de una y otra

²⁵ Cuneo, Silvio. Zaffaroni, Eugenio Raúl. “En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal”, consultado en [scielo.org.mx] el 21/04/2024

²⁶ Buompadre, Jorge Eduardo. “Género, violencia, explotación y prostitución. Una visión crítica de la política criminal argentina”, consultado en [repositorio.lasalle.mx] el 22/04/2024

²⁷ Olivero, Enrique Vigil. “La vaguedad como problema lingüístico en el campo jurídico” p. 103-109, consultado en [revistas.unife.edu.pe] el 22/04/2024

²⁸ Molina Gonzalez, Yohan. “Derecho penal del enemigo y dignidad humana” consultado en [scholararchive.org] el 22/04/2024

²⁹ Constitución de la Nación Argentina [CN]. Art. 19. 22 de agosto de 1994 (Argentina)

³⁰ Gomez Pedro J. Montano. “La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal” consultado en [revistas.um.edu.uy] el 22/04/2024

postura, podrían contestarla amparándose honestamente, en su propia idea de dignidad. Lo mismo puede sostenerse respecto de las argumentaciones relativas a la criminalización del aborto. Por fin, aparece como pasible de iguales consideraciones lo relativo al narcomenudeo, en particular en las zonas donde la gravedad y la obstinación criminal se decoloran.

Es ostensible y diametral el cambio de postura de los jueces, no sólo respecto del consumo de marihuana³¹; sino también de su producción y distribución a pequeña escala³² cuando la ley no parece indicar estas variaciones interpretativas. Hay, por tanto, en este caso, algún valor subyacente que justifica tal viraje, y, en general, se manifiesta a través de las imprecisiones lingüísticas. Por ejemplo, las que dan nuevo sentido y alcance al termino acciones privadas del art 19 de la constitución³³. Lo mismo que cuando a la trata se le agrega el bien “dignidad” por si la libertad fuera insuficiente.

Parece claro que la supresión del consentimiento en el tipo del artículo 145 bis CP responde a una cuestión de política criminal, más o menos ajustada a la constitución según las interpretaciones y coincidente o no, en todo caso, con la idea de dignidad que cada persona tenga.

Es innegable que, en casos como este, la redacción jurídica se subyuga a las necesidades persecutorias y a una política de seguridad. En suma, es porque el derecho positivo lo indica, y no por razones previas, que se prohíbe cualquier conducta. De ahí que esta prohibición deba justificarse con mayor ascetismo y apelando a una terminología que sea susceptible de verificación empírica y confutación lógica, al menos en la medida más amplia posible, dadas las ineludibles limitaciones idiomáticas y humanas³⁴. Toda vaguedad lingüística es una hendija por la que puede colarse la discrecionalidad estatal y, de hecho, la historia del derecho penal así lo corrobora.

Finalmente, las consideraciones respecto de la idea de dignidad dan lugar a hacer un pequeño inciso sobre los intentos de establecer marcos formales de prohibición. Ambas

³¹ Restrepo Parra, Adrián. “El derecho a consumir marihuana” consultado en [scielo.org.co] el 23/04/2024

³² Lopez Daza, Germán Alfonso, Gomez Garcia, Carlos Fernando. “La legalización por vía judicial del consumo de la dosis personal de droga ¿Un desafío al sistema democrático en América Latina? Consultado en [scielo.org.co] el 23/04/24

³³ Aguilar, Juan Manuel Hernández. “La hermenéutica jurídica en Gadamer: una complementación a las teorías de la interpretación jurídica” consultado en www.core.ac.uk el 25/04/2024

³⁴ Del Gesso Cabrera, Ana María. “Lenguaje y Derecho. El discurso jurídico, un discurso connotado” consultado en [criticajuridica.org] el 22/04/2024

propuestas tienen en común, el hecho de que derivan en derecho penal material en blanco. No pueden eludirse las remisiones que estas dos prácticas implican y, por tanto, los conceptos contenidos en las normas terminan requiriendo complementos conceptuales que ponen en riesgo el principio de estricta legalidad, y, en los casos de aplicación de penas, el de estricta jurisdiccionalidad ³⁵.

Ejemplo de un intento de enmarcación formal del consentimiento para ser eficaz, es la posición de Jakobs, que sostiene que puede disponerse libremente de todos los bienes que a su vez no representen derechos personalísimos, como la propiedad y de los derechos personalísimos como la libertad, la integridad física, el honor, en la medida en que sean medios para el propio desarrollo del sujeto, pero no en los casos en que se afecte en concreto la base de ese desarrollo³⁶. El autor alemán, aparentemente alude a la disponibilidad del bien, en tanto esta sea reversible, es decir, la libertad sería disponible, pero, en ningún caso, renunciabile.

Resulta tentador dar curso empírico al esfuerzo intelectual descripto. Lo que de él convence es que contiene una ética irreprochable, en la medida en que promueve la libertad a la vez que su mantenimiento. Pero de nuevo, en sus palabras, aunque menos que en las parafraseadas de Roxin, se advierte el lugar a la discrecionalidad por medio de la falla lingüística de márgenes aun reductibles³⁷.

Cualquier bien principalísimo del ser humano, en tanto se dispone, se utiliza y se declina, al menos en parte. Sólo puede haber libertad en quien está facultado para disponer de ella. En definitiva, la libertad implica la negación de las opciones que constituyen el costo de oportunidad de cualquier decisión³⁸. Comprometemos nuestra libertad en mayor o menor medida en una serie de actos sucesivos, compromiso cuyo grado es imposible de medir más allá del carácter irreversible que estos actos tienen en el tiempo³⁹. Luego, no es difícil concluir que para establecer si ha sido absoluta la pérdida del bien libertad, habrá que hacer un circunspecto análisis de cuántos factores ya lo condicionaban desde antes y la

³⁵ Ídem

³⁶ Jakobs Gunter “¿Daño Social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el derecho penal” consultado en www.revistas.unne.edu.ar el 22/04/2024

³⁷ Martínez García Donas, Araceli. “La Prueba en el proceso penal español: análisis de su proceso valorativo y, en particular, de los elementos para probatorios” consultado en [upo.es] el 23/04/2024

³⁸ Peña Diego Manuel Luzón. “El consentimiento en derecho penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal” consultado en [dialnet.unirioja.es] el 23/04/2024

³⁹ Ídem

intensidad con la que operaban esos factores⁴⁰. Ese condicionamiento dará el monto admisible de disponibilidad al que alude Jakobs. Poco menos que imposible resulta tal empresa.

Por lo demás, habrá un necesario trato desigual ante la ley en caso de adoptar sus postulados. En la medida en que quien tenga más condicionado su margen de acción (por motivos a él atribuibles o no) como pueden ser su edad, su capacidad intelectual, su origen cultural, su dependencia a algún consumo problemático, etc; vea disminuida la validez de su consentimiento, será de pleno tratado en forma desigual ante la ley. La vulneración al artículo 16 de la CN⁴¹ aquí se da porque no existe intención del legislador de plantear una diferenciación de circunstancias que justifique el trato diferencial⁴². Siendo el tipo de circunstancias que habilitan este trato materia que excede las páginas presentes, sólo queda decir, que no han sido señaladas en la ley y por tanto queda trunca la indagación sobre los postulados de Jakobs.

5. Los compromisos del Estado argentino y el consentimiento

La convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la constitución a través de su artículo 75. Inc. 22, alude al compromiso de los estados signatarios de tomar medidas, incluso las legislativas, para suprimir todas las formas de trata y prostitución⁴³.

Si bien la normativa es clara, aparece como forzada la interpretación que promueve la legislación penal específica que se llevó a cabo a partir de la misma en Argentina. Al menos la que la promueve como única opción.

Los sostenedores de tal entendimiento, que reparan en las innegables circunstancias de vulnerabilidad de las víctimas de trata: pobreza, instrucción limitada, procedencia de familias disfuncionales, postulan *iure et de iure* que tales contextos hacen nula la capacidad de consentir con algún efecto jurídico. Estos dan la primera estocada hacia la concepción de

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Constitución de la Nación Argentina (CN). Art. 16. 22 de agosto de 1994 (Argentina)

⁴² Chuquilin Estrada, Fany Janeth. "Prohibición de la conclusión anticipada en delitos sexuales y el principio de igualdad ante la ley, distrito judicial Cajamarca, 2021" consultado en www.repositorio.ucv.edu.pe el 23/04/2024

⁴³ Convención Sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 3 de septiembre de 1981

un Estado capaz de decir, sin rigor científico alguno, quiénes están calificados para disponer de su dignidad, y quienes no. A quienes, por carenciados, hay que protegerlos de sí.

Avanzan más radicalmente en esta línea quienes promueven el ejercicio de la violencia a través del derecho penal como modo de combate central de la trata y la prostitución⁴⁴. Esta visión eficientista del derecho penal como un “curalotodo”, ya se ha manifestado en otras ocasiones como por ejemplo en las propuestas de baja de la edad de imputabilidad para librar la batalla contra la delincuencia, o la proscripción del goce de los beneficios de la ejecución progresiva de la pena para los perpetradores de determinados delitos, con igual objetivo.

Además de la simplificación de las causas de fenómenos sociales profundamente complejos y, por lo tanto, muy difíciles de desarraigar, la excesiva confianza en los poderes de la pena, por lo menos, dos errores técnicos fundamentales.

El primero de ellos es que implica interpretar que la toma de medidas legislativas a que obligan los tratados, refiere siempre a la habilitación, facilitación o legitimación del poder punitivo. Como se advierte en el caso analizado, se quita un escollo, un límite de racionalidad a las agencias de seguridad del Estado en su avance sobre el individuo, suprimiendo el consentimiento como causa de impunidad⁴⁵.

Legislar no significa necesariamente crear tipos penales. “Tomar medidas”, tampoco implica sólo elaborar leyes. Pero, sobre todo, quita respaldo argumental a la decisión de quitarle toda entidad al consentimiento de la víctima, el mandato contenido en la precitada convención⁴⁶ La prescripción es amplia y en modo alguno obliga al legislador nacional a elaborar normas en este sentido. La imposición o decisión de hacerlo, en todo caso, vendrá de una lectura forzada y lógicamente errónea del tratado en cuestión.

Por otro lado, la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos⁴⁷ prescribe la finalidad resocializadora de la pena, lo que significa que la creación o modificación de tipos penales a los efectos del cumplimiento de políticas persecutorias deviene

⁴⁴ Bergalli, Roberto. Bodelón Gonzalez, Encarna. “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”. Consultado en [boe.es] el 25/04/2024

⁴⁵ Tavares, Juez. “La racionalidad, el Derecho Penal y el poder de castigar: los límites de la intervención en el Estado democrático”. Consultado en [ucr.ac.cr] el 25/04/2024

⁴⁶ Convención Sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Art.2, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 3 de septiembre de 1981.

⁴⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art.5, San José de Costa Rica, 18 de julio de 1978.

irremediamente inconstitucional⁴⁸. Esto es lo que sucede con la supresión del consentimiento de la víctima, con el fin confeso de lograr facilitar la persecución de los perpetradores del delito de trata con el fin de explotación sexual.

Es que por plausible que sea el cometido de sus autores, la ley penal no puede usarse para perseguir presuntos delincuentes, no sólo porque ello está prohibido, sino porque es estéril. La verificación empírica demuestra que el aumento de la rigurosidad punitiva, no disminuye estructuralmente la delincuencia, no al menos, por sí misma, y sólo sirve para aquietar un clamor social coyuntural, atendible, por cierto, pero utilizando los instrumentos idóneos.

Por otra parte, la ley 26.364 establece que su finalidad es evitar la explotación, que define en su artículo cuarto que dice:

“reducción o mantenimiento de una persona en condición de esclavitud, servidumbre o condición análoga, obligación de realizar trabajos forzados; promoción, facilitación, desarrollo u obtención de provecho de cualquier forma de comercio sexual y práctica de extracción o de tejidos”

El tipo penal requiere un elemento subjetivo específico: la intención *previa* de explotación⁴⁹

De contrastar estas dos variables se verifica un contrasentido respecto al consentimiento. Tal y como se plantea el concepto de explotación, que debe estar contenido en la intención que informa la conducta del perpetrador, el consentimiento de la víctima se hace incompatible por necesidad lógica con la consumación de la trata con fines de explotación sexual.

La finalidad de explotación al ser un elemento subjetivo de *todo el delito*, debe estar presente como tal en todo el *iter criminis*. Por lo tanto, desde el primer contacto del explotador con la víctima; implica, per se, la ausencia de consentimiento, o que el mismo esté viciado.

⁴⁸ Constitución de la Nación Argentina (CN). Art. 25, Inc. 22. 22 de agosto de 1994 (Argentina)

⁴⁹ Montero, Jorgelina. “Tipificación de la trata con fines de explotación sexual en Argentina o del gobierno de la sexualidad femenina” consultado en [rdi.uncoma.edu.ar] el 25/04/2024

El que quiere explotar, cuyo querer es *conditio sine qua non* para la existencia del delito de trata, aun cuando oculte su intención habrá logrado un consentimiento viciado en la intención por quien fue engañado o inducido a error, por lo tanto, no contará con su consentimiento válido. Por otro lado, la explotación consentida, aunque resulta un ejemplo de laboratorio, deja de ser explotación. En este caso tan extremo, debe concederse, que es difícil y casi caprichoso pensar que alguien en su sano juicio y sin condicionamiento alguno, consienta ser explotado. Detrás de ese avenimiento hay, casi por definición un elemento que afecta la libertad o la intención o ambos, y siendo tan altas las probabilidades de que suceda así, es deber del organismo de persecución penal, como parte de su cometido de buscar la verdad, indagar sobre esas afectaciones al albedrío de la víctima. Se entiende que en casos como el planteado no se vulneraría el principio de objetividad⁵⁰.

En suma, el legislador ha elaborado un tipo penal en blanco porque remite a definiciones legales externas, tipo penal que además es sobreabundante y confuso ya que en ese “*independientemente del consentimiento de la víctima*”; deja ver cómo no ha advertido el oxímoron que implica una explotación consentida.

6. Los medios comisivos del delito de trata para la explotación sexual y el consentimiento de la víctima

Es pertinente aclarar aquí, que los medios comisivos receptados para el delito de trata en el artículo 145 bis del Código Penal Argentino, son los mismos que los previstos en el Protocolo de Palermo⁵¹.

Pero esta recepción no otorga razón a quienes sostienen la inoperatividad del consentimiento de la víctima como acertada. Puede cumplirse con la normativa internacional y a la vez sostener la conveniencia de mantener la eficacia desincriminatoria del consentimiento como se advertirá *ut infra*.

⁵⁰ Novillo Siguencia, Cristopher German, et al. “Sobrecarga del sistema procesal penal por falta de aplicación del principio de objetividad fiscal” consultado en [investigarmqr.com] el 25/04/2024

⁵¹ Ibid.

7. El engaño o fraude y el consentimiento de la víctima

Es indudable la incompatibilidad de este medio comisivo con el consentimiento de la víctima, por lo que parece ser que el legislador hubiese querido darle entidad al mismo cuando existiera engaño.

Una interpretación honesta de la norma conduce a afirmar que no ha sido así, ya que, como se adelantara oportunamente, todos los medios comisivos en un análisis inicial son necesariamente incompatibles con la noción de consentimiento, ya sea por viciarlo a este, ya sea por suprimir su existencia.

