

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

---

---

# REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

---

## Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrn

Ardyllis Alves Soares

Marcelo Dias Varella

Editores convidados:

David Ramiro Troitiño

Ignacio Bartesaghi

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 20	n. 2	p. 1-633	ago	2023
--	----------	-------	------	----------	-----	------

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Programa de Mestrado e Doutorado em Direito**  
Centro Universitário de Brasília

**Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

**Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB**

Elizabeth Regina Lopes Manzur

**Diretor do ICPD**

João Herculino de Souza Lopes Filho

**Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor**

Marcelo Dias Varella

**Linha editorial**

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de veiculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas, que foi dividida em dois periódicos (junto com a Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude do aumento do impacto e interesse dos autores em submeter artigos. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados às disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

**Editor Gerente**

Nitish Monebhurrn, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

**Comitê editorial**

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília  
Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo  
Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne  
Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro  
Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França  
Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

**Layout capa**

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

**Diagramação**

S2 Books

**Disponível em:**

[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br)

**Circulação**

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 20, número 2 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

**Endereço para Permuta**

**Biblioteca Reitor João Herculino**

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: [biblioteca@uniceub.br](mailto:biblioteca@uniceub.br)

# Sumário

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>20</b>
David Ramiro Troitiño e Ignacio Bartesaghi	
<b>CRÔNICA .....</b>	<b>25</b>
Carina Costa de Oliveira, Bárbara Mourão Sachett, Júlia Schütz Veiga, Luciana Fernandes Coelho, Paulo Henrique Reis de Oliveira e Ana Flávia Barros-Platiau	
<b>1 Destaques das negociações da 5ª IGC – Segunda Parte .....</b>	<b>28</b>
1.1 Temas transversais (Cross-Cutting Issues – CCI) – Parte I.....	28
1.2 Parte II – Recursos Genéticos Marinhos (MGR).....	29
1.3 Parte III – Medidas de manejo baseadas em áreas (ABMT), incluindo áreas marinhas protegidas (MPAs).....	31
1.4 Parte IV – Avaliações de Impacto Ambiental – Environmental Impact Assessments (EIAs) .....	32
1.5 Parte V – Capacitação e Transferência de Tecnologias Marinhas (CB&TMT) .....	33
1.6 Temas transversais (Cross-Cutting Issues – CCI) – Parte VI à Parte XII.....	35
<b>2 Desafios para os próximos passos .....</b>	<b>37</b>
<b>3 Considerações finais .....</b>	<b>38</b>
<b>DOSSIÊ.....</b>	<b>39</b>
<b>EL MERCADO DE LA UNIÓN EUROPEA, DE ANALÓGICO A DIGITAL. RETOS PARA SU INTERACCIÓN Y DISFRUTE EN EL MARCO LATINOAMERICANO.....</b>	<b>41</b>
David Ramiro Troitino e Tanel Kerikmäe	
<b>1 La Unión Europea ante el reto digital .....</b>	<b>42</b>
<b>2 Ventajas para las instituciones europeas en su labor ante los ciudadanos y agentes económicos..</b>	<b>45</b>
<b>3 La Inteligencia Artificial como parte fundamental del futuro .....</b>	<b>46</b>
<b>4 Los retos digitales de una sociedad en transformación .....</b>	<b>47</b>
<b>5 Latinoamérica y la UE desde una perspectiva digital.....</b>	<b>48</b>
<b>6 Conclusiones .....</b>	<b>49</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>50</b>
<b>ESTRATEGIAS DIGITALES EN EL MERCOSUR: AGENDAS DIGITALES E IMPLEMENTACIÓN.....</b>	<b>52</b>
Natalia Melgar e Patricia Correa	
<b>1 Introducción.....</b>	<b>53</b>

<b>2 Estrategias digitales en los países del Mercosur y el rol del bloque .....</b>	<b>53</b>
2.1 Argentina .....	55
2.2 Brasil.....	56
2.3 Paraguay .....	58
2.4 Uruguay.....	59
2.5 Mercosur.....	61
<b>3 Análisis comparativo de las estrategias del bloque .....</b>	<b>62</b>
<b>4 Conclusiones .....</b>	<b>65</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>66</b>

**DIGITALIZACIÓN DE PYMES EN EL MERCOSUR: EL CASO DE ARGENTINA Y URUGUAY.....70**

Adriana Bonomo-Odizzio, Catherine Krauss-Delorme e Armando Borrero-Molina

<b>1 Introducción.....</b>	<b>71</b>
1.1 Normas jurídicas en el Mercosur.....	71
<b>2 Transformación digital en el Mercosur .....</b>	<b>72</b>
2.1 La digitalización y su influencia en las pymes en Mercosur.....	73
2.2 Infraestructura para la digitalización .....	75
<b>3 Metodología .....</b>	<b>78</b>
<b>4 Resultados y hallazgos .....</b>	<b>78</b>
<b>5 Conclusiones y limitaciones del estudio.....</b>	<b>80</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>81</b>

**DIGITALIZACIÓN DE PYMES EN EL MERCOSUR: EL CASO DE ARGENTINA Y URUGUAY.....85**

Vandana Singh e Mehak Rai Sethi

<b>1 Introduction .....</b>	<b>86</b>
<b>2 The role of digital tools in supporting the implementation of the ITPGRFA in MERCOSUR countries.....</b>	<b>87</b>
<b>3 The benefits of these digital tools in facilitating the exchange of PGRs' data and promoting collaboration among stakeholders, including researchers, breeders, and farmers.....</b>	<b>88</b>
<b>4 The potential of digital tools such as databases, digital platforms, and software applications in supporting the implementation of the ITPGRFA .....</b>	<b>89</b>
<b>5 Potential ethical issues that may arise from the use of digital tools in the implementation of the ITPGRFA.....</b>	<b>89</b>
<b>6 The impact of the use of digital tools in implementing the ITPGRFA upon the MERCOSUR countries' relation with the European Union (EU) .....</b>	<b>91</b>
<b>7 Compliance of MERCOSUR countries with the ITPGRFA.....</b>	<b>92</b>
7.1 Spheres where the MERCOSUR countries are lacking in effectively implementing the ITPGRFA.....	93
<b>8 Efforts to improve relations between MERCOSUR countries and the European Union .....</b>	<b>94</b>

8.1 The EU-MERCOSUR Agreement and its Implications for the Effective Implementation of the ITPGR-FA.....	95
8.1.1 Scope and Objectives of the Agreement.....	95
8.1.2 Agriculture and PGRs.....	95
8.1.3 Impact on the Implementation of the ITPGRFA .....	95
<b>9 Gaps in the current model of digital tool usage in MERCOSUR countries and the EU.....</b>	<b>96</b>
<b>10 Conclusion.....</b>	<b>99</b>
<b>References.....</b>	<b>100</b>

**LA DIGITALIZACIÓN EN LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO DEL MERCOSUR: EL CASO DE LA VENTANILLA ÚNICA DE COMERCIO EXTERIOR EN URUGUAYCOUNTRIES ..... 104**

Natalia Melgar e Natalia De María

<b>1 Introducción.....</b>	<b>105</b>
<b>2 El Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC y la digitalización .....</b>	<b>106</b>
<b>3 Facilitación del comercio en el Mercosur y digitalización.....</b>	<b>108</b>
3.1 Acuerdo sobre facilitación del comercio del Mercosur .....	110
3.2 Acuerdo sobre comercio electrónico del Mercosur.....	112
<b>4 El caso de la VUCE en Uruguay .....</b>	<b>113</b>
4.1 Impactos de la implementación de la VUCE.....	114
4.2 Interoperabilidad transfronteriza .....	115
<b>5 Conclusiones .....</b>	<b>115</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>116</b>

**BRECHA DIGITAL Y EDUCACIÓN: UNA COMPUTADORA POR NIÑO EN URUGUAY..... 120**

Natalia De María e Ignacio Bartesaghi

<b>1 Introducción .....</b>	<b>121</b>
<b>2 One Laptop per Child .....</b>	<b>122</b>
2.1 Antecedentes a nivel internacional .....	122
2.2 Los procesos de aprendizaje.....	124
<b>3 Plan CEIBAL .....</b>	<b>126</b>
3.1 Antecedentes y creación.....	126
3.2 Evolución del proyecto.....	127
<b>4 Contribución a la brecha digital y la educación del Plan Ceibal .....</b>	<b>129</b>
<b>5 Conclusiones .....</b>	<b>133</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>133</b>

<b>INTELIGENCIA ARTIFICIAL: NUEVAS POSIBILIDADES PARA LAS RELACIONES ENTRE LA UE Y EL MERCOSUR .....</b>	<b>137</b>
Celso Cancela Outeda	
1 Introducción.....	138
2 La IA: competencia, liderazgo y soberanía digital .....	138
3 La IA en la UE y el Mercosur: diagnóstico de situación .....	141
4 La IA como impulsora de la cooperación UE-Mercosur .....	144
5 Conclusiones .....	146
Bibliografía .....	147
<b>ARTIFICIAL INTELLIGENCE: A CLAIM FOR STRICT LIABILITY FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS ...</b>	<b>150</b>
Lutiana Valadares Fernandes Barbosa	
1 Introduction .....	151
2 Some of the risks posed by AI at the helm of human rights .....	152
3 AI and civil responsibility .....	152
3.1 Some of the Challenges posed by AI in the realm of responsibility .....	152
3.2 Regulatory Initiatives: EU and the Brussels effect.....	153
3.3 Regulatory Initiatives: Brazil .....	154
3.4 The principle of AI neutrality approach. ....	155
4 Strict liability for human rights breaches .....	155
5 Conclusion .....	157
References .....	158
<b>ARTIGOS.....</b>	<b>160</b>
<b>A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE (LEX SPECIALIS) AO DIREITO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS .....</b>	<b>162</b>
Bernardo Mageste Castelar Campos	
1 Introdução .....	163
2 Lex specialis no direito da responsabilidade dos Estados conforme adotado pela CDI .....	164
3 Críticas ao conceito de lex specialis adotado pelos ARIE .....	167
4 Aplicações alternativas do Princípio Lex Specialis .....	169
5 Considerações finais .....	173
Referências.....	173



**OS ATRIBUTOS DA NORMA JURÍDICA APLICADOS AO MODELO DE PRODUÇÃO TRADICIONAL DO DIREITO INTERNACIONAL E O DEBATE SOBRE A SOFT LAW ..... 177**

Amina Welten Guerra

<b>1 Introdução</b> .....	<b>178</b>
<b>2 Desenvolvimento</b> .....	<b>178</b>
2.1 A norma jurídica legal.....	178
2.2 A norma jurídica legal e válida .....	182
2.3 A norma jurídica legal, válida e legítima .....	187
2.4 A obrigatoriedade da norma jurídica legal, válida e legítima .....	189
<b>3 Considerações Finais</b> .....	<b>190</b>
<b>Referências</b> .....	<b>190</b>

**NOVOS DESAFIOS SOBRE A DEFINIÇÃO DE NACIONALIDADE DE EMPRESAS MULTINACIONAIS E O INSTITUTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA..... 194**

Vivian Daniele Rocha Gabriel e Sabrina Maria Fadel Becue

<b>1 Introdução</b> .....	<b>195</b>
<b>2 Proteção diplomática: conceito e aplicação</b> .....	<b>196</b>
<b>3 Proteção diplomática conferida às empresas no direito internacional</b> .....	<b>198</b>
<b>4 Nacionalidade de sociedades empresárias no direito brasileiro</b> .....	<b>199</b>
<b>5 Barcelona traction e novos desafios na definição de nacionalidade de empresas multinacionais</b> .....	<b>201</b>
<b>6 Considerações finais</b> .....	<b>204</b>
<b>Referências</b> .....	<b>204</b>

**THE UNITED NATION DATA GOVERNANCE: A PANOPTICON AND A CATALYST FOR COOPERATION ..... 207**

Varda Mone e CLV Sivakumar

<b>1 Introduction</b> .....	<b>208</b>
1.1 Background and Context .....	209
1.2 The Complexity of Varying Data Privacy Laws Across Jurisdictions.....	209
<b>2 Research Objectives</b> .....	<b>211</b>
2.1 Enhancing Privacy Protection and Promoting Secure Data Practices.....	211
2.2 Facilitating International Data Flows in the Digital Age .....	212
<b>3 Data Privacy in the Digital Age</b> .....	<b>212</b>
3.1 The Proliferation of Technology and Digitalization .....	212
3.2 Data Collection, Processing, and Trading Trends .....	213
3.3 Challenges to Data Privacy and Security .....	214
<b>4 Global Data Privacy Landscape</b> .....	<b>217</b>

4.1 Varied Data Privacy Laws Across Jurisdictions .....	217
4.2 The Need for Global Regulatory Solutions .....	217
<b>5 Proposal for a United Nations Data Privacy Body .....</b>	<b>217</b>
5.1 The Feasibility of Establishing a Global Data Privacy Body .....	218
5.2 Role and Scope of the Proposed UN Agency.....	218
5.3 Leveraging UN Expertise and Resources.....	218
5.4 Potential Benefits of the UN Data Privacy Agency .....	219
<b>6 Comparison to WIPO’s Role in Intellectual Property Rights .....</b>	<b>219</b>
6.1 Lessons from WIPO’s Success: Parallels in International Data Governance .....	220
6.2 Why WIPO’s role model taken in the present case is based on following factors:.....	221
<b>7 Conclusion .....</b>	<b>221</b>
7.1 Summarizing Key Findings and Insights .....	221
7.2 Advocating for the UN’s Role in International Data Governance.....	222
<b>8 Recommendations and Future Directions .....</b>	<b>222</b>
<b>References.....</b>	<b>223</b>

**THE ART OF LEGAL WARFARE: HOW TO DEPRIVE THE AGGRESSOR STATE OF JURISDICTIONAL IMMUNITIES. EVIDENCE FROM UKRAINE.....** 227

Anatoliy Kostruba

<b>1 Introduction .....</b>	<b>228</b>
<b>2 Materials and methods.....</b>	<b>229</b>
<b>3 Results.....</b>	<b>230</b>
3.1 Theoretical and legal approaches to understanding sovereign immunities .....	230
3.2 State immunities: judicial practice .....	233
3.3 Ukraine’s actions to deprive the aggressor country of its immunities.....	235
<b>4 Discussion.....</b>	<b>237</b>
<b>5 Conclusion .....</b>	<b>242</b>
<b>References.....</b>	<b>243</b>

**UMA EUROPA FORTE E UNIDA?: O DESENVOLVIMENTO DO PROJETO EUROPEU DE INTEGRAÇÃO À LUZ DA GESTÃO DAS CRISES MIGRATÓRIAS.....** 247

Gabriel Braga Guimarães e Ana Carolina Barbosa Pereira Matos

<b>1 Introdução .....</b>	<b>248</b>
<b>2 Os influxos da gestão das crises migratórias no projeto europeu de integração .....</b>	<b>250</b>
2.1 A integração europeia frente à crise migratória: principais desafios .....	251
2.2 O Brexit como efeito da administração da crise migratória .....	253
<b>3 Os desafios à normatização das questões migratórias na União Europeia.....</b>	<b>254</b>

3.1 A migração à luz do direito europeu: um panorama dos principais instrumentos normativos .....	255
3.2 O Novo Pacto em matéria de Migração e Asilo: soluções novas para um problema antigo? .....	257
<b>4 Considerações Finais .....</b>	<b>259</b>
<b>Referências.....</b>	<b>259</b>

**EL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS MUJERES MIGRANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL: ESTÁNDARES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....265**

Glorimar Alejandra Leon Silva e Juan Jorge Faundes Peñafiel

<b>1 Introducción.....</b>	<b>266</b>
<b>2 Desarrollo.....</b>	<b>267</b>
2.1 Primera Parte: Revisión panorámica del Derecho Humano a la Identidad Cultural y las mujeres migrantes.....	267
2.1.1 Reconocimiento progresivo del DHIC de las mujeres migrantes en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.....	268
2.1.2 Reconocimiento progresivo del DHIC de las mujeres migrantes en los sistemas regionales (americano y europeo) de protección de derechos humanos.....	275
2.2 Segunda Parte: Revisión jurisprudencial de las decisiones emitidas por las cortes regionales: reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural a las mujeres migrantes .....	277
2.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos y reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural a las mujeres migrantes .....	277
2.2.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos y reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural de las mujeres migrantes .....	280
<b>3 Conclusiones .....</b>	<b>283</b>
<b>Referencias .....</b>	<b>284</b>

**A TUTELA DA DIVERSIDADE CULTURAL NO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS ...293**

George Sarmiento Lins Júnior e Laryssa Custódio de França Pereira

<b>1 Introdução.....</b>	<b>294</b>
<b>2 Hermenêutica do conceito de cultura .....</b>	<b>295</b>
<b>3 A tutela internacional dos direitos culturais e a proteção da cultura em sua diversidade.....</b>	<b>297</b>
<b>4 Análise da implementação da tutela da diversidade cultural no Brasil .....</b>	<b>305</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>310</b>
<b>Referências .....</b>	<b>310</b>

**DOS “OLHOS DA LEI” DOMÉSTICA AOS DA COMUNIDADE INTERNACIONAL: CEGUEIRA OU LUCIDEZ DA JUSTIÇA NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL? ..... 315**

Larissa Ramina e Lucas Silva de Souza

<b>1 Introdução .....</b>	<b>316</b>
---------------------------	------------

<b>2 A miopia do “olho da lei”: o racismo como pilar do estado de exceção.....</b>	<b>317</b>
2.1 O racismo contra o “outro” como fundamento de guerra: os nazifascismos e os limites do “olho da lei” .....	318
2.2 O Direito Internacional dos Direitos Humanos de resposta às atrocidades do pós segunda guerra mundial à justificativa para as medidas de exceção contemporâneas .....	322
<b>3 Do “olho da lei” aos “olhos” da comunidade internacional: cegueira ou lucidez?.....</b>	<b>326</b>
3.1 Dos tribunais ad hoc ao Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal e a penalização seletiva do “outro” .....	326
3.2 A (a)politicidade e (im)parcialidade do Tribunal Penal Internacional e de sua promotoria: análise comparativa do tratamento dado às ilegítimas “guerra ao terror” estadunidense e a guerra da Rússia contra a Ucrânia .....	332
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>339</b>
<b>Referências.....</b>	<b>340</b>

**O ECOCÍDIO PERANTE O ESTATUTO DE ROMA.....345**

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro

<b>1 Introdução .....</b>	<b>346</b>
<b>2 Ecocídio: noções introdutórias .....</b>	<b>347</b>
2.1 Um crime internacional em perspectiva histórica .....	347
2.2 Ecocídio, interesses da humanidade e solidariedade intergeracional.....	349
2.3 Antropoceno, ecoceno e ecocídio .....	355
<b>3 A dupla tipificação do ecocídio no estatuto de Roma.....</b>	<b>361</b>
3.1 Ecocídio como crime contra a humanidade .....	363
3.2 O nexó ecocídio-genocídio de Nuremberg ao Estatuto de Roma: um caminho sem volta.....	366
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>371</b>
<b>Referências.....</b>	<b>372</b>

**TRIAL BY BANGLADESH INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL: JUSTICE DIVULGED OR POLITICAL AGENDA? .....377**

Niteesh Kumar Upadhyay, Mahak Rathee e Sangeeta Taak

<b>1 Introduction .....</b>	<b>378</b>
<b>2 Historical background.....</b>	<b>378</b>
2.1 Inception and Formation of the ICTB: Tracing Its Establishment.....	380
<b>3 Comparing international criminal tribunals: unpacking distinctions between icty, ictr, and ictb</b>	<b>381</b>
<b>4 Scrutinising the ICTB: examining criticisms and controversies surrounding the tribunal .....</b>	<b>381</b>
<b>5 Unveiling constitutional breaches: analysing violations of rights in the ICTB .....</b>	<b>382</b>
<b>6 Comparative analysis of ICTY/ICTR and ICTB .....</b>	<b>384</b>
<b>7 Validation of the research question.....</b>	<b>385</b>
<b>8 Conclusion .....</b>	<b>386</b>

Bibliography .....	386
--------------------	-----

<b>AVANCES Y DESAFÍOS PARA PREVENIR Y COMBATIR EL ABUSO Y LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE MENORES EN LÍNEA: ESPECIAL REFERENCIA A LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO POR EL QUE SE ESTABLECEN NORMAS PARA PREVENIR Y COMBATIR EL ABUSO SEXUAL DE LOS MENORES .....</b>	<b>392</b>
--	------------

Andreea Marica

<b>1 Introducción.....</b>	<b>393</b>
<b>2 Retos y desafíos jurídicos en la lucha contra el abuso y la explotación sexual de menores en línea.....</b>	<b>396</b>
2.1 Terminología: un hándicap que urge corregir.....	396
2.2 Interpretación actualizada de CSEM y de los delitos relacionados. Sistema de Clasificación de CSEM	399
2.3 Sistema de detección de CSEM. Normas aplicables a los prestadores de servicios de alojamiento de datos o de comunicaciones interpersonales.....	402
<b>3 Retos y desafíos para las Agencias de la UE en materia de lucha contra el abuso y la explotación sexual de menores en línea.....</b>	<b>405</b>
3.1 Agencia de la UE para la Cooperación Policial, EUROPOL.....	405
3.2 Centro de la UE sobre abuso sexual de menores.....	410
<b>4 Conclusiones .....</b>	<b>414</b>
<b>Referências .....</b>	<b>415</b>

<b>LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA MENOR NACIDA EN SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUB-ROGADA.....</b>	<b>420</b>
---	------------

Waldimeiry Correa da Silva

<b>1 Consideraciones iniciales .....</b>	<b>421</b>
<b>2 El significado actual de la MS: su complejidad y necesaria atención hacia el ISM .....</b>	<b>422</b>
<b>3 La fundamentación jurídica del interés superior de la persona menor.....</b>	<b>423</b>
<b>4 ¿La Maternidad subrogada protege el ISM? .....</b>	<b>425</b>
<b>5 La protección internacional de la persona menor y su incumplimiento en el proceso de maternidad subrogada.....</b>	<b>427</b>
<b>6 ¿La MS puede ser considerada venta de niños/as? .....</b>	<b>427</b>
<b>7 La protección del ISM en la praxis del Comité de Derechos del Niño.....</b>	<b>431</b>
<b>8 La posible analogía entre la MS y la adopción internacional.....</b>	<b>433</b>
<b>9 La práctica del TEDH para garantía del interés superior de la persona menor en casos de MS..</b>	<b>435</b>
<b>10 La respuesta del TEDH en consideración al vínculo genético y la protección del interés superior del menor .....</b>	<b>437</b>
<b>11 Respuesta a la violación del ISM frente a la ausencia de vínculo genético entre los comitentes</b>	<b>438</b>
<b>12 TEDH valoraciones fácticas y discreción en cuanto al asunto de la MS .....</b>	<b>440</b>
<b>13 Consideraciones finales.....</b>	<b>441</b>

<b>Bibliografía .....</b>	<b>442</b>
---------------------------	------------

**MOVILIDAD FORZADA INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE: REFUGIO, REGULARIZACIÓN Y RECONDUCCIÓN.....449**

Martina Cociña-Cholaky e Juliana Díaz Pantoja

<b>1 Contextualizando la movilidad forzada de NNA en el Chile actual .....</b>	<b>450</b>
<b>2 Analizando el escenario desde una metodología cualitativa documental .....</b>	<b>453</b>
<b>3 Respuesta del Estado chileno a la movilidad forzada internacional de NNA.....</b>	<b>454</b>
3.1 Refugio de NNA en Chile: una protección al debe considerando los solicitantes .....	455
3.2 Más allá de la normativa: desafíos prácticos en la regularización de NNA que ingresan por pasos no habilitados .....	458
3.3 Reconducción de niños, niñas y adolescentes: algunas luces a partir de la Resolución Exenta N° 17.548 del SERMIG .....	460
<b>4 El Interés Superior del Niño/a y estándares de protección de los derechos de NNA migrantes. 462</b>	
4.1 Vulnerabilidad interseccional de NNA migrantes en situación irregular.....	462
4.2 Los estándares nacionales e internacionales del ISDN de NNA migrantes .....	463
<b>5 A modo de conclusión .....</b>	<b>466</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>466</b>

**PROTECTION AND PRESERVATION OF TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS & TRADITIONAL KNOWLEDGE IN HANDICRAFT INDUSTRY: ADVOCATING THE NEED FOR A GLOBAL CULTURAL POLICY FRAMEWORK.....473**

Anuttama Ghose e S. M. Aamir Ali

<b>1 Introduction .....</b>	<b>474</b>
<b>2 Understanding the conceptual framework.....</b>	<b>475</b>
2.1 Traditional knowledge (TK) .....	475
2.2 Traditional cultural expression (TCE).....	476
2.3 Traditional handicraft: whether a subject matter of protection under TK and TCE?.....	477
<b>3 UNESCO'S interpretation of cultural heritage and traditional handicraft .....</b>	<b>478</b>
<b>4 Scope of UN Declaration on Rights of Indigenous People (UNDRIP) for protecting traditional handicrafts .....</b>	<b>481</b>
<b>5 Exploitation of traditional handicrafts by commercial players: theoretical and consequential overview .....</b>	<b>482</b>
5.1 Overview of theoretical factors towards exploitation of indigenous communities by commercial entities.....	483
5.2 Instances of exploitation of the traditional handicraft industry by commercial actors: a global outlook.....	484
5.3 Evaluating the impact and consequences on the indigenous communities .....	486
5.3.1 Economic implications .....	486

5.3.2 Loss of cultural identity.....	486
5.3.3 Environmental implications.....	486
5.3.4 Intellectual property violation.....	486
5.3.5 Disruption of social structures .....	487
5.3.6 Undermining community empowerment .....	487
5.4 A close look at commercial exploitation of the traditional handicraft industry in India and its impact	487
<b>6 Protection available to traditional handicrafts under the existing IPR regime in India.....</b>	<b>489</b>
6.1 Scope of protection under geographical indications of goods (Registration and Protection) Act, 1999	489
6.2 Protection provisions under the Designs Act, 2000 and Copyright Act, 1957 .....	490
<b>7 Arguing the need for sui generis protection to safeguard traditional handicrafts.....</b>	<b>491</b>
<b>8 Conclusion .....</b>	<b>493</b>
<b>References.....</b>	<b>494</b>

**“SEUS ÚNICOS TESOUROS SÃO PENAS DE PÁSSAROS”: REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE PATRIMÔNIO CULTURAL INDÍGENA BRASILEIRO EM MUSEUS ESTRANGEIROS ..... 500**

José Angelo Estrella Faria

<b>1 Introdução .....</b>	<b>501</b>
<b>2 Etapas históricas e formas de coleta de objetos indígenas brasileiros .....</b>	<b>502</b>
2.2 Exploração e coleta sob critérios científicos.....	505
2.3 Controle estatal sistemático .....	506
<b>3 Colonialismo e restituição de bens culturais: limites do instrumentário jurídico e alternativas ...</b>	<b>509</b>
3.1 “Restituição”, “retorno”, “repatriamento”: como, por que, para quem? .....	509
3.1.1 O manto Tupinambá.....	510
3.1.2 As coleções vienenses .....	516
3.2 Patrimônio museológico e preservação da identidade cultural indígena .....	518
3.2.1 Redescoberta de técnicas e conhecimentos tradicionais.....	519
3.2.2 Repatriamento “virtual” .....	520
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>523</b>
<b>Referências.....</b>	<b>524</b>

**A APLICAÇÃO NACIONAL DA DOUTRINA DA MARGEM DE APRECIÇÃO: A INTERPRETAÇÃO CRIATIVA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E OS RISCOS PARA O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS..... 529**

Paulo Potiara de Alcantara Veloso

<b>1 Introdução .....</b>	<b>530</b>
<b>2 A doutrina da margem de apreciação.....</b>	<b>532</b>
<b>3 O sistema interamericano de direitos humanos e a utilização da doutrina da margem de apreciação pelo judiciário brasileiro .....</b>	<b>536</b>

3.1 A margem de apreciação no contexto do sistema interamericano de direitos humanos .....	536
3.2 A aplicação da doutrina pelos tribunais brasileiros .....	537
<b>4 Considerações finais: a interpretação criativa da doutrina pelos tribunais brasileiros .....</b>	<b>541</b>
<b>Referências .....</b>	<b>542</b>

**AS FUNÇÕES DA INTERPRETAÇÃO DE SENTENÇA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....545**

Lucas Carlos Lima

<b>1 Introdução .....</b>	<b>546</b>
<b>2 O poder para interpretar: elementos históricos na construção do poder da Corte.....</b>	<b>548</b>
<b>3 Distinção em relação a outras categorias processuais da CtIDH.....</b>	<b>549</b>
3.1 Revisão judicial.....	550
3.2 Monitoramento do cumprimento das decisões .....	551
3.3 Retificação de erros em sentenças e outras decisões .....	552
<b>4 Os fundamentos jurídicos do poder de interpretar sentenças da Corte Interamericana.....</b>	<b>552</b>
<b>5 A prática interpretativa de sentenças da Corte: mera interpretação? .....</b>	<b>554</b>
5.1 Jurisdição e admissibilidade .....	554
5.2 A interpretação de sentenças vera e propria .....	555
<b>6 Considerações finais: as funções de interpretação de uma decisão na jurisprudência da CtIDH</b>	<b>556</b>
<b>Referências.....</b>	<b>557</b>

**TREATY REGIME OF OCEAN FERTILIZATION: GAPS AND SOLUTIONS .....562**

Zahra Mahmoodi Kordi e Masume Gholami Miansarayi

<b>1 Introduction .....</b>	<b>563</b>
<b>2 The treaty regime governing the ocean fertilization .....</b>	<b>564</b>
2.1 Fertilizers as pollutant.....	564
2.2 Ocean dumping of fertilizers .....	565
2.3 Threat to marine biodiversity .....	567
2.4 Stabilization of greenhouse gas concentration.....	567
<b>3 Major gaps in the ocean fertilization treaty regime .....</b>	<b>568</b>
3.1 Fragmentation of treaty framework to ocean fertilization .....	568
3.2 Disregarding the private sector .....	568
3.3 Neglecting the capability of ocean fertilization to deal with climate change.....	569
3.4 Ambiguity in some fundamental concepts.....	570
<b>4 Suggested solutions .....</b>	<b>570</b>
4.1 A new binding instrument .....	570
4.2 A new protocol to the UNFCCC .....	571



4.3 Create coordination between current documents .....	572
4.4 Soft law.....	572
4.4.1 Asilomar Principles.....	572
4.4.2 GESAMP 41 Guidelines .....	573
4.4.3 Code of conduct governing the geoengineering research.....	573
<b>5 Conclusion .....</b>	<b>574</b>
<b>References.....</b>	<b>575</b>

**EARLY ACCESS TO A LEGAL ASSISTANCE WITHIN CRIMINAL PROCEEDINGS IN EUROPEAN JURISDICTIONS: “ENGLAND & WALES AS A CASE STUDY .....** **579**

Bassim Jameel Almusawi

<b>1 Introduction .....</b>	<b>580</b>
<b>2 Justifications of access to a legal assistance at the initial investigation stage (significance &amp; rational) .....</b>	<b>581</b>
<b>3 Requesting legal assistance .....</b>	<b>583</b>
<b>4 Refusing &amp; delaying access to a legal assistance .....</b>	<b>585</b>
<b>5 Quality of a legal assistance .....</b>	<b>587</b>
<b>6 European Standard .....</b>	<b>588</b>
<b>7 Conclusion .....</b>	<b>589</b>
<b>References.....</b>	<b>590</b>

**AN ANALYSIS OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT TREATY ADOPTION AS DOMESTIC LAWS IN CHINESE JURISDICTION .....** **593**

Renata Thiebaut

<b>1 Introduction .....</b>	<b>594</b>
1.1 Monism .....	594
1.2 Dualism.....	595
1.3 Dialectical model.....	596
<b>2 Transnational Legal Process.....</b>	<b>596</b>
<b>3 Understanding the Chinese legal system .....</b>	<b>600</b>
<b>4 Conflict of Laws.....</b>	<b>602</b>
<b>5 The Chinese Agenda 21 Legal Process.....</b>	<b>604</b>
<b>6 Renewable Energy Law .....</b>	<b>606</b>
<b>7 Conclusions.....</b>	<b>607</b>
<b>References.....</b>	<b>608</b>

**DESPITE COMPLICATED PORTRAITS AND POLICY ORIENTATION: STRUGGLE TO ARTICULATE RIGHT TO EDUCATION BASED ON THE INDONESIA CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS ..... 612**

Made Subawa e Bagus Hermanto

**1 Introduction ..... 613**

**2 Theoretical Concept: Globalization and the Pendulum of Power for the Development of the Right to Education in the World ..... 615**

**3 Method ..... 617**

**4 Results and Discussions ..... 618**

    4.1 Portrait of Education Legal Policy in Indonesia ..... 618

    4.2 Fulfillment of the Right to Education and the Indonesian Constitutional Court in Affirming the Establishment of Citizens' Constitutional Rights to Education ..... 621

**5 Conclusion ..... 625**

**References ..... 625**

**NORMAS EDITORIAIS ..... 631**

Envio dos trabalhos: ..... 632

[www.rdi.uniceub.br](http://www.rdi.uniceub.br) ..... 633

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Editorial**

David Ramiro Troitiño

Ignacio Bartesaghi

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

David Ramiro Troitino\*\*

Ignacio Bartesaghi\*\*\*

Vivimos momentos de un cambio de paradigma social equiparable a otros grandes períodos de la historia humana. La digitalización de la sociedad ya no es una opción, sino un proceso imparable que ya está aquí y que va a cambiar nuestras sociedades. Este desarrollo cambiará de manera sustancial tanto el modelo económico, social e incluso el político. Las relaciones entre personas derivan cada vez más hacia una vertiente digital, con auténticas autopistas de información y contacto, reduciendo las distancias a un elemento con una relevancia mínima dentro de las interacciones humanas. Cierto es que todavía persisten costumbres, y que quizás, las tradiciones locales ayuden a mantener el contacto social personal, pero como una opción o alternativa al contacto digital.

A nivel político, la digitalización ayuda de manera fehaciente a acercar a los ciudadanos a las instituciones, a incrementar su involucración en los asuntos de Estado desde una perspectiva más activa e integradora. Las posibilidades del voto por internet, los canales de comunicación digitales para que las instituciones interactúen de manera más efectiva con los ciudadanos, e incluso la creación de plataformas digitales que aglutinen grupos significativos de ciudadanos con interés político común, son elementos que van a cambiar el medio ambiente político radicalmente. Evidentemente existe una resistencia de los actores políticos tradicionales en contra de la digitalización para así mantener sus derechos adquiridos a través de la dominación de los canales políticos tradicionales. Pero como ya hemos comentado, la digitalización es un proceso imparable, que quizás se pueda retrasar por obstáculos tradicionalistas, pero que de ninguna manera se puede evitar su implementación final.

Desde la óptica del rol de la digitalización en el Estado, la *United Nations E-Government Survey 2022*<sup>1</sup> entiende en su capítulo introductorio sobre las principales tendencias, que las tecnologías digitales jugaron un rol indispensable en mantener a las sociedades unidas frente a la pandemia de COVID – 19, soportando los servicios públicos en la salud, la educación y la seguridad de las personas. Como es observado en varios de los artículos incluidos en el dossier, el COVID – 19 amplificó la importancia del gobierno digital y las tecnologías como herramientas esenciales de comunicación y colaboración entre el sector público, el privado y la sociedad.

Naciones Unidas entiende que la tecnología digital contribuye al desarrollo nacional, facilitando los intercambios de conocimientos y permite brindar los servicios en línea y soluciones en condiciones normales o extraordinarias, en un proceso inevitable de transición digital. El mundo digital se ha transformado en la piedra angular de la efectividad, responsabilidad, resiliencia e inclusividad de las instituciones a todo nivel, cumpliendo un rol central en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), en particular el ODS 16 y 17.

<sup>1</sup> UNITED NATIONS. *UN EGovernment Survey 2022*. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/>. Consultado el: 31 ago. 2023.

De todas formas, el desafío sigue estando en la brecha que existe entre los ciudadanos de altos y bajos ingresos para adaptarse a la transformación digital, lo que ha sido alertado en el caso de América Latina y el Caribe por organizaciones internacionales como la CEPAL, particularmente después de la aceleración del proceso después del COVID – 19. En su estudio *Un camino digital para el desarrollo sostenible de América Latina y el Caribe*<sup>2</sup>, el organismo entiende que las tecnologías digitales y su creciente transversalidad en sus aplicaciones, han transformado a escala mundial el conjunto de la economía y la sociedad, considerando que el COVID – 19 fue un punto de inflexión en la intensidad de uso de las soluciones digitales. Este fenómeno ha generado disrupciones en los modelos de consumo, negocios y producción, lo que por ejemplo a partir de la importancia en el uso de los datos está generando nuevas oportunidades de creación de valor con efectos en el bienestar de las personas, la competitividad de la economía y el cuidado del medio ambiente, favoreciendo todo este fenómeno modelos de desarrollo más inclusivos y sostenibles. Ahora bien, el mismo estudio también alerta que no todas las regiones enfrentan estos desafíos en las mismas condiciones, señalando que en el caso de América Latina y el Caribe aún se enfrentan una serie de retos estructurales que pueden retrasar la incorporación o adecuado uso de las tecnologías, para lo cual los Estados deberán tomar medidas y acciones precisas.

A nivel económico, las transacciones digitales son cada vez más relevantes, un mercado en crecimiento exponencial que supone un sistema completamente nuevo que reduce los obstáculos para los intercambios económicos incrementando la eficiencia al reducir costes, el aprovechamiento de los recursos disponibles a nivel global optimizando la producción y venta con los consecuentes beneficios para los consumidores, e incrementar el volumen de transacciones económicas de manera considerable por la reducción de obstáculos al comercio basados en aspectos analógicos. El estudio *Adaptación a la era del comercio digital: desafíos y oportunidades*<sup>3</sup> coordinado

por Maarten Smeets para la Organización Mundial del comercio (OMC) evidencia el impacto de la economía digital en la economía y el comercio global a partir de la baja de los costos del acceso a la información, lo que derivó en la aparición de nuevos productos y mercados, además de nuevos jugadores. Por otro lado, la investigación también incorpora los riesgos de estas transformaciones en términos de las competencias, especialmente en los países en desarrollo. Este punto es abordado en el estudio de la Organización Internacional del Trabajo *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del empleo*<sup>4</sup>, analizando el impacto de este fenómeno ya no solo desde una perspectiva de amenaza sino también de una oportunidad para los empleos futuros a nivel mundial.

Por tanto, la revolución digital es ya una realidad, y aquellos que la implementen mas eficientemente y con premura, tendrán una ventaja comparativa con el resto de los actores involucrados en el proceso. La digitalización de la sociedad a nivel económico, social y político es un proceso imparable del que se beneficiaran aquellos que se adelanten a la hora de regular de manera mas eficiente su marco para una implementación mas eficaz.

Pese a los beneficios evidentes, también existen riesgos monumentales para la sociedad y sus miembros, como la seguridad del sistema, la protección de datos o el papel de la Inteligencia Artificial, entre los más destacados. Evidentemente, el mundo digital se ve amenazado por delincuentes que se aprovechan del perfil anónimo de la red digital para perpetrar delitos que afectan a todos los niveles del proceso de digitalización, pueden ser robos de objetos de valor, robos de identidad, bloqueos de transacciones económicas, corrupción de los resultados electorales y todo tipo de delitos tradicionales.

Es importante presenciar cómo los delincuentes, que en cierta medida van por delante de la sociedad para evitar sus reglas y acciones punitivas, se han desplazado al mundo digital de manera substancial. Todavía existen los delitos tradicionales, y siempre existirán, pero su relevancia está claramente decreciendo en comparación con los delitos digitales. Los tradicionales robos de

<sup>2</sup> NACIONES UNIDAS. *Un camino digital para el desarrollo sostenible de América Latina y el Caribe*. Santiago: Naciones Unidas, 2022. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/a978ff0a-06bf-42ad-84d4-388c8ccef4/content>. Consultado el: 31 ago. 2023.