Sin embargo, las consideraciones que alguna doctrina ha hecho respecto de las características específicas de este tipo de engaño permiten ir diagramando la idea de un consentimiento especial, más rigurosamente verificado y cuya regulación impondría mayores y más exigentes extremos probatorios. Este consentimiento, es, de *lege ferenda* la que se entiende como solución más eficaz de toda la problemática planteada.

De este modo, las aclaraciones de la UNDOC respecto del objeto del trabajo a que se compromete la víctima resultan pertinentes. En particular aquella relativa a la naturaleza del trabajo o servicio a ser proveído⁵².

Debe buscarse la utilidad esclarecedora de este primer punto en los grises y no en los extremos, por lo menos, a los fines de comprender el tipo de consentimiento que se propone en este trabajo para compatibilizar la protección de la víctima tanto del delito de trata como de la negación de su libertad y de la imposición por parte del Estado de un concepto de dignidad colectivo.

Así, para proteger del engaño que implicaría prometer que va a hacer trabajo de limpieza quien luego termina por prostituirse, bastaría con mantener la eficacia de un consentimiento regular⁵³. Por el contrario, si se piensa, por ejemplo, en el caso de la persona que fue contratada para realizar trabajos sexuales, sin haber sido advertida de que estos trabajos se llevarán a cabo en público, o con más de una persona involucrada, sin requerírsele nuevo consentimiento, surge como meridiana la necesidad de una anuencia especial por su especificidad y por la necesidad de un en constante estado de actualización,

⁵² Oficina Nacional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, informe mundial, Nueva York, 2009

⁵³ Ibid.

acorde a los peligros que representa el carácter dinámico de la trata. Va de suyo que todo esto será objeto de prueba a cargo del órgano persecutorio⁵⁴ en el juicio por la necesidad de respetar el principio de inocencia y la interpretación *pro homine de la ley penal*, además de la prohibición de presunciones en contra del encartado⁵⁵.

Al respecto y para no entrar en consideraciones que exceden el objeto de este trabajo, se dirá que, por la excepcionalidad, gravedad y sobre todo, cantidad de personas y movimientos involucrados en las redes de trata, los extremos no serán de tan extrema dificultad probatoria. Y en caso de que lo sean, habrá de complementarse la regulación de la norma especial con tiempos y recursos procesales acorde, siempre dentro del garantismo constitucional que impone nuestra organización política.

Otro aspecto que sería deseable se regule de manera muy circunspecta, es el de las circunstancias relativas a la posibilidad de movimiento de la persona dentro del recinto de su trabajo y todo lo relativo a los horarios y plazos. Esto, por las obvias razones de que, son las aristas de peligro del bien jurídico.

8. La violencia y el consentimiento

Mientras que la violencia física o la *vis absoluta* desplaza por completo la libertad⁵⁶ y a ella son aplicables las consideraciones que se vienen haciendo respecto del vínculo entre los tipos comisivos y el consentimiento.

La intimidación, por cuanto sus grados y los factores de los que depende su eficacia material son múltiples, es un punto clave a considerar en la construcción teórica de este consentimiento circunscripto al tipo de trata para fines de explotación sexual. Por tanto, se pasa directamente a su análisis.

9. Amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción

⁵⁴ Constitución de la Nación Argentina [CN]. Art. 19. 22 de agosto de 1994 (Argentina)

⁵⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art.8, San José de Costa Rica, 18 de julio de 1978.

⁵⁶ Parra-Barrera, Sandra Milena. Sanchez-Fuentes, M, Moyano, Nieves. “Violencia Sexual: impacto del consentimiento sexual sobre los derechos humanos de las mujeres”. Consultado en [torrosa.com] el 24/04/2024

A partir de los ejemplos doctrinarios y jurisprudenciales, ha de observarse como confluyen en las modernas formas de coerción, y, sobre todo, en las ligadas al tipo penal estudiado, distintos medios comisivos, y afectaciones al consentimiento desde ópticas divergentes también⁵⁷.

Suele coartarse la libertad del tratado generando permanentemente deudas que se imputan al transporte de la víctima, a la publicidad de sus actividades o a su hospedaje. También, en los casos de extranjeros, se les solicita la documentación para luego efectuar prácticas extorsivas no sólo respecto a su devolución, sino también a su exhibición a las autoridades en caso de que el ingreso al país haya sido ilegal.

El aislamiento de la víctima respecto del resto de los habitantes de la comunidad a la que fue enviada, impidiéndose su contacto social más allá del círculo delictual⁵⁸.

En estos casos se confunden en una misma conducta, el engaño, el abuso de autoridad y el abuso de situación de vulnerabilidad, lo que evidencia una interacción sinérgica entre los tipos comisivos. Y este es uno de los fenómenos a que debe atenderse para comprender la necesidad de un consentimiento especial, restrictivo y en permanente estado de renovación.

En la medida en que el tipo penal en su estado consumativo avanza en el tiempo, el tratante empieza a tener más elementos para subyugar a la víctima, y esta, a su vez, se ve despojada de las herramientas con las que contara otrora para ejercer su libertad.⁵⁹

La situación reseñada provoca una merma de la autoconciencia, y en la medida en que la distribución de poder entre tratante y tratado se produce en el sentido dicho, las posibilidades de la víctima de asentir en uso pleno de su juicio, o, de disentir, se reducen, sobre todo, por la evolución de la percepción que esta tiene de la realidad.

No es difícil colegir que, habida cuenta de la involución de la capacidad de autodeterminación por efecto de las condiciones a que ha sido sometido el sujeto, su consentimiento también se deprecia. Por lo tanto, puede avanzarse en que no sólo debe interpretarse restrictivamente la anuencia de quien fuera la víctima, sino que esta

⁵⁷ Bauni, Lía Valeria. “Trata de personas con fines de explotación sexual. Reflexiones” consultado en www.sedici.unlp.edu.ar, el 24/04/2024

⁵⁸ Mendez Linares, Sara, et al. “El delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual” consultado en www.riull.ull.es, el 26/04/2024

⁵⁹ Oficina Nacional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, informe mundial, Nueva York, 2008.

restrictividad debe ser creciente en la medida en que avanza su relación con los hechos descriptos en el artículo 145 bis del CP.

10. Abuso de autoridad y Consentimiento

Caben en este caso las mismas reflexiones que las hechas en el análisis del medio comisivo de amenazas o cualquier medio de intimidación. Sólo se agrega que el concepto de autoridad será interpretado a los efectos del consentimiento, por supuesto, de *lege ferenda*, en sentido amplio. Por el mismo efecto despersonalizador que tiene la sumisión⁶⁰ la víctima puede, en la circunstancia subjetiva que se alude, percibir como autoridad a alguien que no lo sería en circunstancias normales.

En estos casos, aun no existiendo amenazas ni intimidaciones, el consentimiento puede ser prestado sin libertad⁶¹. Puede resultar suficiente para que esto suceda, que alguna acción compatible con la explotación le sea solicitada a la víctima por otra víctima que ocupe una mayor jerarquía en el “escalafón de empleados del tratante”. Esto revela que, llegado cierto punto, la vulnerabilidad prolongada en el tiempo, ha acotado los márgenes de albedrío y la fiabilidad del consentimiento de un modo significativo, realidad que debe verse reflejada en las necesidades probatorias del proceso, para lo cual, aparece nuevamente, la importancia de la previsión de la situación de excepción en el tipo penal.

11. Concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener consentimiento del que tiene autoridad sobre la víctima

Como primera aclaración, a la autoridad aquí mentada, no se aplican las consideraciones especiales del caso anterior. De hecho, el acuerdo es entre la “autoridad de la víctima” y el tratante.

⁶⁰ Peregrin, Carmen López. “Algunas cuestiones problemáticas que plantea la aplicación del delito de la trata para la explotación sexual cuando la víctima es menor de edad” consultado en [criminet.ugr.es] el 24/04/2024

⁶¹ Sanchez, Demeisa Benito. “El medio comisivo abuso de una situación de vulnerabilidad en el delito de trata de personas” consultado en [revistadigital.uce.edu.ec] el 24/04/2024

Desde la perspectiva que se adopta, parte autorizada de la doctrina en este caso, incurre en una interpretación técnicamente deficitaria que, por estar ligada al consentimiento, debe ser observada.

Cierto es que autoridad sobre una persona mayor de 18 años puede detentar otro en virtud de las características que los une. El ejemplo clásico es el del marido sobre su esposa⁶². Pero esta verdad ya no aplicaría al tipo penal en materia de consentimiento, sino por vía indirecta. Esto es, aparece un segundo consentimiento, cuyas características deben ser analizadas de acuerdo con los estándares normales, un consentimiento que da cuenta de la autoridad que se ejerció antes y en otros ámbitos, y que por ello da base a la idea de que existe esta relación dispar de poder.

La confusión aquí se produce porque se agrega un elemento comisivo que requiere de hechos preexistentes que no tienen relación alguna con el objeto material del tipo penal.

Es deseable para una mayor claridad, que esta negociación que se establece como tipo comisivo autónomo, con todos los esfuerzos probatorios que conlleva, al menos en caso de que se quiera respetar el derecho de defensa en juicio, fuese excluido totalmente de la regulación.

Esta exclusión, desde ya, no implica la supresión de la relevancia penal del acontecimiento, desde que, como se viene proponiendo, por las características especiales del consentimiento de la víctima, de probarse la connivencia entre el tratante y la persona que detenta poder sobre la víctima, estaríamos ante un caso que no pase por el tamiz del consentimiento de la víctima, dada su relación de sujeción.

La exclusión en el caso de las víctimas menores en cuanto al análisis del consentimiento, amén de la existencia de una capacidad progresiva, se entiende que está prohibida como estaría prohibida la configuración de cualquier contrato que celebraran por sí ya que nunca la progresividad de la capacidad civil haría lugar a un caso tan extremo como el de la prostitución.⁶³

⁶² CANO, Ana B. "Reexaminando la definición de trata de seres humanos del Protocolo de Palermo: la trata como forma de explotación" consultado en [revistas.deusto.es] el 25/04/2004

⁶³ LOZANO GONZÁLEZ, Edwin Enrique et al. "Prostitución infantil y trata de menores: corresponsabilidad de la familia y el Estado" consultado en [repositorio.cuc.edu.co] el 25/04/2024

12. Abuso de situación de vulnerabilidad

En la corta existencia de la norma bajo análisis, este ha sido por fuerza de la casuística judicial, un comisivo residual, es decir, a través del abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima, se ha intentado evitar la impunidad en casos en que los otros tipos comisivo han resultado imposibles de probar.

La Oficina contra la Droga y el delito de Naciones Unidas, en su informe “An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action” conceptualiza al estado de vulnerabilidad como el modo negativo en que las personas experimentan la compleja interacción de los factores sociales, culturales y ambientales en general que interactúan en sus respectivas comunidades⁶⁴

A renglón seguido, enumera una serie de ámbitos en los que puede advertirse la vulnerabilidad. Destacan la niñez, el género, la pobreza, la educación limitada, la inestabilidad política, la guerra, etc.

El instrumento propone como hilo conductor de todas las circunstancias, las especiales dificultades para rechazar la explotación, enfatizando, por lo tanto, en la manera en que el entorno o su propia condición, acota su posibilidad de consentir.

Lo mismo ocurre cuando la ONU se expide en la Nota interpretativa para los trabajos preparatorios del Protocolo de Palermo en que afirma que

“por situación de vulnerabilidad debe entenderse como la referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que la de someterse al abuso de que se trata”⁶⁵.

⁶⁴ Oficina Nacional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, informe mundial, “An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action”, Nueva York, 2008.

⁶⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Documento temático. “Abuso de situación de vulnerabilidad y otros medios en el contexto de la definición de trata de personas”, Nueva York, 2013.

Ambos documentos de la ONU abonan la idea de un consentimiento restrictivo que atienda a la muy posible circunstancia de pérdida de libertad por la que pueda estar transitando la víctima. En el primero se habla de *dificultades para rechazar la explotación*; mientras que en el segundo alude a la *falta de opciones por fuera del sometimiento*.

Sumado a ello, la residualidad que la casuística ha dado al tipo comisivo, completa el argumento por el que se sostiene la principalísima importancia del consentimiento, que lejos de haber sido desdeñado para evitar su impunidad, debió ser razonado profusamente desde la técnica jurídica.

13. Características del consentimiento de especial regulación propuesto

Partiendo de los casos paradigmáticos en que las víctimas de trata han perdido o terminado de perder su autonomía, puede aventurarse una noción más o menos clara del lugar y modo que el consentimiento debiera ocupar en la regulación de la trata de personas con fines de explotación sexual.

Las circunstancias de vulnerabilidad en las que se llevan a cabo los diversos actos comisivos, suelen ser las mismas y presentarse en los mismos momentos del *iter criminis*: la pobreza es, en general, es la situación preexistente de las víctimas de este delito, las adicciones y las deudas suelen sobrevenir a la captación y ser efecto o manifestación de la explotación⁶⁶. Aparece también como destacable la condición de migrante. En general, el hecho de ser extranjero, sobre todo en los casos de migraciones ilegales, dificulta los términos de negociación para la víctima y, en particular, la posibilidad de declinar su situación debido a que es práctica habitual el solicitarle sus documentos para, justamente, proceder luego a su extorsión en relación a la restitución de los mismos.

Entonces, como primer punto debe elaborarse una noción de consentimiento atendiendo a la información que surge de la realidad empírica de estos delitos y sus

⁶⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Documento temático. “Abuso de situación de vulnerabilidad y otros medios en el contexto de la definición de trata de personas”, Nueva York, 2013.

análogos, identificando y reconociendo su necesidad por los patrones de ataque a la voluntad que se repiten de caso a caso⁶⁷.

En segundo lugar, es conveniente la elaboración de una noción de consentimiento que, en la instancia probatoria haga insuficiente el testimonio de la víctima para tenerlo por otorgado. Este tipo delictivo, como se viene analizando, implica cuando no siempre, en la mayoría de los casos, un impacto psicológico de gran entidad y persistencia. En general las víctimas llegan al juicio con efectos traumatizantes subsistentes producto de su aprehensión ilegal.⁶⁸ En tercer lugar, y en búsqueda de proteger la igualdad ante la ley⁶⁹ y la libertad en todas sus formas⁷⁰ se entiende como conveniente hacer del consentimiento de la víctima, un instituto en que se atiende a los márgenes de decisión que ella tendría en sus circunstancias normales.

Si se parte de la diversidad irreductible que existe de individuo a individuo, habría necesidad en negar que todos los consentimientos parten de un grado de constricción diverso, dado que las circunstancias de cada persona son disímiles por necesidad.⁷² Es por ello que se propone una remisión a la normativa procesal, lo que respetaría los principios de legalidad y estricta jurisdiccionalidad⁷³ y el orden de prelación normativo establecido para nuestro ordenamiento jurídico⁷⁴.

En concreto la propuesta consiste en peritar del modo en que los expertos aconsejen, las circunstancias condicionantes estructurales a la avenencia de la víctima a cualquier contrato. Estas, por supuesto objetivadas a partir de criterios normados. Y luego contrarrestar esas circunstancias con los elementos restrictivos que agrega el delito a que fue sometida, desde los actos preparatorios hasta el grado de comisión punible que este haya alcanzado, es decir, tentativa o consumación.