<sup>3</sup> SMEETS, Maarten (ed.). *Adapting to the digital trade era: challenges and opportunities*. Geneva: WTO, 2021. Disponible en: [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/adtera\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/adtera_e.pdf). Consultado el: 31 ago. 2023.

<sup>4</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: el papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*. Ginebra: OIT, 2021. Disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_823119.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_823119.pdf). Consultado el: 31 ago. 2023.

bancos prácticamente son residuales si los comparamos con los robos de divisas digitales, por ejemplo. A su vez, la protección de datos es fundamental para el buen funcionamiento del sistema y el uso de aplicaciones futuras, como la Inteligencia Artificial. La cantidad desbordante de datos que se necesitan para alimentar los algoritmos en los que se basa el funcionamiento de la Inteligencia Artificial, hacen que los propios datos se conviertan en un objeto de valor codiciado por los grandes agentes involucrados en el proceso de digitalización. Estas amenazas, entre otras, dificultan la implementación de la digitalización en nuestras sociedades, retrasando el proceso, pero de ninguna manera impidiéndolo. Por tanto, La Unión Europea y el Mercosur necesitan incorporar desde un primer momento elementos que garanticen la seguridad y que regulen el uso de Inteligencia Artificial. Así, se evitarán malas funciones posteriores del sistema que ralenticen la implementación de contactos, principalmente económicos, entre Europa y sus socios del Mercosur.

Dentro de esta visión global, vemos cómo las relaciones entre el Mercosur y la Unión Europea se pueden beneficiar de establecer unas relaciones económicas digitales fluidas, aunque ambas zonas necesitan incrementar su propio desarrollo digital interno de manera substancial para acceder a los numerosos beneficios, especialmente en el caso del Mercosur. La Unión Europea cuenta con un Mercado Único que armoniza las reglas para las transacciones económicas entre sus miembros eliminando la mayoría de los obstáculos al comercio, permitiendo todavía algún tipo de diferenciación nacional basada en premisas muy concretas como la protección de los consumidores o la protección del medio ambiente, u otras razones de peso. Las excepciones son una realidad, pero se ha restringido su impacto al mínimo, por lo cual se puede decir que uno de los mayores éxitos de la integración europea es su propio mercado, regulado por la propia Unión, y cuyos miembros carecen de la independencia necesaria para desobedecer las decisiones y reglas comunes. Pero la propia Unión, líder mundial en integración económica, no tiene un Mercado Común Digital en funcionamiento. La organización está trabajando en ello y se espera que pueda ser implementado en un futuro cercano, convirtiéndose en una realidad que acelere la integración en otras áreas y beneficie considerablemente tanto a consumidores como productores. La integración digital dentro del Mercosur es todavía menor, por lo que se requerirá un esfuerzo notable en los próximos años

en este sentido dentro de la organización americana, la que a diferencia de la Unión Europea aún no ha alcanzado un mercado único con reglas comunes en el mundo físico, por lo que los desafíos son aún mayores para este proceso de integración

Actualmente, somos coetáneos de las dificultades que existen entre la Unión Europea y el Mercosur para llegar a un acuerdo global en su relación que permita una fluidez en los intercambios comerciales entre ambas entidades y sus miembros. Los largos años de negociación desde sus primeros pasos en el año 2000, desembocaron en un acuerdo parcial en 2019, que aún no ha sido implementado en 2023 por el surgimiento de nuevos requerimientos y necesidades, como la relación entre la protección del medio ambiente y el comercio de productos agrícolas, que generan una discordia suficiente para bloquear el acuerdo. Asimismo, países del Mercosur, como Paraguay han dado un ultimátum para alcanzar un acuerdo para diciembre de 2023, tensando aún más la situación, y amenazando con una recalibración de los intereses exteriores del Mercosur de Europa hacia Asia, una región con la que se han profundizado notoriamente los vínculos en los últimas décadas. Las últimas reuniones entre los dos bloques adelantan dificultades para suscribir el acuerdo antes de la fecha mencionada, ya que a las diferencias en cuanto a los compromisos ambientales agregados por la Unión Europea, se le adicionan la revisión de algunos capítulos cerrados en 2019, lo que es reclamado por Brasil en las normas relacionadas con la propiedad intelectual y las compras públicas, mientras que Argentina reclama renegociar el capítulo de acceso para el sector automotor. Más allá de las voluntades políticas, desde el punto de vista técnico existen dificultades para cerrar las negociaciones en el corto plazo.

Es, por tanto, el momento adecuado para ser valientes e incluir aspectos digitales en los acuerdos entre Mercosur y la Unión Europea, motivo principal del dossier que aquí se presenta gracias a la labor de sus coordinadores académicos, David Ramiro Troitiño de lado europeo, e Ignacio Bartesaghi de lado americano, para combinar aportaciones académicas a tan relevante tema y que definitivamente ocuparán un papel central en la cooperación internacional entre los dos bloques en un futuro no muy lejano. Las transformaciones estructurales observadas en los avances tecnológicos y su impacto en los procesos de innovación y desarrollo, producción, comercio, inversiones y empleo, entre tantas otras variables, obligan a las partes a incorporar en su agenda

birregional los asuntos digitales, ya no solo como un capítulo adicional de las agendas entre los Estados regularmente incluidas en estos instrumentos, sino como un asunto que es transversal a todos los demás aspectos regulados. No se pretende con este ejercicio complejizar aún más los avances de las largas negociaciones entre los dos bloques ya descritas anteriormente, sino alertar sobre las oportunidades que existen entre las partes en incorporar específicamente una agenda de cooperación digital en la relación birregional la, que con el tiempo, podría transformarse en uno de los asuntos centrales en el desarrollo futuro del pilar de cooperación del Acuerdo de Asociación que aún está en negociación. Al respecto, el dossier se ocupa tanto de la visión europea, con la contribución de David Ramiro Troitiño y Tanel Kerikmae: *El Mercado de la Unión Europea, de analógico a digital. Retos para su interacción y disfrute en el marco Latinoamericano*, una investigación enfocada principalmente en obstáculos generalistas para la implementación de un mercado común digital en Europa y que, tangencialmente, explora las posibilidades de colaboración digital entre Mercosur y la UE. Dicho artículo se complementa con la visión americana dirigida por Natalia Melgar y Patricia Correa en su investigación sobre: *Estrategias digitales en el Mercosur: agendas digitales e implementación*. Una visión sobre el mismo proceso en distintos agentes y localizaciones, con resultados divergentes pero que finalmente tienen que fluir hacia un entendimiento común.

La importancia de las pymes dentro del proceso de digitalización y de un acuerdo marco entre Mercosur y la UE es fundamental para un desarrollo equilibrado de nuestras sociedades. Las grandes corporaciones no tienen problemas para adaptarse al desafío digital, ni para acceder de manera simultánea a los mercados estancos digitales del mundo. Pero las pymes carecen del músculo financiero y de la capacidad para conectarse digitalmente con mercados múltiples. Por tanto, un acuerdo marco entre Mercosur y la Unión Europea a nivel de comercio digital supondría grandes beneficios para un sector fundamental para mantener un equilibrio social y un crecimiento robusto y equilibrado. La *Digitalización de pymes en el Mercosur: el caso de Argentina y Uruguay*, investigación conducida por Adriana Bonomo-Odizzio, Catherine Krauss-Delorme, y Armando Borrero-Molina, aborda los retos que afrontan las pymes y da una visión adecuada de necesidades y prioridades.

Los asuntos agrícolas también son tratados en este dossier, porque pese a su esencia analógica, un enfoque

digital puede facilitar enormemente los trámites y permitir una mayor fluidez en el comercio que beneficie especialmente a los países del Mercosur, donde el sector agroindustrial juega un papel central en su economía y en su comercio con los países europeos. Vandana Singh y Mehak Rai Sethi han enfocado su trabajo en las herramientas digitales que puedan generar un acuerdo internacional que facilite las exportaciones agrarias de productos agrícolas genéricos de los países productores del Mercosur. Esta investigación supone un avance en un tema que como mencionamos anteriormente, está generando tensiones entre la Unión Europea y el Mercosur, e incluye propuestas para disminuirlas o directamente eliminarlas.

La inteligencia Artificial, uno de los tres pilares fundamentales en referencia a la implementación de unas relaciones digitales efectivas y fiables entre Mercosur y la UE, es un tema fundamental en este dossier, por lo cual dos investigadores analizan el tema desde perspectivas diferentes. Por un lado, Celso Outeda explora de manera general las nuevas posibilidades que la IA puede ofrecer a las relaciones entre Mercosur y la UE. Su visión es generalista, pero partiendo desde premisas europeas, que se ven adecuadamente complementadas con la visión más americanista desarrollada por Lutiana Valadares, que, en un ejercicio más humanista, desarrolla una investigación muy necesaria en torno a la relación existente entre la Inteligencia Artificial y los derechos humanos.

Finalmente, el dossier ofrece una visión más parcial enfocada en asuntos particulares de un Estado miembro del Mercosur, Uruguay, pero que suponen un paradigma relevante para todas las partes involucradas en las relaciones Mercosur-Unión Europea, y que pueden ser fácilmente extrapolables al marco común. Natalia Melgar y Natalia De María presentan una investigación *sobre La digitalización en la Facilitación del Comercio del Mercosur: el caso de la Ventanilla Única de Comercio Exterior en Uruguay*, que supone un hito para comprender la eficiencia del modelo digital frente al analógico y sus beneficios en la competitividad del sector de bienes, el que ya no puede separarse del digital.

A su vez, Natalia De María e Ignacio Bartesaghi, abordan la temática de la participación en el modelo digital y la problemática de generar guetos digitales con aquellos ciudadanos que no puedan acceder a los servicios digitales y sus beneficios inherentes. Toma como

referencia el caso de Uruguay con la *One Laptop Per Child* del investigador estadounidense Negroponte y cómo el programa adaptado a Uruguay tuvo resultados ya no solo en acortar la brecha digital entre los ciudadanos, sino en cambios estructurales en la educación, lo que tiene resultados concretos en la formación digital de las futuras generaciones que enfrentarán de mejor forma los desafíos asociados a la inteligencia artificial. El proceso de digitalización de la sociedad y de las relaciones económicas y sociales entre Mercosur y la Unión Europea tiene que prever que no todos los ciudadanos y agentes económicos podrán acceder al mismo. La investigación sobre la *Brecha digital y educación: una computadora por niño en Uruguay* aborda adecuadamente esta temática desde una perspectiva nacional, pero fácilmente aplicable a nivel internacional, a nivel de relaciones entre Mercosur y la Unión Europea.

En resumen, se trata de una visión global, con análisis específicos, sobre un proceso que transformará nuestras sociedades de manera significativa, dando paso a una nueva era en el proceso evolutivo de la humanidad. Naturalmente que los desafíos de esta interacción son enormes, ya que también dependen de los avances que estos dos bloques de referencia en sus respectivos continentes logren en su acuerdo de asociación aún en negociación. Ese acuerdo, que cuenta con tres pilares: económico - comercial, de cooperación y político, es el ámbito adecuado para establecer una hoja de ruta en el establecimiento de una agenda digital birregional. Tanto la Unión Europea, como el Mercosur, se beneficiarán enormemente si logran vincular sus intercambios económicos a un espacio común digital. Ambas entidades, y sus miembros, tendrán unos réditos económicos considerables y una posición de liderazgo en el comercio mundial, con los consiguientes beneficios. Por tanto, este dossier es una introducción a un tema que se convertirá crucial en el futuro cercano.



CRÔNICA

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Crônica a respeito das negociações do futuro Tratado sobre a conservação e o uso sustentável da biodiversidade marinha além da Jurisdição Nacional (BBNJ): destaques da 5ª ICG – segunda parte**

Carina Costa de Oliveira

Bárbara Mourão Sachett

Júlia Schütz Veiga

Luciana Fernandes Coelho

Paulo Henrique Reis de Oliveira

Ana Flávia Barros-Plataiu

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

## **Crônica a respeito das negociações do futuro Tratado sobre a conservação e o uso sustentável da biodiversidade marinha além da Jurisdição Nacional (BBNJ): destaques da 5ª ICG – segunda parte\***

Carina Costa de Oliveira\*\*

Bárbara Mourão Sachett\*\*\*

Júlia Schütz Veiga\*\*\*\*

Luciana Fernandes Coelho\*\*\*\*\*

Paulo Henrique Reis de Oliveira\*\*\*\*\*

Ana Flávia Barros-Platiau\*\*\*\*\*

Os artigos referidos nesse post/artigo seguem a numeração contida no Advanced, unedited, pending paragraph renumbering of the Agreement, 4 March 2023.

\*\* Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Colíder do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade (Gern-UnB). Advisor da delegação brasileira na 5.2 IGC BBNJ.  
Email: carina2318@gmail.com

\*\*\* Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Internacional. Pesquisadora do CEDMAR-USP. Advisor da delegação brasileira na 5ª IGC BBNJ.  
Email: barbara.sachett@usp.br

\*\*\*\* Doutoranda em Direito na NOVA School of Law, UNL e pesquisadora do CEDMAR-USP. Advisor da delegação brasileira na 5.2 IGC BBNJ.  
Email: julia.schutz@gmail.com

\*\*\*\*\* Doutoranda, WMU-Sasakawa Global Ocean Institute. Advisor da delegação brasileira na 5.2 IGC BBNJ e do Deep-Ocean Stewardship Initiative (DOSI).  
Email: lylscoelho20@gmail.com,

\*\*\*\*\* Mestrando em Direito Internacional e Comparado pela USP. Pesquisador do CEDMAR-USP. Advisor da delegação brasileira na 5.2 IGC BBNJ.  
Email: liveira.phro@gmail.com

\*\*\*\*\* Professora Associada do Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília. Diretora do Brasilia Research Centre da rede científica Earth System Governance. Advisor da delegação brasileira na 5.2 IGC BBNJ.  
Email: anaflaviaplatau@gmail.com

A segunda parte da quinta sessão da Conferência Intergovernamental (IGC) para a negociação do Tratado sobre a conservação e o uso sustentável da biodiversidade marinha, em áreas além da Jurisdição Nacional (BBNJ), foi realizada entre os dias 20 de fevereiro e 04 de março de 2023, na sede das Nações Unidas, em Nova York. A IGC-5.2 concluiu o texto final do documento no sábado à noite, após longas horas de negociação em formatos diferentes: plenárias, pequenos grupos, reuniões bilaterais entre Estados e/ou grupos, consultas com a Presidente e reunião em sala fechada com delegados e a Presidente. O Tratado regula os seguintes temas: recursos genéticos marinhos (MGRs da sigla em inglês) e repartição de benefícios (ABS, da sigla em inglês); ferramentas de gestão baseadas em área/medidas de manejo baseadas em áreas (ABMT, da sigla em inglês), incluindo áreas marinhas protegidas (MPAs, da sigla em inglês); avaliação de impactos ambientais (EIA da sigla em inglês); capacitação e transferência de tecnologias marinhas (CBTMT, da sigla em inglês); e assuntos transversais (CCIs, da sigla em inglês).

Os destaques da negociação podem ser sintetizados da seguinte forma: inclusão do Princípio do Patrimônio comum da humanidade no artigo, contendo os princípios gerais do tratado; estabelecimento de uma estrutura institucional competente para a gestão dos temas do tratado, como a Conferência das Partes e o Órgão Técnico-Científico (STB, da sigla em inglês); natureza jurídica voluntária ou mandatória das modalidades de CBTMT; relação entre o instrumento BBNJ e outros regimes jurídicos internacionais (sobretudo organizações de gestão de pesca); repartição de benefícios monetários nos casos de comercialização de produtos com MGRs; sistematização do uso de instrumentos baseados em área e do Estudo de Impacto Ambiental para a conservação e o uso sustentável do ambiente marinho; e reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e de comunidades locais nas ações de uso sustentável de recursos marinhos vivos em BBNJ.

Ao longo do processo negociador, de modo geral, o Brasil atuou em conjunto com o grupo regional denominado “Core Latin American Countries” (CLAM), composto por Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana e Uruguai. No tema de EIA, o Brasil se articulou com outros países como China, Estados Unidos e União Europeia, enquanto,

em relação ao tema de MGR, CBTMT o Brasil fez parte de uma importante articulação com o G77+China e desempenhou papel fundamental para a construção de pontes. Além de compartilhar interesses comuns, o CLAM ampliou o alcance das posições brasileiras e favoreceu as negociações juntamente a outros Estados e grupos — procedimento também adotado por outras regiões, que negociam em bloco como forma de fortalecer seus respectivos pleitos individuais. Entre os principais grupos negociadores, destacaram-se aqueles mais alinhados com o Brasil, como o G77/China, Grupo Africano, CARICOM (Comunidade do Caribe) e PSIDS (Pequenas Ilhas do Pacífico) de um lado; e de outro, a União Europeia, com interesses mais alinhados com os Estados Unidos, Reino Unido, Japão, Austrália e Nova Zelândia. Alguns países atuaram de maneira individual, com destaque para Rússia, China, Cingapura e Japão.

O preâmbulo expressa o equilíbrio entre posições por um lado mais conservacionistas e progressistas e, por outro lado, mais soberanistas e conservadoras. Ele evidencia tanto a abordagem ecossistêmica e a equidade, por meio da necessidade de tratamento diferenciado entre os Estados; bem como garante o respeito aos direitos soberanos dos Estados e às competências já estabelecidas para outras organizações internacionais. Destaca-se a conexão do tratado com outros regimes como o de mudanças climáticas.

Apresentam-se a seguir os principais destaques procedimentais e substanciais das negociações da seção 5.2 (1), com posterior indicação dos principais desafios para as próximas fases da implementação do tratado (2). A ordem dos tópicos abaixo é a mesma do texto adotado em 4 de março de 2023.

## **1 Destaques das negociações da 5ª IGC – Segunda Parte**

### **1.1 Temas transversais (Cross-Cutting Issues – CCI) – Parte I**

Os temas transversais estão previstos em diversas partes do tratado. A seguir apresentam-se os principais aspectos procedimentais e substanciais, aperfeiçoados ao longo da 5ª IGC – segunda parte. A Parte I contém

artigos com o seguinte conteúdo: uso dos termos, objetivo geral, aplicação, exceções, relação do tratado com outros quadros normativos e institucionais relevantes, princípios e abordagens (*approaches*), e cooperação internacional.

**Com relação às questões procedimentais**, cita-se o tema da relação do tratado BBNJ com outros quadros normativos e institucionais relevantes. Houve bastante debate sobre o tema, sobretudo diante da expectativa inicial do tratado trazer mais coerência e sinergia na governança dos oceanos. Houve sedimentação do entendimento de que o tratado BBNJ não pode prejudicar ou se sobrepor aos arranjos institucionais já existentes em diversos temas como pesca, navegação, exploração mineral. A obrigação de “not undermine” outros instrumentos e quadros institucionais em vigor está presente em diversas partes do tratado além do dispositivo transversal.

**Quanto às questões substanciais**, os termos, os princípios e a relação desse Tratado com os instrumentos existentes foram objeto de consolidação. As definições principais como medidas de manejo, baseadas em área, área marinha protegida, áreas além da Jurisdição Nacional (Alto-mar e Área), biotecnologia, tecnologia marinha, impactos cumulativos, estudo de impacto ambiental, recursos marinhos, entre outras, permaneceram no texto. Não permaneceu uma importante definição sobre o “strategic environmental assessment”. De modo geral, o CLAM se manifestou como grupo e se baseou nas definições já existentes no direito internacional.

No que tange aos princípios, houve consenso quanto aos princípios e abordagens já reconhecidos no direito internacional, como o Princípio do Poluidor-pagador. Decidiu-se, no dia 03 de março, pela inclusão do princípio do Patrimônio Comum da Humanidade no quinto artigo, com os princípios e abordagens, bem como o Princípio da Liberdade no alto-mar, sobretudo para a pesquisa científica. O artigo principiologicamente contém 14 princípios e abordagens. O grande impasse para a finalização do tratado foi a manutenção do Princípio de Patrimônio Comum da humanidade neste artigo, pois os países desenvolvidos queriam retirá-lo dessa parte para inseri-lo no preâmbulo. No item seguinte, aparece o Princípio da Liberdade de pesquisa marinha científica, em conjunto com outras liberdades do alto-mar. Essa previsão foi uma exigência dos Estados desenvolvidos. O terceiro princípio é o de equidade e repartição justa

de benefícios, contrariamente aos interesses de alguns Estados desenvolvidos. O quarto é a abordagem ou o Princípio da Precaução, que obteve apoio para a utilização da terminologia “princípio” especialmente da União Africana, dos PSIDs e da União Europeia. Do quinto ao sétimo princípio, houve significativa inovação na letra do texto adotado. O quinto trata da abordagem ecossistêmica (e), o sexto da abordagem integrada para a gestão do oceano (f) e o seguinte do reconhecimento do papel do oceano na regulação climática e da sua resiliência, bem como os efeitos adversos do clima no oceano (g). Os princípios (h) e (i) reconhecem a importância do conhecimento científico e do conhecimento tradicional, enquanto o princípio (j) reconhece os direitos dos Povos Indígenas e de comunidades locais nas ações de uso sustentável de recursos marinhos vivos em ABNJ. O princípio (k) trata de controle de poluição, criando eventuais elos com outros instrumentos internacionais cogentes, e com o futuro acordo sobre plásticos no mar. Finalmente, os princípios (l) e (m) reforçam o tratamento diferenciado para Estados que são pequenas ilhas em desenvolvimento (SIDs) e Estados menos desenvolvidos (LDCs), bem como Estados sem acesso ao mar. Uma vitória relevante foi o reconhecimento horizontal entre o conhecimento científico e o conhecimento tradicional, tema objeto de longo debate nas sessões anteriores, em que alguns Estados (sobretudo EUA e EU) preferiam separar a perspectiva do “the use of the best available science and scientific information” dos “relevant traditional knowledge of Indigenous Peoples and local communities”.

## 1.2 Parte II – Recursos Genéticos Marinhos (MGR)

A Parte II do Acordo BBNJ dispõem sobre MGRs, incluindo questões sobre o compartilhamento justo e equitativo de benefícios decorrentes do acesso e da utilização destes recursos. Este capítulo do acordo é composto por oito artigos (artigos 7, 8, 9, 10, 10 bis, 11, 11bis e 13) estruturados em disposições sobre (i) objetivos, (ii) escopo de sua aplicação, (iii) as atividades relativas a MGRs em áreas além da Jurisdição Nacional, (iv) o processo de notificação das atividades relativas a MGRs ao mecanismo de intermediação (em inglês, *clearing-house mechanism*), (v) o acesso e a utilização do conhecimento tradicional the povos indígenas e comunidade locais associado a MGRs em áreas além da Jurisdição Nacional,

(vi) o compartilhamento justo e equitativo de benefícios, (vii) o comitê de acesso e repartição de benefícios, e (viii) monitoramento e revisão.<sup>1</sup> Ademais, o arcabouço jurídico sobre MGRs no acordo é complementado por menções no preâmbulo, no artigo 1 (disposições gerais), no artigo 5 (princípios gerais e abordagens), no artigo 42 (objetivos relativos à capacitação e transferência de tecnologia marinha) e no Anexo II.

A título de contexto, a polarização de interesses entre os Estados desenvolvidos e em desenvolvimento foi muito aparente nas negociações relativas a esse tópico, a ponto de este ter sido considerado o elemento-chave para se acordar a adoção do acordo internacional. Diversas entidades da sociedade civil, a exemplo de acadêmicos, ONGs, *think tanks* e representantes de institutos de pesquisa, forneceram subsídios técnico, político e jurídico para as discussões. Cumpre ressaltar, ainda, a influência de deliberações que ocorrem em paralelo em outros foros que também abordam a repartição de benefícios decorrentes do acesso e uso de MGRs, notadamente o Tratado sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura, a Estrutura de Preparação para a Pandemia de Influenza e, sobretudo, a Convenção sobre Diversidade Biológica. Em relação a esse último foro, as decisões adotadas em sua última Conferência das Partes, ocorrida em dezembro de 2022, relativas ao uso de informação de sequência genética digital (DSI, sigla em inglês), foram significativamente influentes.

**Procedimentalmente**, as discussões do tópico foram facilitadas pela Delegada de Belize e ocorreram de duas formas: (i) *informal informals*, abertos também aos observadores; e (ii) pequenos grupos de trabalhos, abertos somente a delegados de Estados. Houve predominância de discussões em pequenos grupos de trabalho, além de extensivas negociações bilaterais. O Brasil exerceu um papel fundamental nas negociações desse tópico do acordo, pois grande parte da proposta do CLAM foi inspirada na legislação nacional sobre o acesso e a repartição de benefícios da utilização de MGRs em áreas sob Jurisdição Nacional.

**Nos aspectos substanciais**, merece especial destaque, em relação ao preâmbulo, o reconhecimento de que o compartilhamento justo e equitativo de benefícios

<sup>1</sup> Os artigos referidos neste post/artigo seguem a numeração contida no Advanced, unedited, pending paragraph renumbering of the Agreement, 4 March 2023.

oriundos do acesso e da utilização de MGRs e de DSI foram reconhecidos como uma contribuição para a pesquisa e inovação, bem como para o alcance do objetivo geral do acordo (estabelecido no artigo 2). Tal inclusão reflete uma grande conquista dos países em desenvolvimento, que, desde o início das negociações, frisaram a necessidade de o acordo refletir avanço tecnológico e científico — considerando-se que o desenvolvimento da pesquisa tem, crescentemente, fundamentando-se em informações e dados armazenados em formato digital.

Em relação ao dispositivo do acordo sobre a definição dos termos-chave (artigo 1º), observa-se significativa mudança quanto aos parâmetros estabelecidos durante a sessão anterior. Omitiu-se a referência a “derivativo”, a “dados e informações associados” e a “atividades relativas a MGRs de áreas além da Jurisdição Nacional”. Em contrapartida, foram mantidas as definições de (i) “biotecnologia”, (ii) “coleta *in situ*”, (iii) “recursos genéticos marinhos” e (iv) “utilização de recursos genéticos marinhos”. Destaca-se que a inclusão do termo “biotecnologia”, no escopo de utilização de MGRs, representou uma conquista dos países em desenvolvimento em virtude de algumas delegações de países desenvolvidos manifestarem-se, contrariamente, a qualquer menção ao termo.

No capítulo II em si, ressalta-se a importância da inclusão do termo DSI em seu título. Além da justa e equitativa repartição de benefícios, o capítulo também objetiva a capacitação de países em desenvolvimento para que possam exercer atividades concernentes aos MGRs e DSI em áreas além da Jurisdição Nacional, o fomento à pesquisa científica marinha e inovação tecnológica e o desenvolvimento e realização de transferência de tecnologia marinha. As atividades pesqueiras e militares foram excluídas do âmbito de aplicação do capítulo, condição muito importante para alguns países. Interessantemente, acordou-se em omitir o artigo 12, que versava sobre propriedade intelectual, pois entendeu-se que ele dava margem à criação de uma hierarquia entre o tratado BBNJ e os tratados sobre propriedade intelectual no âmbito da OMC e da OMPI.

O artigo 9 não sofreu relevantes modificações, exceto o reconhecimento de que atividades relacionadas com MGRs de ABNJ são de interesse de todos os Estados ou para o “benefício de toda a humanidade”. O artigo 10 tem importância central no capítulo, pois estabelece todos os passos da fase de notificação ao mecanismo de

intermediação das atividades referentes ao MGRs e DSI em ABNJ. A esse respeito, destaca-se o dever do notificante em apontar oportunidades de participação para países em desenvolvimento. A partir da notificação, o mecanismo de intermediação gerará um identificador único, nomeado no BBNJ como *batch identifier*. Isto foi uma das principais conquistas do Sul-Global.

Seguindo o posicionamento adotado em outros itens do pacote, Austrália, Canadá, Pacific SIDS e Noruega, com apoio do G77 e China, CARICOM e CLAM advogaram pelo reconhecimento de que a utilização de conhecimento tradicional de populações indígenas e comunidades locais, associada a MGRs, somente possa ocorrer mediante consentimento livre, prévio e informal.

A redação do artigo 11, que estabelece o mecanismo de partilha de benefícios monetários e não monetários, atende a muito dos argumentos levantados pelos países em desenvolvimento. Dentre os benefícios não monetários, destaca-se que o compartilhamento de informações científicas abertas deve ocorrer em conformidade com os princípios FAIR de governança de dados, incluindo a previsão de transferência de tecnologia marinha. As modalidades de benefícios monetários serão decididas pela COP e poderão incluir pagamentos por marcos, contribuições relacionadas à comercialização de produtos e uma taxa escalonada de pagamento.

Por sua vez, o artigo 11bis institui o comitê de acesso e partilha de benefícios, que visa realizar recomendações à COP. Tal comitê teve como inspiração o Acordo de Paris, o que demonstra uma interação vanguardista entre os tratados com vertente ambiental. No entanto, ressalta-se que esse organismo perdeu um pouco de força, pois em versões anteriores ele era proposto usando a terminologia “mechanism”.

Por fim, o artigo 13 foi bastante modificado desde o *further refreshed text*. Inicialmente, ele fazia referência à rastreabilidade dos acessos e usos de MGRs da ABNJ, ponto bastante contestado pelos países desenvolvidos. Após intensa disputa, os Estados convergiram em substituir o termo por “monitoramento”, o que permite algum nível de controle e acompanhamento do cumprimento das obrigações internacionais sem necessariamente realizar a rastreabilidade de todas as atividades.

### 1.3 Parte III – Medidas de manejo baseadas em áreas (ABMT), incluindo áreas marinhas protegidas (MPAs)

A Parte III contém artigos com o seguinte conteúdo: objetivos, área de aplicação, propostas, publicidade e revisão preliminar das propostas, consultas e análise das propostas, estabelecimento das medidas de manejo, tomada de decisão, medidas emergenciais, implementação, monitoramento e revisão. De modo geral, o conteúdo reflete questões procedimentais e substanciais.

**Com relação às questões procedimentais**, o texto aprovado possui diversos artigos dedicados à competência dos futuros órgãos que serão criados pelo Tratado. Nesse sentido, a Parte III está conectada às decisões sobre as competências, principalmente, da futura Conferência das Partes (COP), do Órgão Científico e Técnico e do Secretariado. A União Africana, os PSIDS, entre outros, defenderam a delegação de mais competências para esses órgãos, enquanto outros se manifestaram pela manutenção das decisões principais relacionadas ao instrumento aos Estados-Partes. Houve resistência de alguns Estados, com destaque para a China, a respeito do conteúdo das competências da COP quanto: i) à criação das ABMPs; ii) à sua relação com organizações existentes; iii) ao monitoramento e à revisão das ABMPs propostas pelos Estados.

Com relação às competências, cabe ao Secretariado receber a proposta, dar publicidade, e transmiti-la ao STB para uma revisão preliminar com relação aos critérios estabelecidos para a proposta de uma ABMT. O estabelecimento da área é feito pela Conferência das partes, tendo como base a proposta revisada e o *draft* do plano de manejo. As decisões sobre o tema devem ser feitas por consenso. A decisão de que há ou não consenso deve ser tomada por 2/3 dos presentes votantes. Quando não houver consenso, as decisões sobre o estabelecimento das ABMTs devem ser tomadas por 3/4 dos Estados-Partes presentes e votantes.

Houve uma preocupação central quanto à conexão do instrumento com o quadro institucional e normativo já existente (com outras organizações, instrumentos, tratados, assim como áreas sob a Jurisdição Nacional), no sentido do que já foi apresentado no artigo incluído na Parte Geral do Tratado. A perspectiva soberanista se evidenciou, entre outros, no dispositivo que trata da área de aplicação da parte, pois as medidas de manejo

não podem incluir nenhuma área sob Jurisdição Nacional e não podem prejudicar áreas de conflito ou áreas de direitos soberanos. A sugestão de previsão de “*opt-outs*” para possibilitar objeções à criação de ABMTs por motivos específicos, sugerida em sessões anteriores por alguns países como a Noruega, China, Argentina, permaneceu no texto final. Neste está previsto que, após 120 dias da decisão de estabelecimento da ABMT, qualquer parte pode notificar por escrito o Secretariado a fim de realizar uma objeção à proposta. Esta deve ser feita com base em critérios estabelecidos pelo tratado. Os critérios de objeção foram debatidos, exaustivamente, ao longo da seção 5.2, com evidente oposição entre os países que queriam que ela fosse dificultada por meio de critérios restritivos, enquanto outros países como a China queriam que esses critérios não fossem estabelecidos. O texto permaneceu com critérios amplos, o que permitiu acomodar diversos interesses dos Estados envolvidos.

Destaca-se a ênfase à necessidade de cooperação e de consulta, por meio de instrumentos como o de notificação, a todos os Estados e organizações internacionais interessados na área, além da Jurisdição Nacional objeto de manejo. Houve previsão, ainda, da participação da sociedade civil, da comunidade científica, do setor privado, dos Povos Indígenas e comunidades locais no desenvolvimento das propostas.

O tratado, também, prevê o processo de monitoramento e de revisão, processo esse que deve ser objeto de relatórios à COP e de atuação revisional do STB, com acompanhamento por meio de outros arranjos institucionais competentes. A Conferência das Partes pode recomendar emendas, alterações e, inclusive, a finalização das ABMTs com base na melhor ciência disponível e relevante conhecimento tradicional dos Povos Indígenas e comunidades locais.

**Quanto às questões substanciais**, houve concordância com a maioria dos objetivos relacionados em sua maioria com a abordagem ecossistêmica de conectividade entre as áreas de significativo valor ecológico. Houve destaque, ainda, a respeito da relação das medidas com objetivos socioeconômicos e culturais, e à necessidade de tratamento diferenciado aos países menos desenvolvidos e outros Estados com características específicas como os Estados sem litoral.

Dúvidas deixadas pela seção 5.1 foram sanadas, a exemplo do conteúdo das propostas de criação das ABMTs. Elas devem se basear na melhor ciência dispo-

nível e no conhecimento tradicional relevante dos Povos Indígenas e das comunidades locais com base nas abordagens precautória e ecossistêmica. Os elementos da proposta e os critérios de identificação da área estão previstos no texto do tratado e no Anexo 1.

O tema das medidas emergenciais que podem ser adotadas pela Conferência das Partes, proposta inicialmente na seção 5.1 pela Nova Zelândia, foi mantido no texto. As medidas poderão ser adotadas quando houver um sério e irreversível dano. A tomada de decisão deve ocorrer com base em consultas com todos os arranjos institucionais existentes, bem como com base na melhor ciência conhecida e relevante conhecimento dos Povos Indígenas e comunidades locais. Essas medidas são temporárias e devem terminar em dois anos após a sua adoção, podendo ser substituídas por ABMT's.

#### 1.4 Parte IV – Avaliações de Impacto Ambiental – Environmental Impact Assessments (EIAs)

A parte IV, dedicada às Avaliações de Impacto Ambiental, cuja sigla em inglês é *EIA* (*Environmental Impact Assessments*), contém artigos que tratam dos objetivos; situações na qual a realização do EIA é obrigatória; além da relação entre o Tratado e outros instrumentos relevantes.

O processo para a realização do EIA, bem como sua publicação, notificação e consulta ao Comitê Técnico Científico e demais interessados, juntamente ao monitoramento dos impactos das atividades autorizadas, funções dos órgãos competentes e as avaliações estratégicas de impacto encerram o conteúdo de uma parte que, de modo geral, reflete questões procedimentais e substanciais de modo muito próximo.

Na segunda parte da 5ª ICG, avanços e retrocessos marcaram os processos de negociação ao longo das duas semanas. Especialmente as manifestações dos países que não integram o hemisfério norte demonstram como a ausência de conceitos nacionais uniformes acerca de avaliações de impacto ambiental trouxe maior complexidade à discussão.

A solução encontrada para tanto **transformou uma questão substancial em procedimental**: o artigo 22 prevê que os EIAs podem ser realizados conforme os procedimentos nacionais, consolidando, então, um regime de múltiplos procedimentos para realização das

avaliações, o que não necessariamente esvazia a importância como alguns Estados e grupos previam.

Todavia, para a aplicação devida do Direito Internacional, amplia-se a importância de compatibilização de mecanismos nacionais, regionais e internacionais com o Tratado que se concluiu e as linhas gerais, substanciais e procedimentais, estão previstas no artigo 23, o qual foi concluído de forma a garantir que, na eminência de padrões diferentes aplicáveis ao mesmo contexto, deve prevalecer o com maiores exigências.

**As questões substanciais** sofreram alguns ajustes em relação à primeira parte da 5ª. IGC. A principal divergência restou resolvida e, para tanto, exigiu das discussões o tempo compatível com sua importância: relembra-se que era uma discussão central se o EIA, na forma do BBNJ, deveria ser aplicável às atividades realizadas em áreas jurisdicionais que causassem impactos em áreas além da Jurisdição Nacional ou apenas nas áreas além da Jurisdição Nacional.

Nesse sentido, o artigo 22 fixou que o EIA deve ser realizado para as atividades sob jurisdição ou controle do Estado realizadas em áreas além da Jurisdição Nacional, o que reduz, consideravelmente, a aplicação substancial dessa parte. Fixou-se, também, que o EIA será aplicado às atividades planejadas e não apenas às propostas. Talvez, as palavras isoladas não sejam suficientes para expressar que o intuito foi restringir a aplicação a atividades dotadas de algum planejamento técnico e não meramente propostas.

As possibilidades de um Comitê Técnico Científico com poderes para paralisar ou vetar atividades foram eliminadas por completo, constituindo-se um comitê responsável por análises e envio de recomendações que devem ser levadas em consideração pelos Estados preponentes, demonstrando, também, como, em relação ao procedimento, alguns pontos que estavam controvertidos nas últimas reuniões puderam ser sanados. As partes também poderão provocar o Comitê Técnico Científico para que as auxilie na realização das avaliações impostas.

Como asseverado, ao prever que os EIAs pudessem ser realizados de acordo com as legislações nacionais, tomou espaço nas discussões meios de compatibilizar diferentes metodologias nacionais. Caberia a aplicação de *standards* ou *guidelines*? Os posicionamentos nesse sentido foram diversos e, na impossibilidade de consenso até o fim das discussões, optou-se por procedimentali-



zar a questão de forma a transferir essa resolução para o Comitê Técnico Científico que deverá elaborar *standards* ou *guidelines*, o que merece atenção e acompanhamento, pois poderá representar uma importante mudança de paradigma no contexto dos EIAs conduzidos junto às Organizações Internacionais.

Acerca dos limites e fatores a serem considerados para realização de EIA, até a primeira parte da IGC, havia três propostas de artigo sendo as principais características: i) o EIA será necessário quando uma atividade possa ter impactos no ambiente marinho, sendo dispensado em caso de efeitos transitórios; ii) O EIA será necessário quando uma parte tiver motivos razoáveis para crer que a atividade pode ter efeitos, inclusive transitórios, no meio ambiente marinho ou causar poluição e prejuízos substanciais ao meio ambiente marinho; iii) o EIA será necessário quando houver motivos razoáveis para crer que as atividades possam causar impactos ao meio ambiente marinho.

A solução foi endereçada da seguinte forma: para as atividades planejadas que possam ter impactos que não sejam menores ou transitórios devem ser realizados *screenings* para definição da necessidade de condução de EIAs.

Os Estados que, ainda, divergem acerca do impacto dos conhecimentos tradicionais das comunidades locais e dos Povos Indígenas no escopo do EIA concordaram com a manutenção do trecho e ficou definido que o termo “Povos Indígenas” seria destacado com letras maiúsculas.