⁶⁷ Torres Falcón, Marta. "El nuevo rostro de un viejo fenómeno: La trata de personas con fines de explotación sexual y los derechos humanos" consultado en [scielo.org.mx] el 26/04/2024.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Ibíd.

⁷⁰ Constitución de la Nación Argentina [CN]. Art. 14. 22 de agosto de 1994 (Argentina)

⁷¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art.7, San José de Costa Rica, 18 de julio de 1978.

⁷² Álvarez, Carmen Delgado; GARCÍA. Andrea Gutiérrez. "Prostitución: notas para un análisis psicosocial de la coacción al consentimiento" consultado en [researchgate.net] el 27/04/2024

⁷³ Constitución de la Nación Argentina [CN]. Art. 18 y Art. 19, 22 de agosto de 1994 (Argentina)

⁷⁴ Constitución de la Nación Argentina [CN]. Art.31, 22 de agosto de 1994 (Argentina)

Finalmente queda por referir que las prácticas legislativas propuestas han sido admitidas desde larga data por nuestra CSJ siempre que no desvirtúen los fines propios de la ley penal en un afán punitivista. Ejemplo cabal de ello, es entre muchos otros, el profusamente analizado fallo Fiorentino⁷⁵

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJ) Autos Fiorentino, Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes. Sentencia 27 de Noviembre de 1984.

LAS PERLAS DE LA CORONA BRITANICA: EL CONFLICTO SOBRE EL ARCHIPIELAGO DE CHAGOS EN LAS ISLAS MAURICIO

EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN LA OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SEPARACIÓN DEL ARCHIPIELAGO DE CHAGOS DE MAURICIO EN 1965

Nicolas Raúl Medel⁷⁶



Resumen

El presente artículo analiza la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965 haciendo exclusivo hincapié en el derecho de los pueblos a la libre determinación. Para ello, se abordan tres aspectos troncales a saber, los hechos que llevaron a la Asamblea General solicitarle a la Corte Internacional de Justicia que emitieran la opinión consultiva bajo análisis, la evolución del principio a la libre determinación de los pueblos desde la creación de las Naciones Unidas y la interpretación que la Corte Internacional hace sobre el mencionado principio en la opinión consultiva sobre el Archipiélago de Chagos, con el objetivo de determinar si el proceso de descolonización de Mauricio se completó conforme el Derecho Internacional en la materia cuando adquirió su independencia en 1968.

⁷⁶ Abogado, profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, doctorando con especialización en Derecho Internacional, miembro fundador del Centro de Investigación en Derecho Internacional e Integración Regional (CIDIIR). Correo electrónico nicolasmedel@hotmail.com

Palabras clave

Archipiélago de Chagos – Derecho a la libre determinación de los pueblos –
Principio de integridad territorial – Territorio británico del océano Índico

Abstract

This article analyses the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, with an exclusive emphasis on the right of peoples to self-determination. To this end, three main aspects are addressed: the facts that led the General Assembly to request the International Court of Justice to issue the advisory opinion under analysis, the evolution of the principle of self-determination of peoples since the creation of the United Nations and the interpretation that the International Court makes of the aforementioned principle in the advisory opinion on the Chagos Archipelago, with the objective of determining whether the decolonization process of Mauritius was completed in accordance with international law on the matter when it acquired its independence in 1968.

Key words

Chagos Archipelago – Right to self-determination of peoples – Principle of territorial
integrity – British Indian Ocean Territory

1. Introducción

Desde la creación de las Naciones Unidas y, especialmente, desde la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales⁷⁷ más de ochenta antiguas colonias

⁷⁷ Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de Diciembre de 1960, denominada Declaración sobre la concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales también llamada “Declaración sobre Descolonización de 1960”.

habitadas por unos setecientos cincuenta millones de personas han obtenido la independencia.

No obstante, más de sesenta años después, aún existen una veintena de territorios bajo la autoridad de Potencias Administradoras de los cuales diecisiete poseen el estatus de Territorios No Autónomos⁷⁸ bajo la supervisión del Comité de Descolonización⁷⁹ y los demás, se encuentran bajo la administración del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte como Territorios Británicos de Ultramar.

En los últimos años se han generado una serie de hechos a nivel internacional que han demostrado que, la posesión de ciertos territorios que el Reino Unido posee en diferentes partes del mundo, se ha debilitado sobre todo desde la decisión de salir de la Unión Europea⁸⁰.

El primero de esa serie de hechos es la falta de apoyo y el cambio de posición de algunos países, sobre todo europeos, en relación a la posesión británica de Gibraltar en la península Ibérica. El segundo, no menos importante, es la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia en el año 2019 sobre las “Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965”.

Es así que, luego de décadas de frustradas negociaciones y a pedido de la República de Mauricio, el 22 de junio de 2017, la Asamblea General, en su Resolución 71/292, decidió solicitar a la Corte Internacional de Justicia que emitiera una opinión consultiva sobre los siguientes puntos:

1.- ¿Se completó con arreglo a derecho el proceso de descolonización de Mauricio cuando obtuvo la independencia en 1968, después de que el archipiélago de Chagos se separara de Mauricio y teniendo en cuenta el derecho internacional (incluidas las

⁷⁸ Conforme el Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas se definen los Territorios No Autónomos como “territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio”.

⁷⁹ El Comité Especial de Descolonización fue creado en 1961 por la Asamblea General como órgano subsidiario dedicado a cuestiones relativas a la descolonización, con arreglo a la resolución 1654 (XVI) de la Asamblea General, del 27 de noviembre de 1961. De conformidad con la resolución 1654 (XVI), el mandato del C-24 consiste en: 1) examinar la aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales (resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, y 2) formular sugerencias y recomendaciones sobre los progresos y el alcance de la aplicación de la Declaración.

⁸⁰ Conocido como Brexit, es una abreviatura de las palabras inglesas Britain (Gran Bretaña) y exit (salida), y es el término acuñado para referirse a la salida de Reino Unido de la Unión Europea. Reino Unido se sumó al bloque continental, el 1 de enero de 1973, pero en junio de 2016 los británicos decidieron abandonar la UE y poner fin a una relación de más de cuatro décadas. Finalmente, el Brexit se concretó el 31 de enero de 2020.

obligaciones recogidas en las resoluciones 1514 (XV), del 14 de diciembre de 1960, 2066 (XX) del 16 de diciembre de 1965, 2232 (XXI) del 20 de diciembre de 1966 y 2357 (XXII) del 19 de diciembre de 1967)?

2.- ¿Cuáles son las consecuencias en virtud del derecho internacional, incluidas las obligaciones reflejadas en las resoluciones mencionadas, que se derivan de que (el Reino Unido) siga administrando el archipiélago de Chagos, entre otras cosas respecto a que Mauricio no pueda aplicar un programa para reasentar en el archipiélago de Chagos a sus nacionales, en particular a los de origen chagosiano?

Estas dos cuestiones que la Asamblea General presentó a la Corte Internacional de Justicia para que emitiera una opinión consultiva le permitieron a esta desarrollar y dejar en claro varios aspectos vinculados con la vigencia y el alcance del principio de autodeterminación de los pueblos.

No podemos negar que este principio se ha constituido como uno de los pilares sobre los cuales se han desarrollado los procesos de descolonización durante la segunda mitad del Siglo XX y, que ha servido, junto a otros principios, como base sobre los cuales se pretendió construir el orden mundial luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, numerosos casos coloniales quedan aún por resolver, entre ellos, el del Territorio Británico del Océano Indico, que paradójicamente, a pesar de no encontrarse en el listado de territorios sujetos a procesos de descolonización se da una situación particular ya que estamos ante la presencia de un pueblo, el chagosiano, que fue expulsado ilegítimamente de su territorio por el Reino Unido, que no puede retornar al mismo y que ha sido obligado a vivir en el territorio de otros Estados.

De esta manera, en el presente trabajo primero plantearé los principales acontecimientos que llevaron a la aprobación de la solicitud de opinión consultiva por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en relación al Archipiélago de Chagos. Posteriormente, haré un breve análisis sobre el surgimiento del principio de autodeterminación de los pueblos. Para ello acudiré a las principales normas dictadas luego de la Segunda Guerra Mundial, especialmente la Carta de Naciones Unidas y la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Por último, analizaré cual ha sido la interpretación que sobre el mencionado principio ha realizado la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre las

“Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965” para determinar si se ha completado el proceso de descolonización de Mauricio conforme el Derecho Internacional vigente en la materia.

2. Acontecimientos que llevaron a la aprobación de la solicitud de opinión consultiva sobre el archipiélago de Chagos.

Para comprender el abordaje e interpretación que la Corte Internacional de Justicia realiza en su opinión consultiva sobre el Archipiélago de Chagos en relación al Principio de Autodeterminación de los Pueblos es necesario examinar cuales han sido los principales hechos que llevaron a la solicitud de la misma por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La primera administración colonial de las islas Mauricio fue establecida en el año 1715 por Francia. En el año 1810 los británicos conquistaron el archipiélago y en virtud del Tratado de Paris de 1814, Francia cedió Mauricio y todas sus dependencias al Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Entre 1814 y 1965 el archipiélago de Chagos estuvo administrado por el Reino Unido como una dependencia de la colonia de Mauricio, no como una colonia separada de esta. Incluso desde el año 1826 en varias ordenanzas formuladas por los Gobernados de Mauricio, las islas fueron descritas como dependencias de Mauricio y en la Orden relativa a la Constitución de Mauricio del año 1964, que fuera promulgada por los mismos británicos, definió la colonia de Mauricio⁸¹ como “la isla de Mauricio y las dependencias de Mauricio”, incluyendo sin dudas, al archipiélago de Chagos.

Ahora bien, entre 1964 y 1966 ocurrieron una cadena de sucesos trascendentales en el caso. En febrero de 1964, entre los Estados Unidos de América y el Reino Unido, se iniciaron conversaciones relativas al uso por parte de los Estados Unidos de ciertas islas de propiedad británica en el Océano Indico. La intención expresamente manifestada por los Estados Unidos era el establecimiento de instalaciones militares en Diego García, isla principal del Archipiélago de Chagos.

⁸¹ Artículo 90, párrafo primero, Orden relativa a la Constitución de Mauricio, 1964.

A su vez, el 29 de Junio de 1964, el Reino Unido también inició conversaciones con las autoridades coloniales de Mauricio con el objetivo de separar al Archipiélago de Chagos de Mauricio. Esto se concretó el 23 de Septiembre de 1965 a través de la firma del Acuerdo de Lancaster House, entre representantes de la colonia de Mauricio y el Gobierno británico.

Este acuerdo estipulaba una serie de ventajas para Mauricio que gozaría una vez obtenida su independencia y que incluyeron, entre otras, un acuerdo de defensa a cargo del Reino Unido, el apoyo a Mauricio para la concesión de cuotas de importación de azúcar y suministro de trigo a Estados Unidos, un pago de tres millones de libras esterlinas por encima de los valores de expropiación de tierras para facilitar la reubicación de los habitantes de Chagos y, lo que es más importante, un compromiso de devolución del archipiélago de Chagos una vez que cesara la necesidad de su uso para fines de defensa.

En noviembre de 1965, cinco años después de la Resolución 1514 de las Naciones Unidas, el Reino Unido de la Gran Bretaña creaba, a través de la Orden relativa al Territorio Británico del Océano Indico (BIOT), una nueva colonia integrada por el archipiélago de Chagos, como unidad territorial separada de Mauricio, y las islas Aldabra, Farquhar y Desroches, separadas de Seychelles, que por entonces también eran colonia británica.

Esto motivó que ese mismo año, la Asamblea General de la ONU tratara el tema y aprobara la Resolución 2066 (XX)⁸², referida específicamente a la cuestión Mauricio, expresando su grave preocupación por la separación de Chagos, e invitó al Reino Unido a no tomar ninguna medida que pudiera desmembrar el territorio de Mauricio y violar su integridad territorial. Esta resolución fue seguida por la Resolución 2232 (XXI)⁸³ de la Asamblea General, un informe del Comité Especial de Descolonización del 10 de mayo de 1967, y otra resolución de la Asamblea General, la 2357 (XXII)⁸⁴. La primera y tercera de

⁸² Resolución 2066 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1965, denominada Cuestión de la Isla Mauricio.

⁸³ Resolución 2232 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1966, denominada Cuestión de Antigua, Bahamas, Bermudas, Dominica, Granada, Guam, Isla Mauricio, Isla Pitcairn, Islas Caimán, Islas Cocos (Keeling), Islas Gilbert y Ellice, Islas Salomón, Islas Seychelles, Islas Tokelau, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de los Estados Unidos de América, Montserrat, Niue, Nuevas Hébridas, Samoa Americana, san Cristóbal-Nieves-Anguila, San Vicente, santa Elena y Santa Lucía.

⁸⁴ Resolución 2357 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 19 de diciembre de 1967, denominada Cuestión de Antigua, Bahamas, Bermuda, Dominica, Granada, Guan, Isla Mauricio, Isla Pitcairn, Islas Caimán, Islas Cocos (Keeling), Islas Gilbert y Ellice, Islas Salomón, Islas Seychelles, Islas Tokelau, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de los Estados Unidos de América,

estas resoluciones se referían a varios territorios y no solo a Mauricio. Sin embargo, reiteraron el principio de que todo intento de provocar una ruptura total o parcial de la unidad nacional e integridad territorial de territorios coloniales y el establecimiento de bases e instalaciones militares en dichos territorios era “incompatible” con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con su propia resolución 1514 (XV) de 1960.

Las conversaciones entre los británicos y los estadounidenses dieron lugar a la celebración del Acuerdo sobre la Disponibilidad del Territorio Británico del Océano Indico para Fines de Defensa y a la celebración de un Acta Convenida⁸⁵. En ella se acordó que la isla de Diego García fuera puesta a disposición de Estados Unidos por 50 años.

De esta manera, los Estados Unidos y el Reino Unido, acordaron además que el Gobierno Británico adoptaría las “medidas administrativas” (agreed minute) necesarias para garantizar que se satisfagan las necesidades en materia de defensa, estableciendo dentro de esas “medidas administrativas” a adoptar, la de reasentar a los habitantes de las islas en cuestión.

En 1967 se celebraron elecciones generales en Mauricio, donde se impusieron aquellos partidos políticos que estaban a favor de la independencia. De esta manera, el 12 de Marzo del año siguiente, Mauricio se convertía en un Estado Independiente.

Aquí hay algo sumamente importante de mencionar y es que en la Constitución de Mauricio promulgada por el Gobierno del Reino Unido unos días antes de la independencia, se procedió a definir a Mauricio como “los territorios que constituían la colonia de Mauricio inmediatamente antes del 12 de Marzo de 1968”⁸⁶. Claramente esa definición no incluía al archipiélago de Chagos en el nuevo territorio independiente de Mauricio.

Mientras Mauricio caminaba hacia su independencia, la potencia colonizadora, en cumplimiento de la agreed minute impidió, entre 1967 y 1973, que toda la población del Archipiélago de Chagos regresara a sus hogares o la expulso por la fuerza impidiéndole

Montserrat, Niue, Nuevas Hébridas, Samoa Americana, San Cristóbal-Nieves-Anguilla, San Vicente, Santa Helena, Santa Lucía, Swazilandia.

⁸⁵ Acuerdo sobre la Disponibilidad del Territorio Británico del Océano Indico para Fines de Defensa y Acta Convenida, Londres, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 30 de Diciembre de 1966.