Outro ponto muito relevante, cuja manutenção no acordo restou ameaçada diversas vezes, refere-se ao fato de que as partes devem considerar os impactos econômicos, sociais, culturais e também os relacionados à saúde humana. A manutenção desse trecho, responsável por definir as linhas gerais do procedimento do EIA, representa uma visão sistêmica de meio ambiente e desenvolvimento sustentável, articulada com temas como os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

O acordo, também, foi finalizado de modo a garantir oportunidades de participação pública e a publicidade dos estudos, o que representa um aspecto fundamental para sua implementação e exigibilidade pelos diversos *stakeholders*, os quais restaram exemplificados, mas não definidos em rol taxativo, superando as discussões da primeira parte da IGC e garantindo o envolvimento das

diversas camadas da sociedade ao patrimônio comum da humanidade e sua exploração.

A maior divergência dessa parte foi sobre o processo de decisão da realização ou não da atividade, existindo duas propostas: i) caberá ao Estado Parte definir a realização; ii) caberá à Conferência das Partes autorizar a realização de atividades, seguindo um estruturado procedimento de análise. Restou definido que a decisão caberá ao Estado Parte que tem jurisdição ou controle sobre a realização da atividade, o que, para alguns Estados insulares, representou um enfraquecimento do acordo.

Em síntese, a 2ª parte da 5ª IGC sem dúvidas foi a mais intensa para essa parte do acordo. Alguns artigos evoluíram e retrocediam diariamente, mas ao fim, mesmo que diante de algumas limitações, restou aprovado um mecanismo arrojado, com diversas oportunidades de participação popular e, mais importante, possibilidade de evolução. Além do mecanismo de alteração da convenção em si, o que pode ser complexo e demorado, houve a previsão de elaboração futura de *standards* ou *guidelines*, demonstrando a crescente importância desses mecanismos na sociedade internacional, a exemplo do que tem sido objeto de regulação no âmbito da Autoridade Internacional para os Fundos Marinhos (ISA).

## 1.5 Parte V – Capacitação e Transferência de Tecnologias Marinhas (CB&TMT)

A Parte V do Acordo BBNJ dedica-se aos tópicos de “capacity-building and transfer of marine technology” (CB&TMT, da sigla em inglês) e contém sete artigos e um anexo (Anexo II).<sup>1</sup> Este capítulo e o Anexo II do Tratado estabelecem (i) objetivos do capítulo, (ii) fundamentos para cooperação, (iii) modalidades e tipos (com a inclusão de um rol exemplificativo não exaustivo de atividades), (iv) questões sobre monitoramento e revisão e (v) comitê de CB&TMT.

De forma muito semelhante ao ocorrido durante as negociações da Parte XIV (sobre transferência de tecnologia marinha) da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS), as discussões desse item do pacote também foram pautadas por forte divisão entre os Estados desenvolvidos e em desenvolvimento. Por exemplo, diversos países desenvolvidos sustentaram a inviabilidade de compelir empresas privadas a respeitarem certas práticas (ou regras). Além disso, houve exaustivo debate envolvendo a necessidade

ou os parâmetros e limites relacionados aos direitos de propriedade intelectual. As discussões, também, permearam a definição de “tecnologia marinha”, que foi alterada de modo incluir “biotecnologia” e *inter alia* no rol exemplificativo de tecnologias objeto do tratado. Por fim, destaca-se que este foi o primeiro item do pacote a ser fechado durante a sessão.

**Procedimentalmente**, as discussões do tópico foram facilitadas, nesta sessão, pela Delegada de El Salvador, e ocorreram de duas formas: (i) *informal informals*, abertos também aos observadores; e (ii) pequenos grupos de trabalhos, abertos somente a delegados de Estados. O Brasil manteve-se alinhado com as posições defendidas pelo CLAM, que foram sustentadas pela Representante da Delegação da Colômbia, e submeteu uma proposta conjunta com o CARICOM. Diversas vezes, o Brasil assumiu posições do Grupo G77/China. As participações das Delegações da Palestina, Indonésia, Vietnã, Bangladesh e Santa Lucia (em nome do CARICOM) merecem destaque no bloco de países em desenvolvimento. Entre os países desenvolvidos, houve intensa participação da Suíça, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia e União Europeia, e em menor grau do Reino Unido, Noruega e Canadá.

**Em termos substanciais**, a linguagem utilizada na Part V foi influenciada pela de outros tratados, notadamente, a Part XIV da UNCLOS, CBD, UNFCCC, Acordo de Paris, Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura e TRIPS. Os objetivos específicos dessa parte do acordo sofreram poucas alterações em relação ao texto *further refreshed* circulado no início da conferência (resultado da IGC5 em agosto de 2022). Merecem destaque a concordância entre os países de que CB&TMT deve ser destinada aos países em desenvolvimento. O dispositivo sobre cooperação também não sofreu mudanças substanciais.

Em contrapartida, houve profundo dissenso em relação aos artigos sobre modalidades de CB&TMT e modalidades adicionais de transferência de tecnologia. Após extensas negociações, houve a manutenção da expressão “dentro de suas capacidades” como uma condicionante e foi estabelecida a distinção de linguagem relativa às obrigações de realizar capacitação e a de transferir tecnologia marinha. Dessa feita, adotou-se uma forma vinculante à obrigação de realizar capacitação (“shall ensure”), enquanto a obrigação de transferir

tecnologia marinha ganhou a roupagem de obrigação de cooperar (“shall cooperate to achieve”). Ainda em relação ao mesmo parágrafo, foi acordado omitir a referência à biotecnologia no dispositivo como *trade-off* por sua inclusão na definição de “tecnologia marinha”. Isso revelou-se como uma vitória significativa para os países em desenvolvimento, pois alguns países desenvolvidos informaram que não classificavam “biotecnologia” como tecnologia marinha. Em relação ao artigo 44(2), os países em desenvolvimento lograram modificar a redação para não condicionar CB&TMT às políticas, prioridades, planos e programas nacionais.

O parágrafo 1 do artigo 45 decorreu de uma proposta de um país em desenvolvimento, baseado no Acordo de Paris, objetivando lançar uma visão a longo prazo sobre a importância de se concretizar a transferência de tecnologia. A redação do artigo 45(2) foi objeto de intensos debates, pois a linguagem proposta pelos países desenvolvidos mesclava partes de dispositivos similares de outros tratados de modo a enfraquecer seus efeitos. Algumas propostas buscavam separar os tipos de tecnologia que poderiam ser transferidos em “termos justos e mais favoráveis”, daqueles que deveriam obedecer a um regime de termos mutuamente acordados, utilizando linguagem de direitos de propriedade intelectual. Ao final, acordou-se em justapor os “termos justos e mais favoráveis” e “mutuamente acordados”. Os parágrafos 3 e 5 não sofreram alterações substanciais. Em contrapartida, no parágrafo 4, equilibraram-se os direitos entre os detentores fornecedores e destinatários da tecnologia e os interesses e necessidades dos países em desenvolvimento.

O artigo 46 sofreu mudança pelo fato de ter incluído a expressão “gestão financeira” no rol exemplificativo dos tipos de capacitação a serem promovidas. Na reunião passada, em agosto de 2022, a proposta conjunta dos grupos regionais CLAM e CARICOM de criação do Comitê de CB&TMT foi aceita. O artigo 47 estabelece as funções do mesmo que envolvem monitoramento, revisão e realizar recomendações à COP. Conforme defendido pelo CLAM, o dispositivo, também, prevê a possibilidade de mobilizar recursos do mecanismo financeiro (artigo 52) para CB&TMT, consubstanciando uma garantia para eficaz implementação da Parte V. Também em consonância com a proposta do CLAM, o artigo 47bis inclui um prazo para definição dos termos de referência e de modalidades de CB&TMT (a primeira COP).

No Anexo II, foi compatibilizada a linguagem com a Parte II do acordo e acordou-se em incluir o compartilhamento de informações sobre mudanças climáticas e a desoxigenação entre o rol de atividades consideradas CB&TMT, de modo a fortalecer a conexão entre os instrumentos de governança dos oceanos e do clima. Ressaltou-se, ainda, a importância da inclusão de capacitação, desenvolvimento e transferência de tecnologia no preâmbulo do Tratado.

### 1.6 Temas transversais (*Cross-Cutting Issues* – CCI) – Parte VI à Parte XII

Os arranjos institucionais fazem parte dos temas transversais do pacote de negociação, e são essenciais para a sua estruturação. Estão previstos na Parte VI do acordo e preveem o estabelecimento dos seguintes órgãos:

- a) a Conferência das Partes (COP), que deverá se reunir em até um ano após a entrada em vigor do tratado. Houve divergências quanto ao quórum para a adoção de um orçamento para a COP. Discutiu-se que ele deveria ser adotado por consenso, mas caso ele não seja atingido, será adotado o quórum de maioria de três quartos das Partes presentes e votantes;
- b) o Órgão Técnico Científico (STB), que tem a função de fornecer assessoria científica e técnica à COP, deverá ser formado por membros nomeados pelas Partes e eleitos pela COP. Considerando a necessidade da aplicação de especialização multidisciplinar, o Tratado estabelece que se deve considerar o conhecimento de Povos Indígenas e comunidades locais, o equilíbrio de gênero e a representação geográfica equitativa na sua formação. Em relação à instituição do órgão em questão, deve-se mencionar que a Rússia foi contra, alegando que a criação de novas estruturas poderia enfraquecer os objetivos gerais do Acordo, assim, suas funções deveriam ser exercidas pela COP.
- c) O Secretariado deve fornecer apoio administrativo e logístico à Conferência das Partes e seus órgãos subsidiários para fins de implementação do Acordo, organizar e

secretariar as reuniões da Conferência das Partes e de quaisquer outros órgãos que possam ser estabelecidos pelo acordo ou por ela, além de compartilhar informações relacionadas à implementação do Acordo. Uma das principais controvérsias durante as negociações foi a divergência quanto ao estabelecimento de um órgão próprio, sediado em algum dos Estados-Partes, ou o aproveitamento da estrutura da Secretaria – Geral das Nações Unidas, por meio da *Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea of the Office of Legal Affairs of the United Nations Secretariat* (DOALOS). Assim, decidiu-se que, enquanto as atividades do novo órgão não se iniciam, a DOALOS exercerá essa função. Ainda sobre o Secretariado, durante as negociações, o Chile compartilhou um *non-paper*, com o objetivo de apresentar argumentos para sediá-lo. Também é importante ressaltar que a Rússia se manifestou no sentido que o Secretariado não deveria ter *status* de organização internacional.

- d) Também está previsto na Parte VI, o “Clearing-house mechanism,” que consistirá, primordialmente, em uma plataforma de acesso aberto com a finalidade de garantir o amplo acesso às informações relacionadas ao tratado. Nesse sentido, as modalidades específicas para a operação do mecanismo de intermediação de informações serão determinadas pela Conferência das Partes. Ainda sobre o “Clearing-house mechanism”, houve a ênfase na iniciativa do estabelecimento de cooperação internacional ampla, na medida em que a redação do texto final contemplou a inclusão de não apenas a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (ISBA), e a Organização Marítima Internacional (OMI), como também demais instrumentos, estruturas legais e organizações globais e regionais (*regional economic integration organizations*) relevantes.

Os Estados se manifestaram no sentido da delimitação da competência dos arranjos mencionados. Os países em desenvolvimento, de modo geral, sustentaram a

previsão de mais competências a esses órgãos. Houve diferença nas manifestações sobre o tema no que concerne à EIA, às ABMTs e aos outros tópicos.

Ainda sob a perspectiva de **questões procedimentais**, a Parte VII estabelece um mecanismo financeiro, com a previsão de suas fontes. Elemento crucial do Tratado, e objeto de intensos debates durante as negociações, conforme o texto do Tratado, o mecanismo financeiro auxiliará os Estados-Partes em desenvolvimento na sua implementação, incluindo o financiamento para apoiar a capacitação e a transferência de tecnologia marinha, bem como para a realização de outras funções relativas à conservação e ao uso sustentável da diversidade biológica marinha.

O mecanismo deve ser formado, entre outros, pelo *Global Environment Facility trust fund*, e por um fundo especial estabelecido pela COP, com a finalidade de facilitar a participação de representantes dos Estados-Partes em desenvolvimento, especialmente os países menos desenvolvidos (LDC da sigla em inglês), os países em desenvolvimento sem litoral (*landlocked*) e os pequenos Estados insulares em desenvolvimento (SIDS, da sigla em inglês). Nesse sentido, durante as negociações, foi sugerida pela China a exclusão do termo “voluntário” do texto do acordo, e na sequência, o Japão se manifestou no sentido da manutenção do termo, o que se concretizou na versão final.

O mecanismo de provisão de recursos será operado sob a autoridade da Conferência das Partes, a qual definirá as estratégias e prioridades, bem como critérios de elegibilidade, além da revisão periódica. Desde já, resta estabelecido que os procedimentos serão simplificados para atender com prontidão Estados em desenvolvimento. Será estabelecido um grupo de trabalho sobre os recursos financeiros para elaborar relatórios periódicos e recomendações.

A Parte VIII prevê disposições sobre implementação e compliance, assim, o Tratado estabelece que cada Parte deverá monitorar a implementação de suas obrigações relativas a ele, e deverá, em intervalos e em um formato a ser determinado pela Conferência das Partes, relatar a ela as medidas que tomou para implementação. Nesse sentido, durante as negociações, a Rússia argumentou que as leis internas de determinados países preveem mecanismos mais simplificados para a implementação de acordos internacionais, e por conseguinte, não

seria necessária a inserção desse dispositivo, entretanto, não se opôs à manutenção dele.

O Tratado, também, prevê o Comitê de Implementação e Compliance, que será composto por membros indicados pelas Partes e eleitos pela Conferência das Partes. O texto do Acordo frisa seu caráter facilitador, seu funcionamento transparente, não contencioso, e não punitivo.

A Parte IX dispõe sobre o sistema de solução de controvérsias e opiniões consultivas. Há previsão sobre a solução de um conflito de natureza técnica, assim, as Partes podem submeter o litígio a um painel *ad hoc* de peritos por elas estabelecido. O painel consultará as Partes envolvidas e se esforçará para resolver a disputa rapidamente, sem recorrer a procedimentos vinculativos para a solução de controvérsias nos termos das disposições sobre a solução de disputas previstas no Acordo.

Especificamente em relação aos procedimentos aplicáveis à solução de disputas, a versão contida no *Further refresh text*, finalizada na parte 1 da Conferência, em agosto de 2022, previa duas opções de redação para o artigo 55: a Opção I, com referência à Parte XV da UNCLOS, aplicando-se o artigo 287 da UNCLOS, a não ser que a Parte, ao assinar, ratifique o acordo, ou, em qualquer outro momento posterior, aceite outro procedimento, de acordo com o artigo 287; e a Opção II, que previa um sistema exclusivo, ainda que com a aplicação de alguns dispositivos da UNCLOS.

Durante as negociações, em que pese a opção I ser a majoritária entre as delegações, houve intenso debate e sugestões de nova redação aos artigos sobre a matéria. O CLAM apoiou a opção I, entretanto, sugeriu nova redação para o parágrafo 1, o que foi apoiado pelos Estados Unidos, Filipinas e PSIDS, os quais também se manifestaram, favoravelmente, à opção 1. Por outro lado, Egito e China apoiaram a opção II e a Arábia Saudita não se mostrou favorável a nenhuma delas. Ainda nesse sentido, a Rússia propôs a aplicação das disposições do artigo 30 do Acordo para Implementação das Disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10 de dezembro de 1982 sobre a Conservação e Ordenamento de Populações de Peixes Transzonais e de Populações de Peixes Altamente Migratórios, que trata da solução de controvérsias.

Ao fim, houve consenso na adoção da opção I com a incorporação de diversas sugestões de alteração do seu texto pelas delegações. A respeito das opiniões con-

sultivas, suas disposições foram transferidas para o artigo 48 (6), no âmbito das competências da Conferência das Partes.

Destaca-se que houve um debate intenso, oportunamente apresentado pelo Brasil, com relação ao “super” direito de voto atribuído às Integrações Econômicas Regionais (notadamente à União Europeia) no artigo 58 da versão ainda não atualizada do Tratado. O Brasil questionou o direito previsto nesse tratado que confere o direito de um representante da Integração votar em nome de todos os Estados Membros, o que, no caso da União Europeia, perfaz o total de 27 votos. O artigo foi objeto de “barganha” com os Europeus e permaneceu no texto em razão de outras concessões dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento. Ressalta-se que o texto do artigo é bastante recorrente em diversos tratados ambientais, mas tem sido contestado em outros arranjos institucionais.

## 2 Desafios para os próximos passos

O conteúdo do tratado foi finalizado na 5.2 IGC, mas ainda não foi adotado em razão da necessidade de tradução nas línguas oficiais da ONU. Após a assinatura das futuras Partes, será necessário aguardar 120 dias da 60ª ratificação para que o tratado entre em vigor no âmbito internacional. Para tanto, destacam-se abaixo os desafios nacionais e internacionais para a implementação do tratado.

No âmbito nacional, destaca-se a necessidade de ampliar o debate na sociedade a fim de garantir um processo pacífico de internalização do tratado. Os poderes executivo e legislativo serão centrais no processo.

No âmbito internacional, após ratificação, ainda permanecerão diversas dúvidas que serão sanadas em médio e longo prazo. Entre elas, podem ser citadas: a interpretação do Princípio do Patrimônio Comum da Humanidade, a compatibilização entre o conhecimento científico e o conhecimento tradicional, o financiamento e sobretudo a sinergia entre os Órgãos criados e as organizações já existentes.

Com relação ao Princípio do Patrimônio Comum da Humanidade, haverá necessidade de trabalho árduo de interpretação do texto no sentido de que o princípio deverá estar em conformidade com o que está estabele-

cido na UNCLOS, porém não se limitará aos recursos minerais marinhos. No item seguinte do artigo sobre princípios e abordagens, aparece o Princípio da Liberdade de pesquisa marinha científica, em conjunto com outras liberdades do alto-mar. Essa previsão foi uma exigência dos Estados desenvolvidos. Haverá um grande desafio relativo à interpretação conjunta dos dois dispositivos.

Após quase dois dias de negociações ininterruptas, a menção ao Princípio do Patrimônio comum da humanidade (CHH, sigla em inglês), no artigo 1º do Tratado, foi o grande ponto final de inflexão entre os países, quase obstando a conclusão dos trabalhos. Desde o início das negociações, os países em desenvolvimento posicionam-se fortemente favoráveis à inclusão do princípio no tratado BBNJ, argumentando que a ABNJ engloba a Área — onde há consenso sobre a aplicação do princípio do CHH — e atentos à existência de interpretações doutrinárias defendendo que os recursos genéticos marinhos em ABNJ também estariam sob a égide do patrimônio comum. Considerando as consequências que tais interpretações expansivas poderiam ocasionar, os países desenvolvidos rechaçavam qualquer menção ao mesmo no tratado, chegando a questionar seu status jurídico enquanto Princípio de Direito Internacional em sessões passadas. No início da IGC5, os países desenvolvidos adotaram uma postura mais amena a esse respeito e admitiram incluir o princípio do CHH caso acompanhado do princípio da liberdade. Tal dissenso arrastou-se até a tarde de sábado 04 de março, quando a delegação brasileira em conjunto com Caricom logrou alcançar um texto intermediário, com referência aos dois princípios, porém atribuindo maior ênfase e abertura interpretativa ao princípio do CHH.

Uma vitória relevante do tratado foi o reconhecimento horizontal entre o conhecimento científico e o conhecimento tradicional, tema objeto de longo debate nas sessões anteriores no qual alguns Estados (sobretudo EUA e EU) preferiam separar a perspectiva do “the use of the best available science and scientific information” dos “relevant traditional knowledge of Indigenous Peoples and local communities”. Porém, a conexão entre esses dois conhecimentos, ainda, é escassa e bastante complexa de ser implementada.