⁸⁶ Artículo 111, párrafo 1, Constitución de la República de Mauricio de 1968.

regresar posteriormente⁸⁷. Esa población del archipiélago se reubicó en parte en Mauricio, otra parte en el Reino Unido y otra en las islas Seychelles.

Por su parte, los Estados Unidos de América avanzaron con la instalación de su base militar en la isla de Diego García, que sigue operando allí hasta la actualidad.

A partir de la década de los ochenta Mauricio revivió el tema en sus relaciones bilaterales con el Reino Unido con el apoyo de la Organización de la Unidad Africana quien aprobó la Resolución 99 (XVII), en la cual se exige que Diego García “se devuelva a Mauricio de manera incondicional”.

En el año 2001 Mauricio propuso que la disputa fuera sometida a la Corte Internacional de Justicia, pero Gran Bretaña negó su consentimiento⁸⁸. Sin embargo, puesto que los acuerdos de Lancaster House habían incluido, como mencioné precedentemente, la eventual devolución del Archipiélago de Chagos a Mauricio tan pronto como cesaran las necesidades de defensa, el representante de Mauricio ante la ONU declaró ante la Asamblea General en 2004 que, en el reclamo de su país respecto del ejercicio pleno de su soberanía sobre el archipiélago de Chagos, había optado por la discusión bilateral, agregando que su Gobierno usaría todos los caminos abiertos a fin de ejercer la plena soberanía.

En el año 2016 el Reino Unido y Estados Unidos prorrogaron el plazo del arreglo sobre Diego García por otros veinte años, lo que motivó que el representante de Mauricio solicitara que el tema de Chagos fuera incluido en la agenda de la Asamblea General.

La presentación de Mauricio, sin embargo, contuvo un pedido de que se postergara su tratamiento hasta junio del año 2017 para permitir nuevas negociaciones bilaterales con el Reino Unido. Sin embargo, como después de ocho meses y tres rondas de discusiones no hubo ningún progreso en el tema, el 1º de junio de 2017 Mauricio pidió que la Asamblea General tratara el tema en sesión plenaria lo antes posible.

De esta manera se gestó la resolución 71/292 del 22 de junio de 2017 que, sobre la base de un proyecto que la delegación de la República de Mauricio circuló a las demás

⁸⁷ La principal expulsión forzosa de la población se produjo en la isla de Diego García entre los meses de julio y septiembre de 1971.

⁸⁸ La negativa del Reino Unido a aceptar la jurisdicción de la Corte se basaba en que Mauricio pertenecía al Commonwealth y que su declaración unilateral aceptando la cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria prevista en el art. 36, párrafo. 2º, del estatuto de la CIJ contenía una reserva que excluía disputas con miembros de esa comunidad de naciones. Sin embargo, cuando Mauricio anunció en 2004 que se retiraría del Commonwealth a fin de suministrar una nueva base para acceder a esa jurisdicción, el Reino Unido modificó su declaración ampliando su reserva para excluir a países que “habían pertenecido” al Commonwealth.

delegaciones en mayo de ese año, y que fuera presentado por el denominado “Grupo Africano” sin modificaciones, solicitaba a la Corte Internacional de Justicia que emitiera una opinión consultiva bajo el art. 96, párr. 1º, de la Carta de las Naciones Unidas sobre los dos puntos mencionados al comienzo de este trabajo.

3. El principio de autodeterminación de los pueblos

El surgimiento del Derecho de los Pueblos a la libre determinación se fue dando, con mayor importancia, luego de la Primera Guerra Mundial y, más aún, luego de la Segunda Guerra Mundial con su recepción en la Carta de las Naciones Unidas en el año 1945 y quince años después con la aprobación por parte de la Asamblea General de la ONU de la Resolución 1514 (XV)⁸⁹, más allá de las numerosas resoluciones y declaraciones de las Naciones Unidas que se han dedicado a este derecho.

El proceso de transformación del derecho internacional que se vivió luego de la segunda gran guerra generó un cambio en el tratamiento hacia los pueblos. Estos no son considerados meros objetos del ordenamiento susceptibles de dominación extranjera, sino titulares de derechos, como el de libre determinación⁹⁰.

El reconocimiento por parte de la comunidad internacional de este derecho es el que sirvió de base al proceso de descolonización que dio nacimiento a un gran número de estados, sobre todo en África, Asia y en menor medida en América.

Esta transformación plasmada en la Carta de la ONU y en diferentes resoluciones de la Asamblea General se basa en la vinculación del derecho de los pueblos a la autodeterminación en relación al Estado que está obligado a reconocerlo. Es decir, la existencia del pueblo con sus elementos objetivos y subjetivos es lo que justificaba el otorgamiento del derecho a conformar su propio Estado.

Si bien en la Carta de las Naciones Unidas se incluyó al principio de autodeterminación como uno de los pilares de la misma al manifestar en su preámbulo la expresión “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas...” enunciando luego, en el artículo primero los propósitos de la organización donde se proclama el fomento entre las

⁸⁹ Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU, 14 de Diciembre de 1960.

⁹⁰ Pastor Ridruejo, José A. (1999), Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales. 7º Edición. Madrid. Editorial Tecnos.

naciones de relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos⁹¹, por la presión de la República Francesa y el Reino Unido de la Gran Bretaña, que deseaban mantener sus colonias, se estableció un doble régimen, que en la práctica terminó atenuando la finalidad de la comunidad internacional para poner fin al sistema colonialista.

Es así como en el propio texto de la Carta vamos a tener por un lado lo que son los Territorios No Autónomos, regulados en el Capítulo XI, que se aplica a las colonias de los países vencedores o no enemigos y, por otro lado, el Régimen Internacional de Administración Fiduciaria, en el Capítulo XII y XIII, al cual fueron sometidos los territorios bajo mandato de la Sociedad de las Naciones, es decir, que comprendía a los territorios coloniales de potencias vencidas en la guerra, como así también a aquellos territorios puestos voluntariamente por los Estados en esa situación.

Recién en el año 1960 vamos a tener la primera contribución significativa de la Organización de las Naciones Unidas a la definición del derecho a la libre determinación de los pueblos con la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales⁹².

En esta Declaración, los Estados van a reconocer que todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación⁹³ proclamando solemnemente que “La sujeción de pueblo a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.”⁹⁴

Luego, diez años después, la Asamblea General de la ONU adopta por unanimidad la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas⁹⁵, la cual viene a profundizar aún más el derecho a la autodeterminación que ya no se limita a la determinación del estatuto político, sino que además le da a dicho principio

⁹¹ Carta de las Naciones Unidas. Artículo 1º, inciso 2, 24 de Octubre de 1945.

⁹² Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU, 14 de Diciembre de 1960.

⁹³ En el segundo párrafo de la Declaración establece que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”

⁹⁴ Párrafo primero de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, 14 de Diciembre de 1960.

⁹⁵ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, 24 de Octubre de 1970.

una proyección interna y otra externa. La primera abarca lo relacionado al sistema político, democrático y representativo, mientras que la segunda se extiende a todo pueblo, especialmente a los sometidos a dominación extranjera.

Conforme la Resolución 1541 (XV)⁹⁶ ese derecho a la autodeterminación externa podía ejercerse de tres maneras diferentes: con la creación de un nuevo Estado; con la libre asociación con otro Estado y por último con la integración a otro Estado.

Sin dudas, estas resoluciones son trascendentales dado que van a acelerar el proceso de descolonización que las potencias coloniales se rehusaban a concluir. Incluso la Resolución 2625 va más allá, al incorpora el derecho a la autodeterminación de los pueblos en un sentido genérico, es decir, para toda clase de pueblos.

Sin embargo, de las normativas citadas, también surgen las limitaciones al ejercicio de tal derecho, que lejos está de ser absoluto. La Resolución 2625 (XXV) recoge la limitación establecida en la Resolución 1514 (XV), el principio de integridad territorial, al establecer claramente que: “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o religión. Todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país.”

Como puede observarse la integridad territorial de otro Estado no puede verse afectada por el ejercicio efectivo del derecho a la libre determinación de los pueblos, siempre que esos pueblos que habitan su territorio sean respetados. Con claridad el derecho internacional prioriza la estabilidad de las fronteras por sobre el derecho a la autodeterminación por considerar al primero como un elemento importante para mantener la paz y la seguridad de la comunidad internacional.

⁹⁶ Resolución 1541 (XV) de la Asamblea General de la ONU, 15 de Diciembre de 1960, denominada Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del Artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas.

4. La interpretación del principio de autodeterminación de los pueblos en la Opinión Consultiva de la CIJ sobre las “Consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965”

Previo a todo análisis en relación al contenido del derecho internacional aplicable al caso, la Corte analiza cual es el periodo de tiempo pertinente para determinar el derecho internacional vigente recordando que el proceso de descolonización de Mauricio se sitúa, como hemos visto previamente, en el periodo comprendido entre la separación del archipiélago de Chagos de su territorio en el año 1965 y su independencia en 1968.

Sin embargo, la Corte opina que esto no le impide examinar la evolución del derecho a la libre determinación desde la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y de la Resolución 1514 (XV) teniendo en cuenta que al tratarse de normas consuetudinarias la práctica de los Estados y la opinio iuris, es decir, la aceptación de esa práctica como derecho, se consolidan y se confirman gradualmente a lo largo del tiempo.

Esto significa que la Corte puede basarse en instrumentos jurídicos posteriores al periodo en cuestión cuando dichos instrumentos confirmen o interpreten normas o principios preexistentes.

De esta manera, la Corte Internacional de Justicia se propone, entre otras cuestiones, determinar cuál es la naturaleza, el contenido y el alcance del derecho a la libre determinación de los pueblos aplicable al proceso de descolonización de Mauricio. Es decir que la Corte se limitó a analizar este derecho en el contexto de la descolonización.

Como una manera de poner fin a la discusión en torno al carácter consuetudinario del derecho a la libre determinación, su contenido y la forma en que se ejerció entre 1965 y 1968, la CIJ va a ponderar diferentes cuestiones de relevancia.

Quizá la cuestión más novedosa que va a introducir la Corte en esta opinión consultiva y que no había sido analizado en casos anteriores, es la de considerar a la libre determinación de los pueblos como un derecho humano fundamental, teniendo en consecuencia, un ámbito de aplicación amplio.

Luego, la Corte recordará que “el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos” es uno de los propósitos de las Naciones Unidas el cual se refiere, en particular, al Capítulo XI de la Carta, es decir, a la “Declaración

relativa a los Territorios No Autónomos” dado que, como establece el artículo 73, los miembros de la organización que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado aún la plenitud del gobierno propio están obligados a “desarrollar el gobierno propio” de esos pueblos⁹⁷.

De esto se desprende que el régimen jurídico de los Territorios No Autónomos previsto en el Capítulo XI de la Carta se basa en el desarrollo progresivo de sus instituciones a fin de llevar a las poblaciones afectadas a ejercer su derecho a la libre determinación⁹⁸.

Ahora bien, al convertir la Carta de la ONU el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos en uno de los propósitos de las Naciones Unidas, incluyó disposiciones que permitirían que los Territorios No Autónomos acabaran gobernándose por sí mismo. Es por ello, que la Corte se propuso determinar cuando el derecho a la libre determinación se cristalizó como norma consuetudinaria vinculante para todos los Estados.

En su análisis, la Corte ha destacado que en base al Artículo 38 de su Estatuto, la costumbre se constituye a través de una “Practica generalmente aceptada como derecho” considerando que ambos elementos, a saber, la practica general y la opinio iuris, están estrechamente relacionados⁹⁹.

Además, sostiene que la aprobación de la Resolución 1514 (XV) constituye un momento decisivo en la consolidación de la práctica de los Estados en materia de descolonización¹⁰⁰, debido a que esta resolución aclara el contenido y el alcance del derecho a la libre determinación. Para la Corte Internacional de Justicia existe una clara relación entre la Resolución 1514 (XV) y el proceso de descolonización después de su

⁹⁷ Carta de las Naciones Unidas. Artículo 73, 24 de Octubre de 1945

⁹⁸ Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, p. 37, párrafo 146-148, 25 de Febrero de 2019.

⁹⁹ “Los actos en cuestión no solo deben constituir una práctica establecida, sino que, además, deben ser de tal naturaleza o ejecutarse de tal modo que demuestren la convicción de que dicha práctica es obligatoria en virtud de la existencia de una norma de derecho que la impone. La necesidad de esa convicción, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la idea misma de la opinio iuris sive necessitatis. Por consiguiente, los Estados interesados deben sentir que se están ajustando a lo que constituye una obligación jurídica. La frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos, no es suficiente por sí misma.” Fallo Plataforma continental del Mar del Norte, página 44, párrafo 77, 20 de Febrero de 1969.

¹⁰⁰ Antes de esa resolución, la Asamblea General de las Naciones Unidas había afirmado en varias ocasiones el derecho a la libre determinación: Resoluciones 637 (VII) del 16 de diciembre de 1952, 738 (VIII) del 28 de noviembre de 1953 y 1188 (XII) del 11 de diciembre de 1957 y varios territorios no autónomos se habían independizado.

aprobación¹⁰¹, incluso cuando estén plasmadas en una resolución que en principio no tienen una naturaleza jurídica vinculante para los Estados¹⁰².

La Corte considera que, si bien la Resolución 1514 (XV) es formalmente una recomendación, tiene carácter declaratorio en lo relativo al derecho a la libre determinación de los pueblos como norma consuetudinaria, teniendo en cuenta su contenido y las condiciones de su aprobación. La resolución se aprobó por 89 votos y 9 abstenciones, donde ninguno de los Estados que participaron en la votación cuestionó la existencia del derecho de los pueblos a autodeterminarse, porque incluso los Estados que se abstuvieron se justificaron sobre la base del tiempo necesario para dar plena efectividad a ese derecho.

Sostiene además que la redacción utilizada en la Resolución 1514 (XV) tiene un carácter normativo, en la medida en que afirma que *"todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación"*. Su preámbulo proclama *"la necesidad de llevar a un colonialismo final rápido e incondicional en todas sus formas y manifestaciones"* y su primer párrafo establece que *"la sujeción de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas"*.¹⁰³

La resolución estipula además que *"en los Territorios en Fideicomiso y No Autónomos y en todos los demás territorios que no han alcanzado su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios sin condiciones y sin reservas de conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados"*. Incluso a fin de evitar el desmembramiento de los Territorios No Autónomos, el párrafo 6 de la Resolución 1514 (XV) establece que: *"Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad"*

¹⁰¹ La Corte observa que el proceso de descolonización se aceleró en 1960, con la obtención de la independencia de 18 países, durante la década de 1960, los pueblos de otros 28 Territorios No Autónomos ejercieron su derecho a la autodeterminación y lograron la independencia.

¹⁰² "Las resoluciones de la Asamblea General, aunque no son vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proporcionar pruebas importantes para determinar la existencia de una norma o la aparición de una opinio iuris. Para saber si una determinada resolución de la Asamblea General cumple ese recaudo, hay que examinar su contenido y las condiciones en que se aprobó; también hay que ver si existe una opinio iuris en cuanto a su carácter normativo." Opinión Consultiva Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, página 254/255, párrafo 70, 8 de Julio de 1996.

¹⁰³ Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, p. 38, párrafo 153, 25 de Febrero de 2019.

territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

El Tribunal internacional considera que el carácter y el alcance del derecho a la libre determinación de los pueblos, incluido el respeto a *“la unidad nacional y la integridad territorial de un Estado o país”* se reiteraron en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Al reconocer el derecho a la libre determinación como uno de los *“principios básicos del derecho internacional”*, la Declaración confirmó su carácter normativo en virtud del derecho internacional consuetudinario.

Incluso la Corte considera que esto se completa con la Resolución 1541 (XV) referida a los medios para hacer efectivo el derecho a la libre determinación en un Territorio No Autónomo, descrito como un territorio que esta *“separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de este en sus aspectos étnicos o culturales”*. Allí en el Principio VI se establece: *“Puede considerarse que un Territorio No Autónomo ha alcanzado la plenitud del gobierno propio: a) Cuando pasa a ser un Estado independiente y soberano; b) Cuando establece una libre asociación con un Estado independiente; c) Cuando se integra a un Estado Independiente.”*

Si bien el ejercicio de la libre determinación puede lograrse a través de una de las opciones previstas en la Resolución 1541 (XV), ese ejercicio debe ser la expresión libre y auténtica de la voluntad del pueblo de que se trate. Sin embargo, la Corte reafirma el papel que la Asamblea General cumple en el proceso de descolonización, manteniendo el criterio sostenido en anteriores antecedentes donde ha manifestado que *“el derecho a la libre determinación deja a la Asamblea General cierto grado de discreción con respecto a la forma y los procedimientos que hay que adoptar para ejecutar ese derecho.”*¹⁰⁴

El derecho a la libre determinación en virtud del derecho internacional consuetudinario no impone un mecanismo específico para su ejercicio efectivo en todos los casos como ha observado la CIJ: *“La validez del principio de la libre determinación, definido como la necesidad de tomar en consideración la voluntad libremente expresada de*

¹⁰⁴ Opinión Consultiva relativa al Caso del Sahara Occidental, Corte Internacional de Justicia, pagina 36, párrafo 71, 16 de Octubre de 1975.

los pueblos, no se ve afectada por el hecho de que, en algunos casos, la Asamblea General haya prescindido del requisito de consultar a los habitantes de un territorio determinado. Esos casos se basaban en las consideraciones de que una determinada población no constituía un pueblo con derecho a la libre determinación o en la convicción de que era totalmente innecesario efectuar una consulta, en atención a la existencia de circunstancias especiales.”¹⁰⁵

Ante el argumento de que el carácter consuetudinario del derecho a la libre determinación no entraña la obligación de hacer efectivo ese derecho dentro de las fronteras del Territorio No Autónomo, la Corte recuerda que el derecho a la libre determinación del pueblo de que se trate se define por referencia a la totalidad de un Territorio No Autónomo, como se indica en el mencionado párrafo 6 de la Resolución 1514 (XV). Tanto la práctica de los Estados como la opinión iuris del periodo pertinente confirman el carácter consuetudinario del derecho a la integridad territorial de un Territorio No Autónomo como corolario del derecho a la libre determinación.

Finalmente, la Corte considera que los pueblos de Territorios No Autónomos tienen el derecho a ejercer su derecho a la libre determinación en relación con el conjunto de su territorio, cuya integridad debe ser respetada por la Potencia administradora. De ello se desprende que, cualquier separación por la Potencia administradora de una parte de un Territorio No Autónomo, a menos que se base en la voluntad auténtica y libremente expresada del pueblo del territorio en cuestión, es contraria al derecho a la libre determinación y como consecuencia de ello, contraria al derecho internacional.

5. Conclusión

Desde la aprobación de la Resolución 1514 (XV) en 1960 no existe ningún ejemplo en la historia en el cual la Asamblea General o cualquier otro órgano de las Naciones

¹⁰⁵ Opinión Consultiva relativa al Caso del Sahara Occidental, Corte Internacional de Justicia, página 33, párrafo 59, 16 de octubre de 1975.

Unidas hayan considerado lícito la separación por la Potencia administradora de una parte de un Territorio No Autónomo con el objetivo de mantenerlo bajo su dominio colonial.

Cuando Mauricio aceptó la separación del Archipiélago de Chagos, se encontraba como colonia bajo la autoridad del Reino Unido como Potencia administradora y por lo tanto no se puede hablar de un acuerdo internacional cuando una de las partes, en este caso Mauricio, se encontraba bajo la autoridad británica.

En una situación en la cual una parte de un Territorio No Autónomo es separada para crear una nueva colonia, la cuestión del consentimiento debe ser objeto de un riguroso examen y como puede observarse esa separación no se basó en la expresión libre y auténtica de la voluntad del pueblo.

Las obligaciones derivadas del derecho internacional y recogidas en las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que he analizado en los puntos anteriores, exigen que el Reino Unido, en su calidad de Potencia administradora, respete la integridad territorial de Mauricio, incluyendo al Archipiélago de Chagos.

Sin dudas, la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio y la incorporación de esa parte del territorio a una nueva colonia, que como mencione se denomina Territorio Británico del Océano Índico (BIOT), es ilícita y como consecuencia de ello, el proceso de descolonización de Mauricio no se completó con arreglo a derecho cuando Mauricio accedió a su independencia en el año 1968.

El hecho de que el Reino Unido de la Gran Bretaña siga administrando el Archipiélago de Chagos constituye un hecho ilícito de carácter continuo que entraña la responsabilidad internacional de ese Estado¹⁰⁶.

En consecuencia, el Reino Unido tiene la obligación de poner fin a su administración sobre el Archipiélago de Chagos con la mayor rapidez posible, lo que le va a permitir a la hoy República de Mauricio completar el proceso de descolonización de su territorio de manera compatible con el derecho de los pueblos a la libre determinación.

Dado que el respeto del derecho a la libre determinación es una obligación erga omnes, todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de ese derecho. Para

¹⁰⁶ Fallo Canal de Corfú (Reino Unido vs. Albania), Corte Internacional de Justicia, página 23, 9 de abril de 1949. Fallo Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría vs. Eslovaquia), Corte Internacional de Justicia, página 38, párrafo 47, 25 de septiembre de 1997. Ver además Artículo 1 Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

ello, los Estados tienen la obligación de reconocer la situación ilícita cometida por el Reino Unido, de no prestar asistencia para mantenerla y más importante aún, los Estados deben cooperar con las Naciones Unidas para ponerle fin a la colonización en el Siglo XXI.

OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA SEPARACIÓN DEL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS DE MAURICIO EN 1965 (C.I.J.)

LA PRESENTACIÓN ARGENTINA - EMBAJADOR OYARZÁBAL Y PROFESOR KOHEN

*Mariela Edith Calderón*¹⁰⁷



Resumen

En esta investigación se analizan los argumentos vertidos por la República Argentina al tiempo de efectuar sus presentaciones escritas y orales en el año 2018 ante la Corte Internacional de Justicia respecto de la Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965.

Palabras clave

Opinión consultiva – Corte Internacional de Justicia – Separación del Archipiélago de Chagos – Mauricio – Posición argentina.

Abstract

¹⁰⁷ Abogada (UNMDP, 1997), Docente ayudante graduada en la asignatura Derecho Internacional Público y de la Integración, Facultad de Derecho UNMDP.
Trabajo aprobado en el marco de curso de posgrado - Facultad de Derecho (U.B.A.) - 20 de noviembre de 2020.

This research analyses the arguments put forward by the Argentine Republic at the time of its written and oral submissions in 2018 before the International Court of Justice regarding the Advisory Opinion on the legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965.

Keywords

Advisory opinion – International Court of Justice – Separation of the Chagos Archipelago – Mauritius – Argentine position.

1. Introducción

El objeto del presente trabajo es abordar el análisis de la posición argentina respecto de la solicitud de la Opinión Consultiva sometida por la Asamblea General de las Naciones Unidas ante la Corte Internacional de Justicia en relación a las consecuencias jurídicas de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965.

El tema reviste fundamental importancia no sólo porque el proceso de descolonización es un asunto de interés internacional sino porque además, tiene ciertas aristas en común con la Cuestión de las Islas Malvinas. Sin perjuicio de que no se trata de un caso análogo, se analizan aquí también principios de Derecho Internacional vulnerados en dicho asunto, como por ejemplo, el principio del respeto a la integridad territorial. Casualmente, la potencia administradora en el caso de la separación del archipiélago de Chagos es la misma potencia que ilegítimamente ocupa los archipiélagos argentinos del Atlántico Sur.

Traer a colación la Cuestión Malvinas no es en vano, ya que la Constitución de la Nación Argentina, en su Disposición Transitoria Primera incorporada en 1994, expresa:

“La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus

habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”. (Constitución Nacional, 1994).

El dictamen de la Corte Internacional de Justicia respecto al tema podría tener incidencia sobre los principios comunes que resultan aplicables a la Cuestión.

Con la finalidad de esquematizar la temática tratada, este trabajo se estructura en tres partes:

La primera parte presenta una breve reseña de los antecedentes de la cuestión, basada estrictamente en la pregunta formulada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a la Corte Internacional de Justicia.

La segunda parte contiene el desarrollo de la intervención de los representantes de la República Argentina en la audiencia ante la Corte Internacional de Justicia, en sus puntos más salientes. Sin perjuicio de que el trabajo se enfoca en forma exclusiva en el estudio de la posición argentina, se prefirió hacer un análisis separado de los fundamentos vertidos en las exposiciones orales, dado que por medio de la oralidad se pudo enfatizar los rasgos destacados de la presentación escrita y sus comentarios.

La tercera parte analiza los principales ejes de la posición argentina: El derecho internacional aplicable, el corpus normativo del proceso de descolonización, identificando, por ende, las violaciones cometidas por la potencia administradora. Por último, se tratan las propuestas esgrimidas por la República Argentina para dar respuesta a las preguntas formuladas y la respuesta propiamente dicha dada por la Corte.

El método del trabajo está dado especialmente en la investigación de los documentos presentados por los representantes de la República Argentina, las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en materia de descolonización y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

2. La Pregunta formulada a la Corte Internacional de Justicia

A fin de dar un breve encuadre fáctico del tema, cabe recordar que el Archipiélago de Chagos formaba parte de la Isla Mauricio, inscrita ésta como territorio no autónomo bajo la administración del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, cuando en 1965 fue separado por decisión unilateral de dicha potencia.

Tres años después, el pueblo de Mauricio declaró su independencia, privándose de una porción de su territorio.

Por su parte, el Reino Unido cedió en arrendamiento dicho territorio a Estados Unidos para la instalación de una base militar, habiendo expulsado en forma forzada a los habitantes autóctonos de Chagos e impidiéndoles regresar.

Estos hechos motivaron el pedido de una opinión consultiva. La República Argentina copatrocinó el proyecto de resolución que lo solicitó, votando a favor de la misma.

Es así, que el 22 de junio de 2017 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Resolución 71/292 mediante la cual decidió, de conformidad con el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, solicitar a la Corte Internacional de Justicia que, en cumplimiento del artículo 65 del Estatuto de la Corte, emita una opinión consultiva sobre las siguientes cuestiones:

- a) “¿Se completó con arreglo a derecho el proceso de descolonización de Mauricio cuando Mauricio obtuvo la independencia en 1968, después de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio y teniendo en cuenta el derecho internacional, incluidas las obligaciones recogidas en las resoluciones de la Asamblea General 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, 2066 (XX), de 16 de diciembre de 1965, 2232 (XXI), de 20 de diciembre de 1966, y 2357 (XXII), de 19 de diciembre de 1967?”;
- b) “¿Cuáles son las consecuencias en virtud del derecho internacional, incluidas las obligaciones reflejadas en las resoluciones mencionadas, que se derivan de que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte siga administrando el archipiélago de Chagos, entre otras cosas respecto a que Mauricio no pueda aplicar un programa para reasentar en el archipiélago de Chagos a sus nacionales, en particular los originarios del archipiélago de Chagos?”¹⁰⁸.

3. La Competencia de la Asamblea General y la Jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia

¹⁰⁸ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 71/292, Solicitud de una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, 22 de junio de 2017.

El artículo 96.1 de la Carta de Naciones Unidas establece: “La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica”.

Queda claro que la cuestión formulada reviste carácter jurídico, al solicitarse el análisis de la legalidad de la separación del archipiélago de Chagos y sus consecuencias jurídicas.

El caso además es una cuestión de descolonización. Antes de la separación por parte del Reino Unido en 1965, Chagos formaba parte de Mauricio. Se trataba, sin lugar a dudas, de un territorio no autónomo en los términos del Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas.

Las preguntas formuladas por la Asamblea General son consecuencia del ejercicio de las facultades que la misma tiene en materia de descolonización en el marco de la Resolución 1514 (XV) y concordantes¹⁰⁹.

La existencia de una controversia bilateral no impide el ejercicio de las funciones de la Asamblea General ni la competencia consultiva de la Corte¹¹⁰.

Es dable recordar que el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia contempla la posibilidad de que ésta ejerza su jurisdicción consultiva en situaciones en las que la opinión solicitada concierne a una cuestión jurídica actualmente pendiente entre dos o más Estados. (Reglamento, 1978, art. 102).

Tal como afirmó la Corte en la *Opinión consultiva relativa al Sahara Occidental*: “El objetivo de la Asamblea General no ha sido el de traer ante la Corte, por medio de la solicitud de opinión consultiva, una disputa o controversia jurídica, de manera de poder posteriormente sobre la base de la opinión de la Corte, ejercer sus poderes y funciones para la solución pacífica de esta controversia o disputa. El objetivo de la solicitud es enteramente diferente: obtener de la Corte una opinión que la Asamblea General considera de ayuda para el ejercicio apropiado de sus funciones relativas a la descolonización del territorio”. (C.I.J., *Op. Consultiva*, 1975).

¹⁰⁹ Las preguntas están hechas en tono neutro, de tal modo que no inducen ni prejuzgan sus respuestas.

¹¹⁰ En el entendimiento que ello obstaba solicitar la opinión consultiva, algunos Estados votaron en contra de la Resolución 71/92. Tal es el caso de Australia, Chile, Francia, Israel, Reino Unido y Estados Unidos.

La cuestión no es una mera controversia bilateral territorial, sino que la misma se da en el contexto del proceso de descolonización, de interés internacional, que da un encuadre más amplio.

En ese orden de ideas, y como señaló la Corte, un miembro de las Naciones Unidas “no podrá válidamente objetar el ejercicio por parte de la Asamblea General de sus poderes para tratar sobre la descolonización de un territorio no autónomo y para pedir una opinión sobre cuestiones relevantes para el ejercicio de esos poderes” (C.I.J., *Opinión Consultiva sobre el Sahara Occidental*, 1975).

4. La audiencia ante la Corte Internacional de Justicia

En la audiencia del 4 de septiembre de 2018 la República Argentina expuso los fundamentos jurídicos de su postura. Se analizan a continuación las intervenciones orales a cargo del Embajador Mario Oyarzábal, Consejero Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, y de Marcelo Kohen, Profesor de Derecho Internacional del Instituto Superior de Estudios Internacionales y de Desarrollo de Ginebra, miembro y Secretario general del Institut de Droit International.

4. a Intervención del Embajador Mario Oyarzábal

En primer término, la exposición del Embajador Mario Oyarzábal destaca la importancia que reviste el respeto del derecho internacional para nuestro país, que está comprometido con el proceso de descolonización y con su finalización, poniendo de relieve la función que la Asamblea General de Naciones Unidas y su órgano subsidiario, el Comité de Descolonización, cumplen al respecto¹¹¹.