É de bom alvitre destacar, também, que houve diferentes anúncios de aporte financeiros para contribuir para a futura implementação do Tratado. Enquanto a

delegação da UE prometeu 40 milhões de euros para incentivar o fechamento do consenso, outros Estados responderam que a soma estava muito aquém do necessário, especialmente em comparação aos benefícios estimados das riquezas que são extraídas do mar atualmente. Além disso, foi realizada a *Our Ocean Conference* (OOC) concomitantemente no Panamá (2 e 3 de março de 2023), o que gerou alguma consternação em nova Iorque. A USAID, na ocasião, anunciou o início e a expansão de 12 programas, totalizando 84 milhões de dólares<sup>2</sup>. Há, portanto, um grande desafio no financiamento dos temas objeto do tratado.

Há dúvidas, ainda, com relação à possibilidade de maior coerência e sinergia na governança dos oceanos considerando um esvaziamento nas competências dos órgãos criados pelo tratado quando comparadas às competências previstas em versões anteriores do draft do tratado. Essa coerência somente poderá ser verificada no futuro após início de atuação dos órgãos criados.

### 3 Considerações finais

A segunda parte 5ª IGC-BBNJ teve início seis meses depois da 5ª IGC-BBNJ e foi baseada no de texto em negociação (“further refreshed draft text”) de 26 de agosto. Apesar da quantidade de colchetes e alternativas de texto terem sido reduzidos na primeira semana de negociação, o otimismo com a conclusão do texto foi fortemente abalado durante a segunda semana. Foram necessárias iniciativas por parte da Presidente Rena Lee, como as sessões informais, pequenos grupos de trabalho, reuniões com a Presidente e incentivo a conversas bilaterais para o avanço das negociações.

Não se devem esquecer as repercussões das negociações em relação a 15ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), realizada em Montreal, de 3 a 19 de dezembro de 2022, sobre as negociações do instrumento BBNJ, considerando-se a complementaridade dos temas tratados em ambos os foros. Outro regime internacional que teve influência na redação do texto foi o regime de mudança global do clima. Além das conexões entre o oceano e o clima, a arquitetura institucional do futuro Tratado BBNJ foi

muito inspirada no regime do clima. As COPs, o Secretariado, o STB, o *Clearing House Mechanism*, bem como os meios de implementação, são todos comparáveis ao arranjo do regime climático. Igualmente, as diversas atuações de grupos correspondem, em larga medida, à tradicional clivagem Norte-Sul, agrupando interesses de países desenvolvidos de um lado, em oposição aos países em desenvolvimento. Entretanto, houve diversos arranjos que não permitem uma simplificação em apenas dois grandes grupos. Em alguns momentos, o Brasil serviu de “ponte” entre os dois grandes grupos, principalmente para a construção de um grande pacote, criado ao final da segunda semana. No decorrer das seis sessões de negociação BBNJ, foram criados grupos específicos ao tema, que podem ser alianças efêmeras, ou podem permanecer para os futuros desdobramentos, como o CLAM. Merece destaque o fato de que os grupos Africano, CARICOM, PSDIS, SIDS e CLAM constituem parte do chamado “Sul Global”, mas atuaram com algum grau de desacordo em pontos precisos.

<sup>2</sup> Disponível em: <https://www.usaid.gov/news-information/press-releases/mar-03-2023-usaid-announces-new-programs-protect-our-ocean-2023-our-ocean-conference>. Acesso em: 15 abr. 2023.

**DOSSIÊ**

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**El Mercado de la Unión Europea,  
de analógico a digital. Retos para  
su interacción y disfrute en el  
marco Latinoamericano**

**The European Union Market,  
from analogue to digital.  
Lines for your interaction and  
enjoyment in the Latin American  
landmark**

David Ramiro Troitino

Tanel Kerikmäe

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**



# El Mercado de la Unión Europea, de analógico a digital. Retos para su interacción y disfrute en el marco Latinoamericano\*

## The European Union Market, from analogue to digital. Lines for your interaction and enjoyment in the Latin American landmark

David Ramiro Troitino\*\*

Tanel Kerikmäe\*\*\*

### Resumen

El desarrollo e implementación del Mercado Digital Único dentro de la Unión Europea supondrá un gran avance interno complementando el existente Mercado europeo. A su vez, supone un cambio radical en las relaciones comerciales del bloque comunitario con el resto del mundo en general, y con Latinoamérica en particular. Esta investigación se centra en el análisis pormenorizado de los diversos avances europeos en relación a la implementación de un mercado digital y su influencia en los acuerdos comerciales entre la UE y los países latinoamericanos. La metodología utilizada en la investigación se basa en el neofuncionalismo y el efecto de arrastre, aportando un enfoque original a un tema aun debatido por la falta de acuerdo entre el Mercosur y la UE.

**Palabras clave:** Europa digital; relaciones EU-Latinoamérica; comercio digital; desarrollo digital de la UE; comercio electrónico internacional.

### Abstract

The development and implementation of the Single Digital Market within the European Union will assume a great internal advance complementing the existing European Market. A su vez, supone un cambio radical en las relaciones comerciales del bloque comunitario con el resto del mundo en general, y con Latinoamérica en particular. This investigation centers on the detailed analysis of the diverse European advances in relation to the implementation of a digital market and its influence on commercial agreements between the EU and the Latin American countries. The methodology used in the investigation is based on neofunctionalism and the drag effect, bringing an original approach to a topic that has been debated due to the lack of agreement between Mercosur and the EU.

**Keywords:** digital Europe; EU-Latin America relations; digital trade; digital development of the EU; online international trade.

\* Recibido em 26/05/2023  
Aprovado em 18/10/2023

\*\* Doctor of European Union Studies at Salamanca University. Jean Monnet Professor at Tallinn Technical University.  
Email: david.troitino@taltech.ee

\*\*\* Director of Department of Law (TalTech Law School). Prof. of European Legal Policy and Law&Tech. Academic Fellow at The Centre for Technology, Robotics, Artificial Intelligence & the Law (TRAIL) of the National University Singapore (NUS) Law School. Doctor of EU Law at Tartu University.  
Email: tanel.kerikmae@taltech.ee

# 1 La Unión Europea ante el reto digital

De acuerdo con la definición proporcionada por la Comisión Europea sobre Tecnologías Habilitadoras Clave (THC) en 2009, se incluyen en esta categoría tecnologías vanguardistas tan diversas como la micro y nano-electrónica, la biotecnología industrial, los materiales avanzados, la fotónica y las tecnologías de fabricación avanzadas. Se estima que el mercado global de las THC supera los mil millones de euros, por lo que tiene su impacto en la economía europea ya es significativo. El desarrollo de nuevas tecnologías, en todas sus vertientes, cambiará radicalmente la vida de los ciudadanos europeos. Por tanto, la Unión Europea prioriza la integración a nivel digital dentro de un marco social más amplio. En este sentido, ya vemos como está cambiando la forma en que nos comunicamos, trabajamos y usamos los servicios de salud, solo por nombrar algunos ejemplos más notorios.

Pero estos cambios no son solo sociales, sino también están fuertemente vinculados al desarrollo económico. En los próximos años cambiará la forma en que se llevan a cabo negocios y la manera de operar de las empresas. Se espera que se redefina la forma en que diseñamos, producimos, comercializamos y generamos valor a partir de productos y servicios. La economía digital ya es una realidad, aunque su desarrollo potencial es enorme y se esperan grandes avances en un futuro cercano. Por tanto, la Unión Europea debe de estar atenta a los progresos de la economía para adecuarse y asumir de manera efectiva un liderazgo digital que estimule la economía europea, fomente el desarrollo y proteja el modo de vida europeo basado en sus valores intrínsecos<sup>1</sup>.

El fomento del proceso de digitalización a nivel europeo está creando grandes expectativas de desarrollo económico. Se estima que intensificando el proceso a nivel europeo se podrían añadir 2500 millones de euros al PIB de la UE para 2025<sup>2</sup>, una cantidad considerable

para tan corto periodo de tiempo. Además, teniendo en cuenta la pandemia generada por el COVID-19, el proceso de digitalización económica se ha intensificado de manera natural como respuesta a los problemas de movilidad generados por las restricciones impuestas para frenar la pandemia. Paralelamente se ha intensificado la necesidad de la Unión Europea, no ya de liderar el proceso, sino de adaptarse al mismo de la manera más rápida y efectiva.

El sector privado no es el único que se ve inmerso en el proceso de digitalización de la sociedad, también se presume que el sector público se beneficiará enormemente de un uso más amplio de las nuevas tecnologías digitales. Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) permiten que el sector público opere de una manera más transparente y eficaz ya que contribuye a la reducción de la corrupción a través de un control de las actividades públicas más transparente. A nivel público, también es relevante las posibilidades de participación política que ofrece el proceso de digitalización, al permitir que los ciudadanos, incluidas las minorías, los habitantes de las zonas rurales los discapacitados, o cualquier otro grupo en riesgo de exclusión, tenga acceso digital a la vida política, incrementando así su participación en los asuntos comunes, protegiéndose de situaciones de discriminación y fomentando una visión política más inclusiva. El concepto de participación derivado de la creación de un espacio digital político es también de suma importancia para el avance de la integración. La Unión Europea es un proyecto de asociación en constante desarrollo desde la fundación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1952. La evolución progresiva de la casa común europea ha alcanzado grandes niveles de integración, pero como cualquier proceso de crecimiento y profundización, no se avanza en todos los campos de manera homogénea. A nivel político, la integración se ha encontrado con obstáculos significativos que han reducido la velocidad del proceso, retrasando este campo en comparación con otras áreas, como la económica. El desarrollo digital permite la creación de un espacio europeo más integrado a nivel político ya que reduce las distancias y facilita la participación de todos los ciudadanos europeos en el desarrollo político de la Unión. El futuro político de Europa pasa por involucrar fuertemente a los ciudadanos en su desarrollo, y el

<sup>1</sup> RAMIRO TROITINHO, David. The essence of Europe: understanding Europe through its designers. In: THE EUROPEAN Union and its Political Leaders: Understanding the Integration Process. Cham: Springer International Publishing, 2022. p. 1-4.

<sup>2</sup> LEITÃO, Roberto Guilherme; LEITÃO, Rômulo Guilherme. Direito internacional imperial e a circulação de uma cultura jurídica hegemônica: por uma matriz. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 3, p. 52-70, 2022.

desarrollo digital elimina barreras para que el entramado político común se convierta en una realidad<sup>3</sup>.

Asimismo, el desarrollo digital está fuertemente imbricado con la optimización de recursos y la reducción de costes tanto a nivel privado como público. Por tanto, la Unión Europea busca acelerar un proceso, ya de por sí inevitable, para mejorar la competitividad económica y el gasto público. Por tanto, la Unión Europea se enfrenta a una cuarta Revolución Industrial basada en el enorme desarrollo tecnológico de los últimos años. Las tecnologías avanzadas como el análisis de datos, la inteligencia artificial (IA), los sistemas automatizados, la computación en la nube, el Internet de las cosas (IdC), los robots, la impresión 3D o 5G, parecen ofrecer infinitas posibilidades de aplicación en casi todos los campos y aspectos de la vida.

#### A) Agenda Digital

Teniendo en cuenta que la Estrategia de Lisboa y su revisión introducida en 2005 se agotaron a finales de 2010, la Comisión introdujo en mayo de 2010 un nuevo instrumento denominado Agenda Digital para Europa (ADE). Uno de los pilares centrales de Agenda Digital para Europa es el Mercado Único Digital, que tiene como objetivo una economía digital europea sin fronteras en la que se garantice la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales. Este espacio común también busca la protección efectiva de los datos de los usuarios europeos, ahora en manos de multinacionales que se escapan de los controles de los Estados Miembros. En definitiva, es la creación de un área donde los ciudadanos y las empresas puedan acceder sin problemas a bienes y servicios independientemente de la ubicación dentro del espacio económico europeo. La ADE anticipa un mejor uso de las Tecnologías de Información (TIC) para impulsar el empleo, el crecimiento, la competencia, la inversión y la innovación, y derribar las barreras que bloquean las oportunidades de un uso más extenso de internet. El 90% de todas las empresas de la UE son pequeñas y medianas empresas (PYME) y solo el 7% de ellas vende en el extranjero. Se espera que la digitalización del Mercado Único cambie esta situación anómala y expanda la actividad económica europea a niveles inimaginables hace tan solo unos años. La Comi-

sión Europea estima que la creación del Mercado Digital Único generará 415 mil millones de euros adicionales a la economía de la UE y el PIB comunitario crecerá hasta un 1% anual, y aproximadamente un 2% en combinación con otros pilares del ADE. Además, los cálculos de la institución europea indican que se crearán 1,3 millones de nuevos puestos de trabajo para 2025, en un momento de crisis generalizada debido a la pandemia que ha afecta enormemente al mercado laboral europeo. Un mercado único verdaderamente digital generará nuevas oportunidades comerciales, promoverá la innovación y fomentará la creación de nuevas empresas<sup>4</sup>.

La Comisión Europea ha creado una hoja de ruta definida para alcanzar el Mercado Digital Europeo basada en tres pilares fundamentales sobre los cuales en entramado digital europea descansará en un futuro cercano. El primer pilar, vinculado con el acceso digital, consta de elementos tan destacados como el comercio en internet, la distribución y logística de productos encargados a través de la red, la eliminación del geo-bloqueo en todo el territorio europeo, leyes de copyright que protejan a los creadores y fomenten la innovación a través de la creación de un marco regulatorio a nivel europeo y con influencia mundial, y un tipo de Impuesto de Valor Añadido estándar para toda las compañías trabajando en el Mercado Digital Europeo para evitar distorsiones en el mercado que afecten a la competitividad y, así, eliminar barreras fiscales que afecten a la igualdad de condiciones para todos los operadores europeos.

El siguiente desarrollo pasa por la creación de un entramado estable que apoye los desarrollos tecnológicos necesarios para la implementación del Mercado Único Digital. El desarrollo de un marco regulatorio común para las grandes empresas tecnológicas de telecomunicación y un marco común para los medios de información digital son objetivos prioritarios de la Unión Europea ya que se espera que faciliten un medio ambiente estable en el cual el desarrollo europeo pueda asentarse. En este mismo capítulo se incluyen acciones para el fomento y creación de plataformas online a nivel europeo y aspectos concernientes a la seguridad y los datos personales. Europa busca proteger a sus ciudadanos de los efectos perniciosos del desarrollo digital con la creación de una legislación protectora con vocación previsor

<sup>3</sup> HAGEN, Martin. Digital democracy and political systems. In: HACKER, Kenneth L.; VAN DIJK, Jan (ed.). *Digital democracy: issues of theory and practice*. [S. l.]: SAGE Publications Ltd, 2000. p. 54-69.

<sup>4</sup> FROSIO, Giancarlo F. Reforming intermediary liability in the platform economy: a European digital single market strategy. *112 Northwestern University Law Review*, 19, p. 1-28, 2017. p. 18.

más que correctora. Anticiparse a los problemas dará más credibilidad al esfuerzo digital de la UE.

El tercer pilar se basa en aspectos relacionados con la economía y la sociedad, e incluye aspectos importantes diversos, como el mercado de datos, uno de los principales campos de desarrollo tanto para la venta, como la producción y la implementación de tecnologías basadas en algoritmos que necesitan un gran flujo de datos para su correcto funcionamiento, como la Inteligencia Artificial<sup>5</sup>. Regular el acceso y distribución de dichos datos es fundamental para el desarrollo económico sostenible en un Mercado Digital Común. Otros aspectos básicos, son la introducción de estándares europeos. Un mercado requiere de normas comunes para su correcto funcionamiento, evitando así competencias desleales, discriminaciones y alteraciones artificiales del funcionamiento basado en la libre competencia donde los más competitivos sobreviven y los demás desaparecen. A nivel social, es de destacar el esfuerzo realizado para el desarrollo del gobierno digital o gobernanza electrónica, que es la aplicación de tecnología para la prestación de servicios gubernamentales, el intercambio de información, las transacciones de comunicación, la integración de varios sistemas independientes entre el gobierno y el ciudadano, la dirección empresarial, la gestión laboral, así como procesos e interacciones de la parte administrativa dentro de todo el marco gubernamental. A través de la gobernanza electrónica, los servicios de la Unión Europea se pondrían a disposición de los ciudadanos de una manera conveniente, eficiente y transparente. Los tres principales grupos destinatarios que se pueden distinguir niveles diferentes, el administrativo e institucional a nivel comunitario, los ciudadanos y las empresas y grupos de interés.

Una vez establecidos los cimientos, su desarrollo hará posible la implantación de un Mercado Digital a nivel europeo. Hecho que fortalecerá el proceso de construcción europea internamente al crear reglas comunes y un espacio digital sin fronteras. A su vez, a nivel exterior, una Europa digital fuerte protegerá el modo de vida de Europa y de sus ciudadanos frente a gigantes tecnológicos extranjeros cuyos parámetros de desarrollo no concuerdan con la visión europea de sociedad<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> MAATSCH, A. Ratification of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA): towards a new structure of political conflict? *Polish Political Science Review*, v. 10, n. 1, p. 21-34.

<sup>6</sup> PULERI, Marco. Engaging with European (Dis-)Integration: Russia in dialogue with Europe/s. In: BIANCHINI, Stefano; FIO-

## B) Nuevos retos

El Mercado Único Digital presenta incontables oportunidades digitales, pero también se enfrenta a retos significativos que pueden lastrar su desarrollo y anclar el progreso europeo frente a otras zonas del mundo. En primer lugar, hacer que el Mercado Único de la Unión Europea se adapte a la era digital requiere derribar barreras reglamentarias y pasar de los mercados nacionales individuales a un único código normativo para toda la UE. La creación de un marco legal común a nivel europeo se enfrenta a la oposición del nacionalismo político que aboga por una autonomía estatal frente a los impulsos uniformadores que emanan desde Bruselas. El concepto de la soberanía nacional juega un papel relevante en el proceso de construcción europea desde sus inicios hasta la actualidad, desarrollando un juego de equilibrios entre la cooperación y la integración, entre el intergubernamentalismo y el federalismo, entre una comunidad de Estados independientes y la creación de un espacio común. Por tanto, la Unión Europea, actualmente altamente integrada, ha evolucionado constantemente desde la cooperación hacia la integración, en un proceso difícilmente reversible, pese a las constantes tensiones que, por ejemplo, derivaron en la salida del Reino Unido de la UE. El BREXIT<sup>7</sup> puede suponer el espaldarazo definitivo para la creación de un marco legislativo común en la Europa digital, ya que el país anglosajón era el adalid de la Europea de los Estados y siempre mostró su reticencia a aumentar los niveles de integración a nivel europeo<sup>8</sup>. Otro hecho fundamental para el desarrollo de un acervo comunitario digital es la incapacidad de los Estados para influir en el mundo digital al no poder controlar las grandes corporaciones tecnológicas que dominan el mundo digital, imponiendo sus propias leyes sin cortapisas. Únicamente la unión del esfuerzo regulador común daría como resultado un espacio suficientemente relevante para acotar las acciones de los gigantes de internet dentro de un marco estable que respete el modelo de sociedad europeo. Por tanto, el debate sobre la soberanía nacional en temas digitales es fútil porque la única manera de ejercerla de

RI, Antonio (ed.). *Rekindling the strong state in Russia and China*. [S. l.]: Brill, 2020. p. 298-322.

<sup>7</sup> AYATA, Zeynep; ÖNAY, Işık. *Global Perspectives on Legal Challenges posed by Ridesharing Companies*. Springer, 2021.

<sup>8</sup> CANCELA OUTEDA, Celso. *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea: de Roma a Niza*. Universidad de Santiago de Compostela, 2001.

manera efectiva es a través de la colaboración a nivel europeo.

Por otro lado, existen numerosas iniciativas (a menudo descoordinadas) encaminadas hacia una estrategia legal clara tanto a nivel de la UE como de los Estados Miembros. La necesidad de presentar una estrategia común, respaldada por todos los agentes relevantes afectados, es un reto que requiere de una mayor coordinación. El mundo digital está en sus albores, cuanto más se legisle a nivel nacional, mayores serán las divergencias a nivel europeo y más difícil será la consecuente integración. Por tanto, la Comisión Europea pretende avanzar en la integración antes de que la proliferación de obstáculos nacionales ralentice el proceso de manera definitiva y Europa quede rezagada a nivel mundial en un sector clave para la economía y la sociedad del futuro. Estos pasos podrían contribuir con 415 000 millones de euros al año al crecimiento económico europeo, impulsando el empleo, la competencia, la inversión y la innovación en la UE. Además de asentando la influencia internacional de Europa y protegiendo a los europeos de gigantes mundiales dirigidos por gobiernos totalitarios o que simplemente se guían por la maximización de beneficios sin cortapisas sociales y con contribuciones básicas al desarrollo de las sociedades donde operan.