En su exposición se refiere a la competencia de la Corte Internacional de Justicia en materia consultiva. Expresa que se cumplen los recaudos exigidos por el artículo 96 párrafo

¹¹¹ Oyarzábal, Mario, 04 de septiembre de 2018, “El ejercicio de la jurisdicción consultiva contribuirá al cumplimiento de los deberes de las Naciones Unidas en materia de descolonización”, Presentación oral de la República Argentina ante la Corte Internacional de Justicia en la Solicitud de Opinión consultiva por las consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965.

1 de la Carta de Naciones Unidas, consistente en definitiva en una pregunta formulada por la Asamblea General en el ejercicio de sus competencias en materia de descolonización.

El Embajador remarca que está fuera de discusión que Chagos formaba parte de Mauricio, que la separación fue consecuencia de una acción de la potencia administradora y que los habitantes de Chagos fueron expulsados, deportados e impedidos de regresar a sus hogares.

De ese modo, al lograr su independencia en 1968, se le impidió al pueblo de Mauricio ejercer su derecho a la libre determinación y se violó su integridad territorial, incumpliendo el párrafo 6 de la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General¹¹².

Los principios del derecho de los pueblos a la libre determinación y la obligación de respetar la integridad territorial son la base de la cuestión. Teniendo en cuenta la responsabilidad de las Naciones Unidas en la descolonización y el uso limitado del poder discrecional en los procedimientos consultivos según la propia jurisprudencia de la Corte, el Embajador entiende que “sería inconcebible que el principal órgano judicial de las Naciones Unidas decidiera no responder a las preguntas que le presentó la Asamblea General” (Oyarzábal, 2018, párr.16).

Concluye su exposición citando a la misma Corte en el *Caso Sahara Occidental*, que considera aplicable al asunto, cuando aseveró que un miembro de las Naciones Unidas que haya aceptado las disposiciones de la Carta y del Estatuto “no podría válidamente objetar el ejercicio por parte de la Asamblea General de sus poderes para tratar sobre la descolonización de un territorio no autónomo y para pedir una opinión sobre cuestiones relevantes para el ejercicio de esos poderes” (Oyarzábal, 2018, párr. 18).

4. b Presentación Oral del Profesor Marcelo Kohén

Seguidamente, en esa misma audiencia realiza su exposición el Profesor Marcelo Kohén, quien analiza el tema de la descolonización en general, el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General sobre descolonización, en particular el de la

¹¹² “Todo intento encaminado a quebrantar social o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

Resolución 1514 (XV), su aplicación al caso concreto de la separación de Chagos y sus consecuencias¹¹³.

El Profesor M. Kohen manifiesta que la descolonización es un proceso al que se aplican normas jurídicas internacionales en el marco del Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas (Declaración relativa a territorios no autónomos).

La Asamblea General juega un rol fundamental en ese proceso. Sus resoluciones tienen un alcance que va más allá de meras recomendaciones. Así, distingue las resoluciones de carácter general y con valor normativo en cuanto son declarativas o interpretativas, de aquéllas que están específicamente relacionadas con la temática de descolonización y que resultan directamente operativas.

En ese sentido, la Resolución 1514 (XV) determina el marco de acción en todo el proceso de descolonización. Kohen analiza los principios allí contenidos, especialmente, el derecho de los pueblos a la libre determinación y el respeto a la integridad territorial. Enfatiza que en el texto de la resolución “se condena al colonialismo, como contrario a la Carta de Naciones Unidas” (Kohen, 2018, párr.13).

Por su parte, destaca la importancia del respeto al principio de la integridad territorial contenido en el párrafo 6 de la Resolución 1514 (XV): “Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas”¹¹⁴.

Recuerda que la Resolución 2625 (XXV) reitera la existencia de una obligación internacional en ese sentido: “todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”.

Especifica que la referencia a “Estado” o “país” en ambas Resoluciones determina que el principio se aplica también “a territorios que no son Estados todavía sujetos a descolonización”. (Kohen, 2018, párr. 20).

En relación con el derecho de los pueblos a la libre determinación, explica que no se cuestiona que en 1965 existía un pueblo en Mauricio, incluidos todos los habitantes del

¹¹³ Kohen, Marcelo, 04 de septiembre de 2018, Presentación Oral de la República Argentina, La separación de Chagos violó el derecho de descolonización.

¹¹⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 1514 (XV), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, 14 de diciembre de 1960.

territorio no autónomo. Remarca que descolonización y libre determinación no son dos términos idénticos. De allí que no encuentre fundamento la tesis de algunos participantes que sostienen que la libre determinación no era un derecho en la década de 1960. Enfatiza que la obligación de descolonizar existe aún si no se aplica el principio de la libre determinación y que los territorios inhabitados también pueden formar parte de la lista de territorios no autónomos que deben descolonizarse, o ser parte de un territorio no autónomo. De igual modo, subraya que la potencia administradora no es quien decide unilateralmente el destino del territorio no autónomo, siendo potestad exclusiva de la Asamblea General.

Por último, el profesor Kohen se refiere a la separación de Chagos por parte del Reino Unido calificándola como contraria al derecho internacional. Se trata de “una medida unilateral de la potencia administradora sin el consentimiento de la Asamblea General, quebrantando tanto la integridad territorial del territorio no autónomo como el derecho del pueblo de Mauricio a la libre determinación” (Kohen, 2018, párr. 29).

Pone de manifiesto que el Reino Unido invocó la distancia entre el archipiélago de Chagos y la isla principal y el hecho de que su unificación se llevó a cabo por razones de conveniencia. Ahora bien, Kohen señala que dichas consideraciones no tienen relevancia desde el punto de vista del derecho internacional ya que se considera que “forman parte de una única unidad territorial con el mismo estatus jurídico”. (Kohen, 2018, párr. 30).

Enfatiza Kohen que “entre 1965 y 1967 la Asamblea General adoptó las Resoluciones 2066 (XX), 2232 (XXI) y 2357 (XXII), en las que consideró que la separación de ciertas islas constituiría una violación de la integridad territorial de Mauricio, contraria al párrafo 6 de la Resolución 1514” (Kohen, 2018, párr. 34). Por lo tanto, concluye que la separación de Chagos como acto unilateral de la potencia administradora no se ajustó al Derecho Internacional.

En definitiva, las intervenciones analizadas dan cuenta de los principales argumentos sostenidos respecto a una temática que interesa no sólo a la comunidad internacional toda, sino que reviste particular interés para la República Argentina.

Los argumentos vertidos por ambos representantes argentinos en sendas intervenciones hacen hincapié en los ejes primordiales de la Declaración escrita y sus Comentarios, cuyos fundamentos jurídicos se analizan a continuación.

5. El Derecho Internacional aplicable al Proceso de Descolonización

La declaración escrita de la República Argentina se centra en el análisis de las normas generales y específicas del derecho internacional aplicables al caso. Señala las consecuencias jurídicas que acarrea el accionar de la potencia administradora al tiempo de disponer unilateralmente esa separación y propone la respuesta que debería darse a las preguntas formuladas por la Asamblea General.

El 14 de diciembre de 1960 la Asamblea General aprobó la Resolución 1514 (XV), titulada *Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales*. La misma sienta las bases del proceso de descolonización dirigido por la propia Asamblea General, conformando una especie de constitución del derecho de descolonización. El objeto de este instrumento es terminar con el colonialismo en todas sus formas.

Dicha tarea se lleva a cabo con la labor coadyuvante del Comité de Descolonización, órgano subsidiario creado en 1961 en virtud de la Resolución 1654 (XV) de la Asamblea General con el fin de supervisar la aplicación de la Resolución 1514 (XV). En ese contexto, la Asamblea General tiene competencia para determinar la manera en que los territorios no autónomos deben ser descolonizados como así también para dar finiquito a ese proceso. En ejercicio de tales facultades la Asamblea General emite las resoluciones de carácter general y particular aplicables al caso, pudiendo citarse:

La Resolución 1541 (XV), que establece los *Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del Artículo 73 de la Carta*, de fecha 15 de diciembre de 1960.

La Resolución 2621 (XXV), que determina el *Programa de actividades para la plena aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a las países y pueblos coloniales*, de fecha 12 de octubre de 1970.

La Resolución 2625 (XXV), referida a la *Declaración relativa a los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los*

Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, de fecha 24 de octubre de 1970.

La Resolución 35/118, consistente en el *Plan de acción para la plena aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia los países y pueblos coloniales*, de fecha 11 de diciembre de 1980.

La Resolución 65/119, en el marco del *Tercer Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo*, de fecha 10 de diciembre de 2010.

La Resolución 2066 (XX), relativa a la *Cuestión de la Isla Mauricio*,¹¹⁵ invitó al Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a adoptar medidas eficaces para dar cumplimiento inmediato y completo a la resolución 1514 (XV) y a no adoptar ninguna medida que pudiera desmembrar el Territorio de la Isla Mauricio y violar su integridad territorial.

Por medio de la Resolución 2232 (XXI)¹¹⁶ la Asamblea General expresa su profunda inquietud por la separación de ciertas islas del territorio de Mauricio a fin de establecer en ellas una base militar e invita a la “Potencia administradora a no adoptar ninguna medida que pudiera desmembrar el Territorio de la Isla Mauricio y violar su integridad territorial”.

Reitera “su declaración en el sentido que todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de los territorios coloniales y a establecer bases e instalaciones militares en esos territorios, es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General”. (AGNU, Res. 2232 (XX), 1966, apartado 4)¹¹⁷.

Ahora bien, ¿qué efectos tienen estas Resoluciones? ¿Son vinculantes?

Conforme expresara la Corte “las resoluciones de la Asamblea General aunque no sean vinculantes, pueden, ocasionalmente tener efecto normativo. Pueden, en determinadas circunstancias, ofrecer pruebas importantes para establecer la existencia de una norma o la emergencia de una *opinio juris*”. (C.I.J., *Op. Cons. sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de las Armas Nucleares*, 1996).

¹¹⁵ De fecha 16 de diciembre de 1965.

¹¹⁶ De fecha 20 de diciembre de 1966.

¹¹⁷ En idéntico modo, la Resolución 2357 (XXII) de la AGNU, de 19 de diciembre de 1967, hace lo propio reiterando la misma declaración.

Las Resoluciones de la Asamblea General en el contexto de la descolonización no son meras recomendaciones, sino que tienen efecto vinculante. De ese modo, cuando las Resoluciones encomiendan a un Estado actuar de determinado modo para llevar a cabo el proceso de terminar con el colonialismo, no puede argüirse que tal resolución no contiene una obligación jurídica, máxime cuando dicha obligación emana de la costumbre internacional en tal sentido.

Cabe recordar que la Resolución 1514 (XXV) de la Asamblea General contiene normas de carácter consuetudinario, siendo en consecuencia la manifestación expresa del derecho internacional general. Esta afirmación es destacada por la posición argentina en sus comentarios escritos (CEA, 2018, párr. 24)¹¹⁸.

Seguidamente se analizan las normas de derecho internacional aplicables al caso en cuestión, poniendo de manifiesto cuáles son, en definitiva, las que resultan ser violadas por la potencia administradora en el archipiélago de Chagos.

6. La Integridad Territorial

El principio del respeto a la integridad territorial está contenido en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”¹¹⁹.

Se trata de una norma consuetudinaria, conforme lo dicho por la Corte Internacional de Justicia en el *Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*¹²⁰, que opera como una garantía contra el desmembramiento.

La Resolución 1514 (XV) establece el respeto a dicho principio. Así, el párrafo 4 determina: “A fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacífica y libremente su derecho a la independencia completa, deberá cesar toda acción armada o toda clase de

¹¹⁸ Comentarios Escritos de la República Argentina, 15 de mayo de 2018.

¹¹⁹ Cabe aclarar que, aunque el mismo se encuentra mencionado en el artículo 2.4 no significa que involucre el uso de la fuerza, sino que es allí donde dicho principio aparece en forma explícita.

¹²⁰ Corte Internacional de Justicia, *Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 26 de noviembre de 1984.

medidas represivas de cualquier índole dirigidas contra ellos, y deberá respetarse la integridad de su territorio nacional”.

Por su parte, el párrafo 6 establece: “Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

Se destaca que el término “todo intento” hace referencia a cualquier acción, ya sea real o potencial contra la integridad territorial. Así, los Comentarios escritos ejemplifican dicho accionar como meros ejercicios de la autoridad en territorios extranjeros o la ocupación y el reclamo de soberanía sobre territorio de terceros (CEA, 2018, párr. 38). A su vez, el “intento” también se refiere a una mera situación de hecho que no modifica la situación jurídica, es sólo un intento de modificarla. Se hace alusión a la “unidad nacional” con el objeto de evitar la división de naciones. (CEA, 2018, párr. 39).

Por otro lado, la Resolución 2625 (XXV) establece que: “Todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”. Ello confirma el carácter consuetudinario y el alcance jurídico del citado párrafo 6.

Dado que el Reino Unido consideró en su Declaración escrita que la Resolución 1514 (XV) no le sería oponible argumentando que siempre la ha objetado, la República Argentina destaca en sus Comentarios escritos que dicho Estado no votó contra la Resolución 1514 (XV) y que si bien su abstención no implica aprobación, tampoco significa una objeción (CEA, 2018, párr. 29). Precisamente, es llamativo que el Reino Unido critica casi todos los párrafos del texto de la Resolución 1514 (XV) para justificar su abstención, “excepto el párrafo 6”. (CEA, 2018, párr. 41 *in fine*).

También cuando el Reino Unido invocó la aplicación del principio del *uti possidetis iuris* y el respeto por los límites en el momento de independizarse, la República Argentina contestó diciendo que las preguntas planteadas por la Asamblea no se relacionan con tal principio, ya que no se trata de una cuestión de límites coloniales anteriores a la independencia, sino que se refieren a la posibilidad de que la potencia administradora otorgue la independencia a su colonia cuando todavía retiene en forma indebida parte de su territorio so pretexto de ejercer su propia soberanía.

Queda claro que la potencia colonial no puede invocar dicho principio para retener indebidamente el territorio de una colonia o bien darle el destino que decida. (CEA, 2018, párr. 47).

En su Declaración escrita la República Argentina destaca que la potencia administradora ha violado la integridad territorial de Mauricio como producto de la separación de Chagos, contrariando lo dispuesto en la Resolución 1514 (XV), en especial su párrafo 6. No le asiste ningún derecho al Reino Unido para retener parte del territorio de Mauricio quebrantando su unidad.

En los Comentarios escritos, la República Argentina pone de manifiesto que el respeto por la integridad territorial es una norma de derecho internacional, que el párrafo 6 de la Resolución 1514 (XV) declara la aplicación de dicho principio a la descolonización y que ningún Estado rechazó ni objetó el mencionado párrafo, incluido el Reino Unido.

Asimismo, se señala que los argumentos vertidos por el Reino Unido en su presentación implicarían cierto reconocimiento del mentado principio aplicable a las Islas Malvinas en 1810.

7. La Libre Determinación del Pueblo de Mauricio

La Carta de las Naciones Unidas reconoce el principio de la libre determinación de los pueblos en su artículo 1.2, cuando establece que uno de los propósitos de la organización es: “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”. Asimismo, el artículo 55 fija los propósitos para la cooperación económica y social, basados en el “respeto a la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”.

De igual modo, la Resolución 1514 (XV) dice en su párrafo 2: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

En forma concordante, la Resolución 2625 (XXV) establece: “El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, una condición distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, y esa

condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo de la colonia o territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta y, en particular, con sus propósitos y principios”.

En opinión de la República Argentina no se cuestiona que el derecho a la autodeterminación de los pueblos es un principio fundamental de derecho internacional.

El pueblo de Mauricio proclamó su independencia en 1968 pero se vio privado de completar íntegramente su autodeterminación en su dimensión territorial, toda vez que la separación de Chagos por decisión de la potencia administradora, como la expulsión y la deportación de su población nativa llevadas a cabo por la misma, se lo impidieron. Se advierte también allí la violación de ese principio por parte del Reino Unido, quien no permitió que el pueblo mauriciano ejerciera su derecho de autodeterminación en todo el ámbito espacial de validez.

Queda claro que les está vedado a las potencias administradoras modificar la composición demográfica de los territorios que administran. Tal fue lo ocurrido en el caso del archipiélago de Chagos, cuya población fue expulsada por la fuerza, impidiéndose su regreso.

8. Las Medidas Unilaterales de la Potencia administradora

Las Potencias administradoras no pueden adoptar medidas unilaterales en una temática que sólo compete a la Asamblea General, como es la descolonización. No se admiten las celebraciones de referendos sin el aval de la Asamblea, la utilización de los recursos naturales, el establecimiento de bases militares y por lo tanto, tampoco la separación unilateral de un territorio no autónomo para ser sometido a la soberanía de la potencia administradora.

El marco de acción de la potencia administradora se encuentra limitado a un único objetivo: poner fin al colonialismo sin ningún tipo de condicionamiento.

Sostiene la República Argentina que la separación de parte de un territorio no autónomo en el marco del proceso de descolonización para mantenerlo bajo su soberanía es una medida unilateral incompatible con el derecho internacional. (DEA, 2018, párr. 54). Aclara que los actos unilaterales resultan incongruentes con la idea del multilateralismo,

especialmente con el papel que cumple la Asamblea General de las Naciones Unidas en ese ámbito.

No se puede perder de vista que la propia Asamblea General había advertido acerca de medidas adoptadas por parte de la potencia administradora, lo que motivó la aprobación de las Resoluciones 2066 (XX), 2232 (XXI), 2357 (XXII), expresando su profunda preocupación al respecto. De hecho, el incumplimiento de la obligación de no adoptar medidas unilaterales contrarias al proceso de descolonización es lo que origina la solicitud de opinión consultiva a la Corte.

9. Los Derechos Humanos Fundamentales

La obligación de respetar los derechos humanos es un principio fundamental del derecho internacional. La posición argentina en relación a la obligación del respeto de los derechos humanos de los chagosianos por parte de la potencia administradora es muy clara, poniéndose de manifiesto que la separación del territorio, la deportación de su pueblo y el impedimento para su retorno no hace más que menoscabar derechos fundamentales consagrados en tratados internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

10. La Obligación de Negociar

El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte mantiene una controversia con Mauricio respecto del archipiélago de Chagos, en el contexto de la descolonización que debe ser resuelta de manera pacífica. La potencia administradora tiene la obligación de negociar de buena fe a fin de resolver esa controversia, teniendo en cuenta las determinaciones de la Asamblea General, sin ningún tipo de condicionamiento, debiendo poner fin en forma inmediata a la situación colonial y a la descolonización incompleta de Mauricio.

11. Las Respuestas que puede dar la Corte

La República Argentina propone como respuesta a la pregunta a): que el proceso de descolonización de Mauricio no se completó legalmente, ya que la separación de Chagos violó la integridad territorial de Mauricio, el derecho a la libre determinación de su pueblo en la totalidad del territorio y los derechos humanos de los nacionales de Mauricio.

Asimismo, como respuesta a la pregunta b) propone: el cese inmediato de la situación ilegal como consecuencia de la separación del archipiélago de Chagos y como la obligación de negociar de buena fe con Mauricio. Y respecto de todos los Estados destaca la obligación de no reconocer como legal la separación de Chagos, y en relación a las Naciones Unidas, señala que debería considerar qué medidas resultan necesarias para poner fin a la situación ilegal señalada.

En relación con la propuesta efectuada, el esquema tiene cierta similitud con la respuesta oportunamente dada por la Corte Internacional de Justicia en la *Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*¹²¹, es decir, las consecuencias jurídicas para el Estado que viola el derecho internacional, como así también para los otros Estados y para la misma Organización de las Naciones Unidas.

12. La Respuesta que dio la Corte

En su dictamen emitido con fecha 25 de febrero de 2019, la Corte sostuvo que, teniendo en cuenta el derecho internacional, el proceso de descolonización de Mauricio no se completó con arreglo a derecho cuando dicho país accedió a la independencia en 1968, después de la separación del archipiélago de Chagos. Asimismo, que el Reino Unido tiene la obligación de poner fin a su administración en el archipiélago de Chagos con la mayor

¹²¹ Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 9 de julio de 2004.

rapidez posible y que todos los Estados Miembros tienen la obligación de cooperar con las Naciones Unidas a fin de completar el proceso de descolonización de Mauricio¹²².

13. Conclusión

No cabe duda de que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha cometido una serie de violaciones a la normativa internacional en relación al archipiélago de Chagos, contrariando abiertamente el derecho consuetudinario de carácter general como así también el derivado de la Organización de las Naciones Unidas, lo que conlleva un ilícito de carácter continuado.

Los ilícitos cometidos por el Reino Unido acarrearán su responsabilidad en el plano internacional, instando la Corte su cese inmediato. Esto permitirá a Mauricio completar el proceso de descolonización en la integridad de su territorio.

Pese a que las opiniones consultivas no son obligatorias, no puede perderse de vista que cuando las mismas interpelan el cumplimiento de una norma jurídica internacional ya existente, la obligatoriedad emana de la norma misma. Es decir, el dictamen de la Corte sólo declara lo que el Derecho obliga.

El derecho internacional general también obliga a no quebrantar el principio de integridad territorial y a resolver las controversias internacionales por medios pacíficos. Estas obligaciones, también contenidas en la Resolución 2065 (XX) de la Asamblea General son permanentemente incumplidas por el Reino Unido en la Cuestión de las Islas Malvinas. Sería de esperar que dicho Estado ajuste su conducta a Derecho sin necesidad de que mediere una declaración en ese sentido. Hasta entonces, la República Argentina deberá continuar reclamando su soberanía cumpliendo con la disposición transitoria primera de la Constitución Nacional.

¹²² Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, 25 de febrero de 2019.

SECCIÓN VISIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

LAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN LEGAL NACIONAL DE BIOSEGURIDAD EN LA FEDERACIÓN DE RUSIA

*Elena Evgenyevna Gulyaeva*¹²³



En 2021, la comunidad científica rusa amplió la lista de especialidades científicas con cuatro nuevos grupos de ramas académicas. Estos son ciencias de la computación e informática, biotecnología, uso del subsuelo y ciencias de la minería, así como ciencias cognitivas¹²⁴. Esto demuestra que los problemas de este tipo son especialmente importantes para las políticas exterior e interior de la Federación de Rusia.

Así, a finales de 2020, se adoptó la Ley Federal de Bioseguridad en la Federación de Rusia¹²⁵. La ley regula las actividades destinadas a garantizar la bioseguridad en Rusia. Antes de que se aprobara la ley, no existían herramientas conceptuales en la legislación rusa que definieran lo que se debe hacer para garantizar la bioseguridad de los ciudadanos. La Ley prevé medidas para prevenir ataques terroristas y sabotajes mediante el uso de armas biológicas. Hay al menos 30 instalaciones en el territorio ruso que potencialmente pueden presentar peligros químicos o biológicos.

¹²³ PhD in International and European Law, Associate Professor at International Law Department, Diplomatic Academy of the Russian Ministry of Foreign Affairs; Member of Russian Association of International Law, Member of European Association of International Law, Member of the Council for International Relations of the International Institute of Human Rights (IIDH -America), Member of Constitutional Council of Justice (Argentina)

¹²⁴ URL: https://www.rbc.ru/society/10/04/2021/607167f39a794766130f7984?from=materials_on_subject.

¹²⁵ The Federal Law on Biological Safety in the Russian Federation of 30 December 2020.

URL: <https://www.oreanda.ru/en/gosudarstvo/the-state-duma-of-the-russian-federation-adopted-a-law-on-biological-safety/article1351588/>

Teniendo en cuenta la enorme importancia de la investigación científica en el campo del genoma humano y su aplicación práctica en la medicina, la ciencia forense, la agricultura y otras áreas, en la Federación de Rusia (RF) en los últimos años, también se han planteado activamente cuestiones sobre el asentamiento de se adoptan los problemas legales, éticos y morales que surjan en este ámbito, así como actos de carácter normativo.

Actualmente, las principales leyes y reglamentos, que cubren la biotecnología en Rusia¹²⁶. Un acontecimiento legal histórico es la adopción de la Ley Federal “Sobre Bioseguridad en la Federación de Rusia” del 30 de diciembre de 2020. La Ley regula las actividades de bioseguridad en los territorios rusos. Rusia tiene previsto establecer un sistema de información estatal sobre bioseguridad. El sistema ayudará a monitorear los riesgos biológicos, así como los desarrollos en el campo de la biología, la biotecnología y los alimentos modificados genéticamente. La ley introduce una amplia gama de términos relacionados con garantizar la protección de los ciudadanos rusos contra amenazas biológicas y químicas. Antes de la adopción de la Ley, no existía un marco conceptual en la legislación rusa que definiera actividades para garantizar la bioseguridad de los ciudadanos. La parte sustantiva de la Ley define los fundamentos de la política estatal y las competencias de las autoridades federales y regionales en el área.

Además del sistema de información unificado para monitorear y controlar la propagación de enfermedades infecciosas, la Ley introduce la vigilancia sobre la producción, el consumo y el movimiento transfronterizo de medicamentos antimicrobianos que pueden provocar resistencia humana (insensibilidad) a los antibióticos. Dichos medicamentos estarán disponibles solo con receta médica. La Ley también define medidas para prevenir ataques terroristas y sabotajes mediante el uso de armas biológicas.

¹²⁶ Son las siguientes: The Presidential Decree “On Measures to Implement the State Scientific and Technical Policy in the Field of Environmental Development of the Russian Federation and Climate Change” of 8 February 2021; the Federal Law “On Biological Safety in the Russian Federation” of 30 December 2020; the Forest Code of the Russian Federation; the Federal Law “On Amendments to the Law on State Regulation of Production and Sales of Ethanol, Alcoholic Beverages, and Alcohol-Containing Products” of 28 November 2018; the new Strategy for the development of forestry complex in Russian Federation until 2030; the Federal Law “On Amending Certain Legislative Acts of the Russian Federation to Improve State Regulation of Genetic Engineering Activity” of 3 July 2016; the Federal Law “On Biomedical Cell Products” of 23 June 2016 amended by the Federal Law “On Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation on the Issue of Circulation of Biomedical Cell Products” of 3 August 2018.

En Rusia se ha presentado un proyecto de ley federal sobre los fundamentos jurídicos de la bioética y las garantías de su garantía¹²⁷. El proyecto de ley establece las bases legales de la ética de la política de Estado en el ámbito de la salud. Además, Rusia ha asumido obligaciones internacionales en materia de protección de datos personales. Esto se ha hecho adhiriéndose al Protocolo, que modifica el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automático de Datos Personales. El Protocolo consagra la protección de nuevos derechos humanos. Contiene requisitos para los principios de proporcionalidad, minimización y legalidad de la recopilación, procesamiento y almacenamiento de datos personales. Se ha introducido una nueva categoría de datos sensibles, es decir, datos genéticos¹²⁸. El Servicio Federal de Vigilancia de la Protección de los Derechos del Consumidor y el Bienestar Humano ha elaborado un proyecto de ley sobre la inclusión de datos genéticos en el concepto de categorías especiales de datos personales. Las nuevas definiciones cubren los derechos de los nuevos ciudadanos a gestionar sus datos personales durante su tratamiento mediante algoritmos matemáticos, inteligencia artificial, etc. Según el proyecto de ley, los operadores de datos personales están obligados a notificar al organismo supervisor autorizado sobre las filtraciones de datos. En él también se fija un régimen claro para los flujos de datos transfronterizos¹²⁹.

En la Ley Federal de Rusia aprobada "sobre seguridad biológica en la Federación de Rusia", se dedica una disposición separada a la cooperación internacional en el campo de la seguridad de la biotecnología. La política exterior de Rusia se centra en fortalecer el régimen de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción para garantizar una prohibición completa de las armas biológicas. Los objetivos más importantes de la Convención son también la investigación de casos relacionados con armas biológicas y tóxicas, la prevención, localización y eliminación de emergencias en el ámbito de garantizar la bioseguridad y la bioseguridad en todo el mundo.

¹²⁷ URL: <https://base.garant.ru/3101506/>

¹²⁸ Article 5 of the Russian Federal Law "On Personal Data". URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_61801/

¹²⁹ On October 10, 2018, the representative of Russia signed the Protocol, amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. The purpose of the innovations is to increase the degree of personal data protection at the international level. The Convention is currently the only legally binding fundamental international document on personal data protection.

Varios actos jurídicos normativos especiales están dedicados a realizar investigaciones genómicas y garantizar la seguridad del procesamiento de la información genética en la Federación de Rusia. Entre ellos, por ejemplo: Ley federal "Sobre los fundamentos de la protección de la salud de los ciudadanos en la Federación de Rusia" de 21 de noviembre de 2011 No. 323-FZ¹³⁰; Ley Federal del 05.07.1996 No. 86 FZ "Sobre Regulación Estatal en el Campo de la Ingeniería Genética"¹³¹; Ley Federal de 03.12.2008 No. 242 FZ "Sobre Registro Genómico Estatal"¹³²; Ley Federal de 23.06.2016 No. 180 FZ "Sobre productos de células biomédicas"¹³³, Ley federal "sobre la prohibición temporal de la clonación humana", de 20 de mayo de 2002, núm. 54-FZ¹³⁴.

Además, recientemente, el Presidente de la Federación de Rusia, el Gobierno de la Federación de Rusia y el Ministerio de Salud de la Federación de Rusia han adoptado un número bastante grande de documentos que definen las tendencias de desarrollo en el campo de la investigación genómica y el uso de tecnologías genéticas. Por ejemplo, se pueden distinguir los siguientes: Decreto del Presidente de la Federación de Rusia del 28 de noviembre de 2018 No. 680 "Sobre el desarrollo de tecnologías genéticas en la Federación de Rusia"¹³⁵, Orden del Ministerio de Salud de Rusia de fecha 01.02.2019 No. 42 "Con la aprobación del programa de destino departamental" Desarrollo de la medicina fundamental,

¹³⁰ Federal Law "On the Basics of Health Protection of Citizens in the Russian Federation" dated November 21, 2011, No. 323-FZ // SPS Consultant Plus. Federal'nyi zakon «Ob osnovakh okhrany zdorov'ya grazhdan v Rossiiskoi Federatsii» ot 21.11.2011 № 323-FZ. SPS Konsul'tant Plyus.

¹³¹ Federal Law "On State Regulation in the Field of Genetic Engineering" dated 05.07.1996, No. 86FZ // ATP Consultant Plus. Federal'nyi zakon «O gosudarstvennom regulirovanii v oblasti genno-inzhenernoi deyatel'nosti» ot 05.07.1996 g. № 86-FZ. SPS Konsul'tant Plyus.