La nueva Europa digital necesita de un marco legal donde asentarse y expandirse de manera efectiva y respetuosa con los principios que guían a la sociedad europea. Por tanto, la Unión Europea ha trabajado en este sentido elaborando un primer informe anual sobre la situación del Estado de derecho en la Unión Europea 2020 donde se incluyen cuestiones digitales. El concepto general del marco europeo enfatiza el desarrollo de la resiliencia económica y del mercado laboral con sostenibilidad económica, social, ambiental e institucional como principio rector de las políticas comunitarias al respecto. Se espera que este acercamiento fomente la convergencia ascendente y la equidad en la transición hacia una economía climáticamente neutra al tiempo que se gestionan los desafíos que plantean la digitalización y el cambio demográfico. Dada la rápida evolución de este campo, la UE prevé requisitos adicionales para revisar los desarrollos en los Estados Miembro.

## 2 Ventajas para las instituciones europeas en su labor ante los ciudadanos y agentes económicos

Los avances tecnológicos y la implementación del Mercado Digital Único tienen ventajas más allá de las económicas, ya de por sí considerables, enfocadas en el servicio público de los ciudadanos. La Unión Europea está ante una gran oportunidad de mejorar la vida de sus ciudadanos y por tanto, de incrementar el apoyo popular al proyecto de construcción europea. Desde el comienzo del proceso de integración, la UE se ha enfrentado al problema de la soberanía y la capacidad de una entidad supranacional de ejercer de pleno derecho las prerrogativas de una soberana común. Uno de los constantes obstáculos para la integración ha sido la reticencia de ciertos Estados y agentes sociales a permitir que la soberanía pudiera ser ejercida más allá del nivel estatal, que en numerosos casos es a su vez nacional con la imbricación de dos conceptos diferenciados, Estado y nación. Los defensores de esta postura abogan por una cesión mínima de soberanía a una Europa basada en la cooperación<sup>9</sup>. Pero en cierta manera se apropian de la soberanía que en realidad reside en los ciudadanos de sus Estados (no en sus nacionales ni en el propio Estado) que son quienes de acuerdo a un contrato social ceden la gestión de su libertad al entramado político para la creación de reglas que permitan la convivencia armónica en sociedad de numerosos individuos. La aceptación de dichas reglas por parte de los integrantes del sistema, los individuos, es lo que se conoce como lealtad institucional desde un punto de vista político, o patriotismo desde un punto de vista político-cultural. El conjunto de las cesiones por parte de los ciudadanos (sujetos políticos) forma la soberanía. Por tanto, el Estado no es necesariamente el último receptor de esta cesión ni es el dueño de la soberanía, sino su gestor a nivel público. El problema de la soberanía a nivel europeo puede ser solucionado con la implementación de soluciones digitales a los problemas de los ciudadanos, atrayendo su lealtad al proyecto europeo por ser más efectivo a la hora de solucionar sus problemas. Las soluciones digitales pueden incrementar el apoyo a la UE entre los ciudadanos de Europa que aun hoy en día afrontan de manera confusa la creación de una casa

<sup>9</sup> ELSIG, M.; KLOTZ, S. Digital trade rules in preferential trade agreements: is there a WTO impact? *Global Policy*, v. 12, issue S4, p. 25-36, may 2021.

común por el carácter dual de su lealtad institucional, por un lado, dominada por la racionalidad basada en la gestión eficaz de los problemas que les atañen, y por otro predeterminado por las emociones emanantes del concepto de nación que se confunde con política debido al fomento del Estado-Nación a partir del Siglo XIX como manera de atraer de manera más efectiva la lealtad de los miembros de la sociedad<sup>10</sup>. Ante esta situación, la UE no puede competir con las emociones, pero sí con la racionalidad. Mostrándose efectiva en la solución de los problemas de los ciudadanos, atraerá suficiente lealtad o apoyo, para avanzar en el proceso de integración.

El Mercado Único Digital permitiría a la UE la gestión de servicios online conectando de forma armónica los sistemas de información electrónicos del sector público de los Estados Miembros y de las propias instituciones europeas, coordinando la gestión, evitando congestiones, diseñando mejores trazados digitales y optimizando las respuestas ante situaciones de emergencia<sup>11</sup>.

A su vez, la libre circulación de personas y mercancías ha creado sistemas viales que trascienden las fronteras estatales y que necesitan de una gestión común para su correcto funcionamiento. La digitalización de la gestión permitiría grandes avances y numerosos beneficios para los ciudadanos como modelos para predecir problemas con la calidad de la carretera, accidentes de tráfico, problemas de velocidad, rentabilidad, etc.

El impacto del Mercado Único Digital esta imbricado a la capacidad de generar datos suficientes para la creación de modelos efectivos<sup>12</sup>. La dependencia de datos fiables es enorme y fundamental, lo que coloca a Europa por delante de otros gigantes mundiales. Esta ventaja es temporal, ya que la generación de datos es una prioridad y las inversiones son significativas a nivel mundial, constatando la máxima de que la información es poder. La Unión Europea tiene como prioridad invertir en la generación de datos por su potencial y por la necesidad inherente. La idea es simple, la generación de

datos es más rentable y efectiva a gran escala, por lo que parece adecuado que sea la UE quien se encargue de este aspecto crucial para el futuro. Como ejemplo ilustrativo, vemos como la Política Agraria Común, dependiente de la Unión Europea, necesita de gran cantidad de datos para incrementar su efectividad y proteger el medio rural europeo en todas sus dimensiones. El análisis para determinar el estado y la calidad de la tierra utilizada en labores agrícolas y ganaderas se realiza más efectivamente por satélite, por lo que sería más sabio emplear un satélite único europeo a que cada miembro utilice su propio satélite. La generación de datos también es indispensable para una gestión eficaz del sistema sanitario y la posibilidad de analizar las necesidades médicas de un paciente y donde pueden ser mejor atendidas de acuerdo con los recursos disponibles. La implementación de un sistema digital de coordinación a nivel sanitario será de máxima importancia para la Unión Europea por su claro beneficio para los ciudadanos, la mejora de su salud, la optimización de recursos y la planificación racional. Aunque los obstáculos son números en este tema debido a la fuerte identificación de los países con su sistema sanitario como parte trascendente de su identidad común. Todos estos ejemplos apuntan en la misma dirección, Europa afronta grandes retos en términos de integración digital, pero ofrece grandes posibilidades para avanzar positivamente en el proceso de integración por los beneficios potenciales que puede ofrecer a sus ciudadanos<sup>13</sup>.

### 3 La Inteligencia Artificial como parte fundamental del futuro

La Comisión Europea ha presentado un enfoque europeo para las cuestiones relacionadas con la Inteligencia Artificial (IA) y la Robótica que se ocupa de aspectos tecnológicos, éticos, legales y socioeconómicos para impulsar la investigación y la capacidad industrial de la UE y poner la IA al servicio de los ciudadanos y la economía europeos. La inteligencia artificial se ha convertido en un área de importancia estratégica y un motor clave del desarrollo económico. Puede aportar soluciones a muchos desafíos sociales, desde el tratamiento de enfermedades hasta la minimización del impacto ambiental

<sup>10</sup> HAMUJÁK, Ondrej. *National sovereignty in the European Union: view from the Czech perspective*. Springer, 2016.

<sup>11</sup> RAMIRO TROTINO, David; KERIKMÄE, Tanel. Europa ante el reto digital: obstáculos y soluciones. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 34, p. 1-3, 2021.

<sup>12</sup> SEPP, Paula-Mai; VEDESHIN, Anton; DUTT, Pawan. Intellectual property protection of 3D printing using secured streaming. *In: THE FUTURE of Law and eTechnologies*. Springer, Cham, 2016. p. 81-109.

<sup>13</sup> POTNIS, Devendra D. Measuring e-Governance as an innovation in the public sector. *Government Information Quarterly*, v. 27, n. 1, p. 41-48, 2010.

de la agricultura. Sin embargo, los impactos socioeconómicos, legales y éticos deben abordarse cuidadosamente desde diversas perspectivas y con gran cuidado por las instituciones europeas. Por tanto, es esencial unir fuerzas en la Unión Europea para mantener Europa a la vanguardia de esta revolución tecnológica, garantizar la competitividad del sistema económico y dar forma a las condiciones para su desarrollo y uso (garantizando el respeto de los valores europeos que diferencian a la Unión Europea de otras ententes internacionales)<sup>14</sup>.

La inteligencia artificial dota a sistemas tecnológicos de la capacidad para analizar su entorno y tomar decisiones con cierto grado de autonomía para lograr unos objetivos definidos. El aprendizaje automático denota la capacidad de un software / ordenador para aprender de su entorno o de un conjunto muy grande de datos representativos, lo que permite a los sistemas adaptar su comportamiento a circunstancias cambiantes o realizar tareas para las que no han sido programados explícitamente. Para construir modelos robustos en el núcleo de los sistemas basados en IA, los datos de alta calidad son un factor clave para mejorar el rendimiento. Por consiguiente, la Comisión Europea ha adoptado una legislación enfocada en la mejora del intercambio de datos y la apertura de más datos para su reutilización. Incluye datos del sector público, así como datos relacionados con investigación y salud.

La inteligencia artificial ya es parte de Europa, no es ciencia ficción. De usar un asistente personal virtual para organizar el día de trabajo, a viajar en un vehículo sin conductor, o nuestros teléfonos sugiriendo canciones o restaurantes que nos gusten, la IA es una realidad. Más allá de acciones cotidianas, la IA puede ayudar a resolver algunos de los problemas más grandes del mundo. Desafíos como el tratamiento de enfermedades crónicas o la reducción de las tasas de mortalidad en accidentes de tráfico, luchar contra el cambio climático o anticipar amenazas de ciberseguridad. En Dinamarca, la IA está ayudando a salvar vidas al permitir servicios de emergencia para diagnosticar paros cardíacos u otras condiciones basadas en el sonido de la persona que llama por teléfono a las autoridades sanitarias de emergencia<sup>15</sup>. En Austria, ayuda a los radiólogos a detectar

tumores con mayor precisión al comparar instantáneamente las radiografías con una gran cantidad de datos médicos adicionales. Muchas granjas en toda Europa ya están utilizando IA para supervisar el movimiento, la temperatura y la alimentación consumo de sus animales. El sistema de IA puede luego adapta automáticamente el calentamiento y la alimentación mecánica para ayudar a los granjeros a monitorear a sus animales y liberarlos para otras tareas. Y la IA también está ayudando a los fabricantes europeos a ser más eficientes, facilitando el regreso de fábricas a Europa. La IA está transformando el mundo, la sociedad y la industria. Crecimiento en potencia informática, la disponibilidad de datos y el progreso en algoritmos han convertido a la IA en una de las más estratégicas tecnologías punteras del siglo XXI. Los riesgos no podrían ser mayores ya que la forma en que Europa se acerque a la IA definirá la propia Unión Europea del futuro<sup>16</sup>.

## 4 Los retos digitales de una sociedad en transformación

La economía digital es un fenómeno nuevo y aún desconocido que se refleja en el crecimiento exponencial de las plataformas en línea que utilizan trabajadores que no tienen un empleo a tiempo completo y que tienen horarios flexibles. Parte de ellas son plataformas de economía colaborativa que se especializan en tareas puramente digitales que no requieren presencia física o proximidad entre trabajadores y sus clientes - Mercados Laborales en Línea. Todos los sectores (desde especialistas en la tecnología de la información (TI) hasta taxistas o repartidores de alimentos, incluyendo todos los grupos de edad) muestran una tendencia creciente y transfronteriza. Este carácter supraestatal de la economía digital crea numerosos problemas de control por parte de las autoridades de los Estados individuales, una disfunción que puede ser resuelta con una gestión común. Por tanto, la gestión a nivel europeo no conlleva un socavamiento de la soberanía de los Estados Miembros, ya que estos carecen del poder necesario para hacer efectiva dicha soberanía en el contexto de la economía digital<sup>17</sup>. El liderazgo europeo en el control y regulación de

<sup>14</sup> VALUCH, Jozef; HAMUEÁK, Ondrej. Abuse of cyberspace within the crisis in Ukraine. *The Lawyer Quarterly*, v. 8, n. 2, 2018.

<sup>15</sup> GIOVANOLA, Benedetta; TIRIBELLI, Simona. Beyond bias and discrimination: redefining the AI ethics principle of fairness in healthcare machine-learning algorithms. *AI & Society*, v. 38, n. 2, p.

549-563, 2023.

<sup>16</sup> MARTÍN DE LA GUARDIA, Ricardo; PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo. *Historia de la integración europea*. Barcelona: Ariel, 2001.

<sup>17</sup> MOKRÁ, Lucia; WERTLEN, Donald. EU Human Rights Ap-

la economía digital no es solamente recomendable sino una necesidad básica para el correcto funcionamiento del sistema político y social de sus miembros<sup>18</sup>.

La situación laboral de los trabajadores de la economía digital en la UE / EEA ha sido analizada por la Comisión europea, arrojando datos que refuerzan la necesidad de una acción común. El estudio se ha centrado en las restricciones aplicables a las aplicaciones de transporte compartido y entrega de comida y ha revelado la gran cantidad de factores de impacto y partes interesadas. Mientras que algunos países europeos favorecen regulaciones laborales estrictas, otros intentan definir “una tercera categoría de trabajadores” y / o luchan por atraer innovadores. En países como Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia Suecia y Suiza, los empleados de la economía digital se consideran empleados de la empresa con todas las consecuencias legales. Lo que implica el pago de impuestos sociales, el control del Estado sobre las relaciones laborales que se tienen que adecuar a la legislación pertinente sin existir una tercera categoría de trabajadores. Asimismo, en este grupo de países existe una fuerte presión por parte de los sindicatos para regular estas relaciones laborales. Un segundo grupo de países incluye al Benelux, España, Hungría, Italia, Islandia, Noruega, Polonia, Portugal y la República Checa, donde se han introducido ciertas restricciones a la economía digital en materia laboral, con una tendencia hacia la creación de estándares comunes. Aunque se esperan resoluciones judiciales futuras sobre la gestión laboral de la economía digital por los numerosos casos presentados ante los tribunales nacionales. Existe una emergente tercera categoría de trabajadores que cuentan con ciertos derechos laborales, por ejemplo, número máximo de horas o seguro sanitario, aunque todavía existe un debate político/social al respecto. Por último, un tercer grupo de países que incluye a Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Estonia, Grecia, Letonia, Lituania y Rumanía<sup>19</sup>, que no tienen legislación suficientemente definida sobre el estatus de los trabajadores de la economía digital, pudiéndose equiparar a la figura de

trabajadores autónomos, por lo que los pagos de impuestos sociales no conciernen a la plataforma digital que emplea a los trabajadores.

Estas divergencias en el incipiente mercado digital están creando una alteración del actual Mercado Único Europeo, porque pese a que haya reglas laborales específicas en cada país y no sea una prerrogativa europea legislar al respecto, vemos como estas plataformas funcionan a nivel europeo, produciendo una distorsión en el sistema que puede afectar de manera importante a la competitividad de las economías de los países miembros. Una armonización en este campo es hartamente improbable por los vínculos de la política laboral con el sistema social, pero la disfunción creada puede ser resuelta con la introducción de una postura general común ante el reto planteado por la economía digital que solo puede ser implementado con la creación de un Mercado Digital Común<sup>20</sup>. Los estándares comunes servirán para que las divergencias entre las distintas economías se reduzcan potenciando la convergencia a nivel europeo, pero permitiendo diferencias significativas dependiendo de las necesidades y modelos imperantes en cada país.

## 5 Latinoamérica y la UE desde una perspectiva digital

Los países de Mercosur y la Unión Europea se encuentran actualmente en un proceso de negociación arduo y complicado. Los contactos durante 2023 han sido numerosos, pero no han producido el resultado esperado. El principal obstáculo está definido por las intenciones europeas de incluir de manera horizontal cuestiones medioambientales dentro del marco de comercio de productos agrícolas. Cuestión que pone en entredicho el acuerdo prácticamente alcanzado ya en 2019 tras largas y arduas negociaciones. La negociación actual esta bloqueada por el rechazo a estas reclamaciones de la UE y al ultimátum lanzado por Paraguay para alcanzar un acuerdo antes del 6 de diciembre de 2023. Esta acción viene acompañada por una amenaza velada de renfocar las prioridades del Mercosur hacia Asia, dejando a la UE de lado.

proach in Climate Change and Energy Transition—Call for Sustainable Development? *European Studies*, v. 6, n. 1, p. 219-236, 2019.

<sup>18</sup> REK, Mateja. Organised civil society in the multilevel system of European governance. In: ADAM, Frane (ed.). *Social capital and governance: old and new members of the EU in comparison*. Münster: LIT, 2007. p. 151-175.

<sup>19</sup> BRAGHIROLI, Stefano; SALINI, Luca. How do the others see us? An analysis of public opinion perceptions of the eU and USA in Third Countries. *Transworld*, working paper 33, p. 1-19, jun. 2014.

<sup>20</sup> CRUZ, Taylor M. Data politics on the move: intimate work from the inside of a data-driven health system. *Information, Communication & Society*, v. 26, n. 3, p. 496-511, 2023.



Es evidente que el comercio entre Mercosur y la UE es relevante para ambas partes, como evidencia que ya en 2013, el comercio de la UE con Iberoamérica ascendió a casi 200.000 millones de euros al año. El XII Foro Empresarial Iberoamericano y la XXVI Cumbre Iberoamericana de jefes de Estado y de Gobierno, en Antigua, Guatemala, se centraron en aspectos relacionados con la Economía Digital. La importancia de las relaciones económicas a través de plataformas digitales sufrió un gran cambio a partir de la guerra comercial entre Estados Unidos y China, donde América Latina se convirtió en una región clave para el desarrollo exterior de los actores relevantes a nivel mundial.

Las empresas de nueva creación y las pymes digitales son clave para la recuperación de Iberoamérica después de la pandemia, pero las políticas públicas de innovación y el ecosistema de Govtech deben mejorarse para convertirse en socios igualitarios de la UE. Latinoamérica no se puede quedar atrás en este momento de oportunidad que ofrece la transformación digital. Los cimientos de la economía digital deben basarse en tres pilares fundamentales: la adaptación del modelo de gobernanza a la economía digital, es decir, su institucionalismo; conectividad digital enfocada al desarrollo de una red de infraestructura y su expansión a todas las áreas geográficas, y la formación de capital humano. El objetivo es digitalizar y simplificar la administración y los servicios públicos, utilizando herramientas de Big Data (Data Driven Public Services). Con un nuevo modelo de “servicios públicos basados en datos”, el sector público debe impulsar la transformación digital de las economías. Un ejemplo sería el establecimiento de programas gubernamentales para aplicar tecnologías y herramientas digitales con el objetivo de mejorar la eficiencia general de la economía digital. El tercer nivel de elementos esenciales en una agenda digital es adoptar medidas que aseguren la sostenibilidad de la economía digital. Se trata de la definición de un marco legal aplicable al flujo de datos y servicios digitales transfronterizos, y una política fiscal aplicable al contexto digital actual. Este marco fiscal debe fomentar la innovación y promover el crecimiento en el ecosistema digital<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> RAMIRO TROTTINO, David *et al.* (ed.). *The EU in the 21st Century: challenges and opportunities for the european integration process*. [S. l.]: Springer Nature, 2020.

## 6 Conclusiones

La Unión Europea afronta un reto sin precedentes en términos de evolución marcado por el desarrollo tecnológico. La organización avanza, aunque se enfrente a poderosos obstáculos que amenazan un desarrollo y ejecución conjunto que maximizaría las acciones comunes y dotaría a la organización de relevancia internacional, bienestar económico e independencia interna.