¹³² Federal Law "On State Genomic Registration" dated 03.12.2008, No. 242FZ. SPS Consultant Plus. Federal'nyi zakon «O gosudarstvennoi genomnoi registratsii» ot 03.12.2008 g. № 242-FZ. SPS Konsul'tant Plyus.

¹³³ Federal Law "On Biomedical Cell Products" dated 23.06.2016, No. 180FZ. SPS Consultant Plus. Federal'nyi zakon «O biomeditsinskikh kletochnykh produktakh» ot 23.06.2016 g. № 180-FZ. SPS Konsul'tant Plyus.

¹³⁴ Federal Law "On the Temporary Ban on Human Cloning" dated 20.05.2002 No. 54-FZ. ATP Consultant Plus. Federal'nyi zakon «O vremennom zaprete na klonirovanie cheloveka» ot 20.05.2002 № 54-FZ. SPS Konsul'tant Plyus.

¹³⁵ Decree of the President of the Russian Federation "On the development of genetic technologies in the Russian Federation" dated November 28, 2018, No. 680. SPS Consultant Plus. Ukaz Prezidenta RF «O razvitiu geneticheskikh tekhnologii v Rossiiskoi Federatsii» ot 28.11.2018 g. № 680. SPS Konsul'tant Plyus.

traslacional y personalizada"¹³⁶, Decreto del Presidente de la Federación de Rusia del 11 de marzo de 2019 No. 97 "Sobre los fundamentos de la política estatal de la Federación de Rusia en el campo de la seguridad química y biológica para el período hasta 2025 y más allá"¹³⁷, así como la Resolución del Gobierno de la Federación de Rusia de 22 de abril de 2019 No. 479 "Sobre la aprobación del Programa Federal Científico y Técnico para el Desarrollo de Tecnologías Genéticas para 2019-2027"¹³⁸.

Como en la mayoría de los países del mundo, Rusia también tiene un Comité de Bioética establecido en 2005 bajo la Comisión de RF para la UNESCO. El propósito de este comité es abordar las cuestiones éticas que surgen en la aplicación de la tecnología y la investigación biomédica¹³⁹.

Por el momento, tanto Rusia como otros estados enfrentan una serie de amenazas modernas en el campo del procesamiento y la circulación de información genética y genómica. Por ejemplo, esto debería incluir el acceso no autorizado y la detección masiva, el almacenamiento y la recopilación inadecuados de información y los altos costos y los errores médicos.

Al respecto, cabe mencionar que en nuestro país la regulación del tema de obtención, almacenamiento, uso, procesamiento, registro y destrucción de información genómica y material biológico humano se encuentra consagrado en la Ley Federal del 03.12.2008 No. 242FZ "Sobre Registro Genómico Estatal "(Ley Federal No. 242). Según el art. 17 Ф3 №242, la fiscalía de la Federación de Rusia lleva a cabo la supervisión del cumplimiento de la ley. También observamos que el presupuesto federal proporciona fondos para actividades de registro genómico (artículo 20 de la Ley Federal No. 242). El

¹³⁶ Order of the Ministry of Health of Russia dated 01.02.2019 No. 42 (revised from 24.08.2020) "On approval of the departmental target program" Development of fundamental, translational and personalized medicine". SPS Consultant Plus. Prikaz Minzdrava Rossii ot 01.02.2019 № 42 (red. ot 24.08.2020) «Ob utverzhdenii vedomstvennoi tselevoi programmy «Razvitie fundamental'noi, translyatsionnoi i personalizirovannoi meditsiny» SPS Konsul'tant Plyus.

¹³⁷ Decree of the President of the Russian Federation "On the Fundamentals of the State Policy of the Russian Federation in the Field of Chemical and Biological Safety for the Period up to 2025 and Beyond" dated March 11, 2019, No. 97 SPS Consultant Plus. Ukaz Prezidenta RF «Ob Osnovakh gosudarstvennoi politiki Rossiiskoi Federatsii v oblasti obespecheniya khimicheskoi i biologicheskoi bezopasnosti na period do 2025 goda i dal'neishuyu perspektivu» ot 11.03.2019 g. № 97 SPS Konsul'tant Plyus.

¹³⁸ Resolution of the Government of the Russian Federation "On approval of the Federal Scientific and Technical Program for the Development of Genetic Technologies for 2019–2027" dated April 22, 2019 No. 479 SPS Consultant Plus. Postanovlenie Pravitel'stva RF «Ob utverzhdenii Federal'noi nauchno-tekhnicheskoi programmy razvitiya geneticheskikh tekhnologii na 2019–2027 gody» ot 22.04.2019 g. № 479 SPS Konsul'tant Plyus.

¹³⁹ Russian Bioethics Committee. URL: <http://unesco.ru/en/activity/ibc/>

reglamento de la Ley Federal No. 242 cubre el registro genómico estatal tanto voluntario como obligatorio¹⁴⁰. En primer lugar, los objetivos de esta ley son la lucha contra la delincuencia, la búsqueda de ciudadanos desaparecidos y la identificación de una persona.

En arte. 7 La Ley Federal No. 242 enfatiza que el registro genómico obligatorio incluye:

1) las personas condenadas y cumpliendo condena en lugares de privación de libertad por la comisión de delitos graves y especialmente graves, así como por la comisión de delitos contra la inviolabilidad sexual y la libertad personal;

2) personas no identificadas, cuya recolección de material biológico se llevó a cabo en el curso de las acciones de investigación;

3) cadáveres no identificados¹⁴¹.

Al mismo tiempo, la ley no define el área del registro genómico estatal voluntario. Solo se ha establecido que tales actividades solo pueden ser realizadas por instituciones de examen médico forense y subdivisiones individuales de los órganos de asuntos internos.

En 2016, se adoptó la Ley Federal No. 180-FZ “Sobre Productos Celulares Biomédicos”¹⁴², que estableció los principios para la realización de actividades en el campo de la circulación de productos celulares biomédicos. A continuación, destacamos algunos de ellos:

- 1) el principio de voluntariedad y gratuidad de la donación de material biológico;
- 2) la necesidad de cumplir con la confidencialidad médica;
- 3) inadmisibilidad de lucrar con material biológico humano;
- 4) la prohibición de la creación de un embrión humano para la producción de productos celulares biomédicos;

¹⁴⁰ Federal Law of 03.12.2008 No. 242FZ "On State Genomic Registration". SPS Consultant Plus. Federal'nyi zakon ot 03.12.2008 g. № 242-FZ «O gosudarstvennoi genomnoi registratsii». SPS Konsul'tant Plyus.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Federal Law of June 23, 2016 No. 180-FZ “On Biomedical Cell Products. SPS Consultant Plus. Federal'nyi zakon ot 23 iyunya 2016 g. № 180-FZ «O biomeditsinskikh kletochnykh produktakh. SPS Konsul'tant Plyus

5) cumplimiento de los requisitos de bioseguridad para proteger los derechos de todos los participantes en el proceso, incluidos donantes, pacientes y trabajadores médicos¹⁴³.

Sin embargo, a pesar de la adopción de la ley anterior, el ámbito de circulación y uso de células y tejidos humanos con fines de investigación y educación sigue sin estar regulado, ya que la ley no se aplica en este ámbito.

Cabe señalar que los problemas de la certificación genética masiva de ciudadanos de la Federación de Rusia también causan gran preocupación, así como las iniciativas legislativas relacionadas, que pueden ampliar significativamente la lista de personas sujetas al registro genómico estatal obligatorio.

Uno de los avances más importantes en el campo de la genética y la genómica es la clonación de organismos vivos, incluida la clonación humana. Sin embargo, la creación de una persona por medios artificiales está asociada a una serie de problemas éticos y legales. En primer lugar, el mismo procedimiento de clonación humana sigue suscitando serias preocupaciones en la opinión pública. Entonces, para el desarrollo completo de un embrión clonado, se requiere el cuerpo de una mujer embarazada, en el cual, en una etapa temprana del embarazo, su propio embrión es reemplazado por uno creado artificialmente¹⁴⁴. En segundo lugar, el procedimiento de clonación de una persona contradice directamente el derecho a la dignidad humana, el derecho a la integridad y la singularidad de su personalidad¹⁴⁵.

A nivel internacional, la clonación está oficialmente prohibida, lo que está consagrado en el Protocolo Adicional de Prohibición de la Clonación Humana de 1998 y la Convención de Oviedo de 1997. Dado que la Federación de Rusia aún no se ha unido a los documentos anteriores, estos (documentos) son solo de carácter consultivo para nuestro estado.

Sin embargo, observamos que en 2016 el Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia publicó una definición según la cual no se excluye la posibilidad de

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Midlovec M.V., Samadinov M. Aktual'nye jetiko-pravovye voprosy klonirovaniya. Rossija i mirovye soobshhestvo: jekonomicheskoe, social'noe, tehniko-tehnologicheskoe razvitie: sb. nauchn. tr. po materialam I Mezhdunarodnogo mul'tidisciplinarnogo foruma (15.03.2017 g.) – M.: NOO «Professional'naja nauka», 2017. - Pp. 282-284.

¹⁴⁵ Gromov V.G., Jaroshhuk A.V. Problema klonirovaniya cheloveka: pravovye i moral'no-jeticheskie aspekty. Osnovy jekonomiki, upravlenija i prava. 2020. № 6 (25). – P. 60.

utilizar las disposiciones del Convenio de Oviedo de 1997, a pesar de que este documento no fue firmado y ratificado por la Federación de Rusia¹⁴⁶. Además, la prohibición de la clonación humana, así como de la importación y exportación de embriones humanos creados artificialmente, está formulada en la Ley federal "sobre la prohibición temporal de la clonación humana"¹⁴⁷. Al mismo tiempo, la prohibición está dirigida solo a la creación artificial de una persona, pero los experimentos con células somáticas embrionarias, la edición del genoma humano y el cultivo artificial de tejidos y órganos humanos no están oficialmente prohibidos. También debe agregarse que la legislación rusa no prevé las normas de responsabilidad por la violación de las disposiciones de la ley anterior.

En cuanto al desarrollo del régimen legal ruso en el campo de la edición del genoma humano en la etapa embrionaria, vale la pena prestar atención al estado del embrión humano, de acuerdo con la legislación de la Federación de Rusia. Entonces, el embrión humano no es portador de derechos, ya que en la Parte 2 del art. 17 de la Constitución de la Federación de Rusia estipula que los derechos humanos pertenecen a todas las personas desde el nacimiento¹⁴⁸, es decir, esta disposición no se aplica a los embriones.

La Federación de Rusia ocupa la posición de un observador pasivo en relación con la mayoría de los actos jurídicos internacionales que regulan el campo de la investigación genómica. Sin embargo, esto no significa en absoluto que, en el marco de la legislación rusa, no esté garantizada la protección de los derechos humanos en este ámbito. Muchos derechos se derivan de otros derechos formulados en un sentido más amplio y

¹⁴⁶ Determination of the Constitutional Court of the Russian Federation of 10.02.2016 No. 224-O "On refusal to accept for consideration the complaint of citizens Biryukova Tatyana Mikhailovna, Sablina Elena Vladimirovna and Sablina Nelli Stepanovna on violation of their constitutional rights by Article 8 of the Law of the Russian Federation" On organ transplantation and (or) human tissue "ATP" Consultant plus ".

Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF ot 10.02.2016 № 224-O «Ob otkaze v prinjatii k rassmotreniju zhaloby grazhdan Birjukovoj Tat'jany Mihajlovny, Sablinoj Eleny Vladimirovny i Sablinoj Njelli Stepanovny na narushenie ih konstitucionnyh prav stat'ej 8 Zakona Rossijskoj Federacii «O transplantacii organov i (ili) tkanej cheloveka» SPS «Konsul'tant pljus».

¹⁴⁷ Federal Law "On the Temporary Ban on Human Cloning" dated 20.05.2002 No. 54-FZ ATP Consultant Plus. Federal'nyj zakon «O vremennom zaprete na klonirovanie cheloveka» ot 20.05.2002 № 54-FZ SPS Konsul'tant Pljus.

¹⁴⁸ The Constitution of the Russian Federation (adopted by popular vote on 12.12.1993 with amendments approved during the all-Russian vote on 01.07.2020) SPS Consultant Plus. Konstitucija Rossijskoj Federacii (prinjata vsenarodnym gosovaniem 12.12.1993 s izmenenijami, odobrennymi v hode obshherossijskogo gosovaniija 01.07.2020) SPS Konsul'tant Pljus.

consagrados formalmente en documentos legales y reglamentarios nacionales¹⁴⁹. Como ejemplo, podemos citar los derechos humanos fundamentales que se presentan en la Constitución de la Federación de Rusia. Estos son el derecho a la vida (artículo 20), el derecho a la inviolabilidad personal (artículo 21) y la inviolabilidad de la vida privada (artículo 22), el derecho a la protección de la información sobre la vida privada (artículo 24)¹⁵⁰. Si bien Rusia no ha firmado ni ratificado la mayoría de los actos jurídicos normativos supranacionales que regulan la investigación en el campo del genoma humano, no obstante, los derechos contenidos en dichos documentos internacionales están asegurados en nuestro país, ya que son parte integrante de las disposiciones de la ley. Constitución de la Federación de Rusia, leyes y estatutos federales.

El enfoque ruso de la regulación de la investigación genómica se caracteriza vívidamente por la redacción que se indicó en 2015 en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso "Parrillo c. Italia"¹⁵¹. Según este reglamento, en Rusia se aplica una "práctica no prohibitiva"¹⁵². Esto se explica por el hecho de que en el territorio de la Federación de Rusia, en su mayor parte, solo se indican normas y principios generales y no se han impuesto prohibiciones significativas para realizar investigaciones y experimentos en el campo del genoma humano.

Conclusión

Así, el espacio legal de la Federación de Rusia, dentro del cual se lleva a cabo la regulación del campo de la investigación genómica, se basa en gran medida en la legislación internacional, aunque tiene sus propios rasgos distintivos. Por lo tanto, el legislador ruso se adhiere a la práctica de no prohibición en este ámbito. La experiencia rusa en la regulación de la seguridad de la investigación genómica es bastante fragmentaria,

¹⁴⁹ Postnikov A.E., Nikitina E.E. Teorija i praktika regulirovanija genomnyh issledovaniï v Rossijskoj Federacii v kontekste mezhdunarodno-pravovyh standartov. Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedenija. 2020. №5. – S. 12-13.

¹⁵⁰ The Constitution of the Russian Federation (adopted by popular vote on 12.12.1993 with amendments approved during the all-Russian vote on 01.07.2020) SPS Consultant Plus. Konstitucija Rossijskoj Federacii (prinjata vsenarodnym golosovaniem 12.12.1993 s izmenenijami, odobrennymi v hode obshherossijskogo golosovanija 01.07.2020) SPS Konsul'tant Pljus.

¹⁵¹ Application No. 46470/11, Parrillo contra Italia, ECHR Judgment of 27 August, 2015.

¹⁵² Ibid.

ya que no existe un acto jurídico normativo único en el ámbito considerado. A nivel de legislación nacional, es importante desarrollar y expandir un enfoque intersectorial sistémico en la regulación legal de la investigación científica en el campo del genoma humano, es decir, asegurar el establecimiento de fuertes lazos en el marco de la vida civil, familiar, negocios y otros tipos de relaciones sociales.

PLURAL

Academia



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

Año V - No.6
Agosto 2024