La UE tiene una sólida base científica e industrial sobre la cual construir, con laboratorios de investigación líderes y universidades destacadas a nivel mundial, así como numerosas empresas innovadoras. Tiene un marco legal integral que protege a los consumidores al tiempo que promueve la innovación y está avanzando en la creación de un Mercado Único Digital. Los ingredientes principales están ahí para que la UE se convierta en un líder en la revolución tecnológica mundial, a su manera y en función de sus valores. El enfoque digital descrito en este capítulo muestra el camino que Europa quiere seguir, y la necesidad de unir fuerzas a nivel europeo para garantizar transformación digital homogénea, sin vencedores ni perdidos, dedicándose recursos adecuados al Mercado Digital Único y su culminación. Es importante resaltar el compromiso de la UE en el desarrollo digital y su convergencia con los valores de la Unión y los derechos fundamentales. La Unión Europea cuenta con los instrumentos para convertirse en un líder mundial de un nuevo equilibrio internacional, donde las nuevas tecnologías jugarán un papel relevante. La incapacidad del nacionalismo a compartir más soberanía nacional a nivel europeo puede ser contrarrestada por la complejidad del mundo digital, que alejará del debate populista la conveniencia de un manejo común. Aunque la lógica no lo es todo en las relaciones sociales y la UE tiene que mantenerse firme en su estrategia actual.

La conectividad internacional del Mercado Digital Único es una premisa básica para su maximización y es ahí donde las relaciones digitales con América Latina son fundamentales. Para fomentar esa conexión, la UE debe fomentar la interdisciplinariedad en proyectos e innovación (medicina online, IA en el mercado laboral) con los socios iberoamericanos, apoyar las capacitaciones transfronterizas sobre GDPR y GovTech, facilitar la publicación conjunta en revistas altamente indexadas e invitarse mutuamente a foros (en línea) y grupos de expertos para un mayor desarrollo de las relaciones digitales entre ambas áreas.

## Bibliografía

- AYATA, Zeynep; ÖNAY, Işık. *Global Perspectives on Legal Challenges posed by Ridesharing Companies*. Springer, 2021.
- BRAGHIROLI, Stefano; SALINI, Luca. How do the others see us? An analysis of public opinion perceptions of the EU and USA in Third Countries. *Transworld*, working paper 33, p. 1-19, jun. 2014.
- CANCELA OUTEDA, Celso. *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea*. de Roma a Niza. Universidad de Santiago de Compostela, 2001.
- CRUZ, Taylor M. Data politics on the move: intimate work from the inside of a data-driven health system. *Information, Communication & Society*, v. 26, n. 3, p. 496-511, 2023.
- ELSIG, M.; KLOTZ, S. Digital trade rules in preferential trade agreements: is there a WTO impact? *Global Policy*, v. 12, issue S4, p. 25-36, may 2021.
- FROSIO, Giancarlo F. Reforming intermediary liability in the platform economy: a European digital single market strategy. *112 Northwestern University Law Review*, 19, p. 1-28, 2017.
- GIOVANOLA, Benedetta; TIRIBELLI, Simona. Beyond bias and discrimination: redefining the AI ethics principle of fairness in healthcare machine-learning algorithms. *AI & Society*, v. 38, n. 2, p. 549-563, 2023.
- HAGEN, Martin. Digital democracy and political systems. In: HACKER, Kenneth L.; VAN DIJK, Jan (ed.). *Digital democracy: issues of theory and practice*. [S. l.]: SAGE Publications Ltd, 2000. p. 54-69.
- HAMUĽÁK, Ondrej. *National sovereignty in the European Union: view from the Czech perspective*. Springer, 2016.
- LEITÃO, Roberto Guilherme; LEITÃO, Rômulo Guilherme. Direito internacional imperial e a circulação de uma cultura jurídica hegemônica: por uma matriz. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 3, p. 52-70, 2022.
- MAATSCH, A. Ratification of the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA): towards a new structure of political conflict? *Polish Political Science Review*, v. 10, n. 1, p. 21-34.
- MARTÍN DE LA GUARDIA, Ricardo; PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo. *Historia de la integración europea*. Barcelona: Ariel, 2001.
- MOKRÁ, Lucia; WERTLEN, Donald. EU Human Rights Approach in Climate Change and Energy Transition—Call for Sustainable Development? *European Studies*, v. 6, n. 1, p. 219-236, 2019.
- MONEBHURRUN, N.; VARELLA, M. D.; SOARES, A. A.; MELLO, P. P.; CERQUEIRA, G. Número Completo/Complete Issue. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 1, 2020.
- POTNIS, Devendra D. Measuring e-Governance as an innovation in the public sector. *Government Information Quarterly*, v. 27, n. 1, p. 41-48, 2010.
- PULERI, Marco. Engaging with European (Dis-)Integration: Russia in dialogue with Europe/s. In: BIANCHINI, Stefano; FIORI, Antonio (ed.). *Rekindling the strong state in Russia and China*. [S. l.]: Brill, 2020. p. 298-322.
- RAMIRO TROITIÑO, David *et al.* (ed.). *The EU in the 21st Century: challenges and opportunities for the european integration process*. [S. l.]: Springer Nature, 2020.
- RAMIRO TROITIÑO, David. The essence of Europe: understanding Europe through its designers. In: THE EUROPEAN Union and its Political Leaders: Understanding the Integration Process. Cham: Springer International Publishing, 2022. p. 1-4.
- RAMIRO TROITINO, David; KERIKMÄE, Tanel. Europa ante el reto digital: obstáculos y soluciones. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n. 34, p. 1-3, 2021.
- REK, Mateja. Organised civil society in the multilevel system of European governance. In: ADAM, Frane (ed.). *Social capital and governance: old and new members of the EU in comparison*. Münster: LIT, 2007. p. 151-175.
- SEPP, Paula-Mai; VEDESHIN, Anton; DUTT, Pawan. Intellectual property protection of 3D printing using secured streaming. In: THE FUTURE of Law and eTechnologies. Springer, Cham, 2016. p. 81-109.
- VALUCH, Jozef; HAMUĽÁK, Ondrej. Abuse of cyberspace within the crisis in Ukraine. *The Lawyer Quarterly*, v. 8, n. 2, 2018.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Estrategias digitales en el  
Mercosur: agendas digitales e  
implementación**

**Digital strategies in  
Mercosur: digital agendas and  
implementation**

Natalia Melgar

Patricia Correa

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**

# Estrategias digitales en el Mercosur: agendas digitales e implementación\*

## Digital strategies in Mercosur: digital agendas and implementation

Natalia Melgar\*\*

Patricia Correa\*\*\*

### Resumen

El proceso de transformación digital no es reciente, pero la necesidad de incorporar estas herramientas se ha acelerado, en particular a partir de la pandemia generada por la COVID-19. Este aceleramiento ha vuelto imprescindible que los gobiernos desarrollen estrategias digitales. Estas estrategias implican múltiples desafíos que van desde la inversión en infraestructura, la adaptación del ordenamiento jurídico y el involucramiento de la sociedad civil que requiere accesibilidad, capacitación y seguridad. El objetivo de este estudio fue analizar las estrategias digitales de los países del Mercosur e identificar agencias y programas creados recientemente para abordar el proceso de digitalización y las asimetrías digitales. El diseño metodológico se basó en la revisión bibliográfica y el análisis de fuentes secundarias cuantitativas. El estudio concluyó que, si bien existe voluntad de avanzar en este proceso dada la aprobación de Agendas Digitales por los países miembros como por parte del Mercosur, aún es necesario que se implementen medidas para reducir las brechas dentro del bloque y tomar posiciones conjuntas para evitar que estas asimetrías afecten el comercio intrabloque y la inserción internacional del Mercosur.

**Palabras-clave:** Mercosur; estrategias digitales; agenda digital; ciudadanía digital; digitalización; gobierno digital; datos abiertos.

### Abstract

The digital transformation process is not recent, but the need to incorporate these tools has sped up, mainly since the pandemic caused by the COVID-19. Given this change, the need to develop digital strategies has emerged as crucial for the governments. These strategies involve multiple challenges such as the investment in infrastructure, the adaptation of the legal system, and the involvement of civil society; all of them require accessibility, training and security. This study aimed to assess Mercosur countries' digital strategies, digital agendas and programs recently implemented to deal with the digitalization process and the digital asymmetries. The methodology was based on a literature review and analysis of quantitative secondary sources. The study concludes that, although there is a will to advance in this process given the approval of Digital Agendas by the Mercosur's mem-

\* Recibido em 31/05/2023  
Aprovado em 18/09/2023

\*\* Profesora e investigadora en la Universidad Católica del Uruguay (UCU) en el Instituto de Negocios Internacionales. Doctora en Economía por la Universidad de Granada (España); Magíster en Economía Internacional y Licenciada en Economía por la Universidad de la República (Uruguay). Sus líneas de investigación se vinculan principalmente al comercio internacional, procesos de integración, complementariedad productiva y relaciones internacionales. Integra el Sistema Nacional de Investigadores de Uruguay (SNI).  
Email: natalia.melgar@ucu.edu.uy

\*\*\* Profesora e investigadora en la Universidad Católica del Uruguay (UCU). Doctoranda en Administración de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA); MBA (UCU) y Licenciada en Psicología de la Universidad de la República, Uruguay (UDELAR). Integrante del Departamento de Administración y Negocios (UCU). Sus líneas de investigación son: Responsabilidad Social Corporativa, Voluntariado Corporativo, Marketing, Marketing Social y desarrollo sustentable. Integra el Sistema Nacional de Investigadores de Uruguay (SNI). Es miembro de la Asociación Internacional de Marketing Público y No Lucrativo (AIMPN) y del Consejo Latinoamericano de Escuelas de Administración (CLADEA).  
Email: macorrea@ucu.edu.uy

ber States, it is still necessary to implement measures to reduce the digital asymmetries within the bloc and to take joint positions to avoid that these asymmetries negatively impact on intra-bloc trade and Mercosur's international insertion.

**Keywords:** Mercosur; digital strategies; digital agenda; digital citizenship; digitalization; digital government; open data.

## 1 Introducción

En los últimos tiempos el crecimiento vertiginoso de las tecnologías digitales, de la mano de la excepcional cantidad de datos que se generan a partir de su uso, impulsa cada vez más a los gobiernos y a las empresas a transformarse radicalmente. La realidad de esta disrupción digital no se limita al uso de la tecnología, sino que ha hecho imperiosa la necesidad de generar estrategias de transformación digital que permitan diseñar objetivos estratégicos e implementar acciones que garanticen el logro de estos.

Referirse a la estrategia digital de los países tiene implícito la construcción de ciudadanía digital, en tanto, los actores involucrados del sistema (Estado, academia, empresas, sociedad civil y ciudadanos) son responsables en forma conjunta de construir ciudadanía en entornos digitales. Esto conlleva a que el ciudadano digital alcance a desarrollar sus competencias para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones en entornos digitales asumiendo en forma crítica la información recibida y actuando en consecuencia en dicho entorno<sup>1</sup>. Para lograr este nivel de ciudadanía digital es clave entonces la definición de las estrategias digitales de la mano de una agenda digital que señale claramente el camino a seguir en la implementación de las acciones.

En este escenario, las agendas digitales de los países son un pilar fundamental para el desarrollo de un plan estratégico digital. El desarrollo de esta agenda implica establecer una hoja de ruta impulsada por la incorporación de tecnologías de la información y transformación digital en la cual se puede generar un círculo virtuoso que facilite la incorporación de las mejores prácticas en

materia digital. En este primer paso el Estado tiene un rol clave como agente esencial para generar los elementos básicos como infraestructura y un marco jurídico, entre otros, que faciliten y promuevan la participación del sector privado.

Un aspecto que caracteriza a las agendas digitales de los países es que están en constante construcción en función del devenir transformador que inviste su esencia digital. Al analizar las agendas digitales de los países del Mercosur se constata este devenir en su evolución que da cuenta de la mejora continua que se pretende alcanzar, percibiendo diferentes objetivos de acuerdo con el grado de avance de las agendas, partiendo de aspectos de definición de gobernanza, institucionalización, infraestructura, conectividad entre otros, hasta en la actualidad considerar objetivos vinculados con inclusión y equidad de la ciudadanía.

Este artículo tiene como objetivo estudiar las diferentes estrategias digitales de los países del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) identificando las diversas agendas y programas creados recientemente para abordar la digitalización y la brecha digital. Asimismo, el estudio comprenderá el análisis del nivel de regionalización de las iniciativas a través de programas de cooperación del Mercosur o de acuerdos bilaterales y su contribución a la digitalización del bloque. La metodología desarrollada fue de carácter exploratorio y descriptivo a partir de revisión bibliográfica y el análisis de fuentes secundarias cuantitativas.

Los resultados muestran que, si bien se ha avanzado en la construcción e implementación de las estrategias digitales que promueven la consolidación de agencias y programas digitales a nivel país como a nivel del bloque Mercosur, se constatan diferencias significativas en cuanto a los logros particulares de los miembros como del bloque. Estas asimetrías podrían volverse una barrera relevante que afecte el comercio intrabloque y más aún, las posibilidades del Mercosur de negociar nuevos acuerdos regionales o de insertarse en cadenas globales de valor.

## 2 Estrategias digitales en los países del Mercosur y el rol del bloque

El proceso de digitalización no es reciente y es un hecho consolidado que se encuentra presente en todos

<sup>1</sup> UNESCO. *La ciudadanía digital como política pública en educación en América Latina*. 2020. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376935>. Acceso en: 21 sept. 2023.

los órdenes de la vida de las personas estableciendo desafíos constantes a las comunidades e involucrando lo político, lo económico, lo social y lo cultural. Sin lugar a duda, la pandemia generada por la COVID-19 lo ha acelerado notoriamente y ha oficiado de catalizador en la transformación digital, promoviendo así la toma de decisiones para el desarrollo de la innovación en la incorporación de tecnologías<sup>2</sup>.

Actualmente, las tecnologías digitales son aplicables a todos los sectores de actividad y cada vez son más necesarias para todas las empresas independientemente de su tamaño o sector de actividad. La dinámica de este proceso ha generado desafíos dado que los cambios son cada vez más frecuentes y disruptivos y al mismo tiempo contribuyen a generar nuevas oportunidades de negocio para aquellos capaces de adaptarse a estos cambios<sup>3,4,5,6,7,8</sup>.

La transformación digital comprende oportunidades y desafíos para los países. Por un lado, favorece la interconexión de distintos actores promoviendo la generación y apropiación de valor a través de la digitalización y

la conectividad. Por otro lado, involucra desafíos claves a la hora de diseñar las estrategias y, garantizar su coherencia e implementación<sup>9</sup>.

Si bien existe una interdependencia entre la formulación e implementación de la estrategia digital, son conceptos diferentes. Esto determina riesgos en el trabajo para lograr la coherencia y alineación entre ambos. Por un lado, la formulación de la estrategia digital refiere a identificar los elementos de un modelo a seguir, así como la definición de una política clara que diseñe y capture el valor a partir de la explotación de las tecnologías digitales para alcanzar objetivos a largo plazo. Por otro lado, la implementación de la estrategia digital hace referencia a cómo se traduce su formulación en un plan concreto de la mano de un conjunto de acciones. En tal sentido, es fundamental, para los Estados y organizaciones en general, garantizar la coherencia entre ambas dimensiones<sup>10, 11</sup>.

De acuerdo con Katz<sup>12</sup>, en la revolución digital pueden diferenciarse tres olas: (a) computación, banda ancha y telecomunicaciones móviles que automatizaron funciones y descentralizaron las cadenas productivas, (b) las plataformas de internet y computación en la nube que redefinieron los procesos productivos, y (c) el internet de las cosas, robótica, inteligencia artificial, aprendizaje de máquinas y *blockchain*. Por lo tanto, no es relevante solo la adopción de estas tecnologías, sino también su utilización dados los impactos potenciales en la productividad, el empleo y el crecimiento económico, entre otros. Ha sido de relevancia en el proceso de transformación digital el operar de manera colaborativa entre los actores involucrados. Es así como Aboal *et al.*<sup>13</sup> destaca la existencia de sinergias entre los distintos

<sup>2</sup> ZELADA, S. *COVID-19, un acelerador de la transformación digital*. Deloitte Touche Tohmatsu Limited (DTTL), 2020. DOI: 10.36881/yachay.v10i1.396.

<sup>3</sup> BARANN, B.; HERMANN, A.; CORDES, A.-K.; CHASIN, F.; BECKER, J. Supporting digital transformation in small and medium-sized enterprises: a procedure model involving publicly funded support units. In: HAWAII INTERNATIONAL CONFERENCE ON SYSTEM SCIENCES, 52. *Proceedings* [...], 8 enero 2019. p. 4977-4986. DOI: 10.24251/HICSS.2019.598. Disponible en: <https://www.semanticscholar.org/paper/Supporting-Digital-Transformation-in-Small-and-A-Barann-Hermann/ae8f987e832661206dce7926639e95b88b40c173>. Acceso en: 19 sept. 2023.

<sup>4</sup> HAAKER, T.; LY, P. T. M.; NGUYEN-THANH, N.; NGUYEN, H. T. H. Business model innovation through the application of the Internet-of-Things: a comparative analysis. *Journal of Business Research*, v. 126, p. 126-136, 2021. DOI: 10.1016/j.jbusres.2020.12.034.

<sup>5</sup> PARIDA, V.; SJÖDIN, D.; REIM, W. Reviewing literature on digitalization, business model innovation, and sustainable industry: past achievements and future promises. *Sustainability*, v. 11, n. 2, 2019. DOI: 10.3390/su11020391.

<sup>6</sup> REIS, J.; AMORIM, M.; MELÃO, N.; MATOS, P. Digital transformation: a literature review and guidelines for future research. *Trends and Advances in Information Systems and Technologies*, v. 1, p. 411-421, 2018. DOI: 10.1007/978-3-319-77703-0\_41.

<sup>7</sup> SIACHOU, E.; VRONTIS, D.; TRICHINA, E. Can traditional organizations be digitally transformed by themselves? The moderating role of absorptive capacity and strategic interdependence. *Journal of Business Research*, v. 124, p. 408-421, 2021. DOI: 10.1016/j.jbusres.2020.11.011.

<sup>8</sup> VERHOEF, P. C.; BROEKHUIZEN, T.; BART, Y.; BHATTACHARYA, A.; QI DONG, J.; FABIAN, N.; HAENLEIN, M. Digital transformation: a multidisciplinary reflection and research agenda. *Journal of Business Research*, v. 122, p. 889-901, 2021. DOI: 10.1016/j.jbusres.2019.09.022.

<sup>9</sup> CORREANI, A.; MASSIS, A.; NATALICCHIO, A. Implementing a digital strategy: learning from the experience of three digital transformation projects. *California Management Review*, v. 62, n. 4, p. 37-56, 2020. DOI: 10.1177/0008125620934864.

<sup>10</sup> BEER, M.; EISENSTAT, R. A. The silent killer of strategy implementation and learning. *MIT Sloan Management Review*, v. 41, n. 4, p. 29-40, 2000. Disponible en: <https://sloanreview.mit.edu/article/the-silent-killers-of-strategy-implementation-and-learning/>. Acceso en: 19 sept. 2023.

<sup>11</sup> CHANIAS, S.; MYERS, M.; HESS, T. Digital transformation strategy making in pre-digital organizations: the case of a financial services provider. *Journal of Strategic Information Systems*, v. 28, n. 1, p. 17-33, 2019. DOI: 10.1016/j.jsis.2018.11.003.

<sup>12</sup> KATZ, R. L. *Capital humano para la transformación digital en América Latina*. Santiago: CEPAL, 2018. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/43529>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>13</sup> ABOAL, D.; CRESPI, G.; QUEIJO, V.; TEALDE, E. *ICT, size of the firm and productivity*. 2018. Disponible en: <https://www.bcu>.

actores, dado que una empresa puede beneficiarse si un proveedor incorpora estas tecnologías.

Como antesala de las estrategias digitales de los países del Mercosur, es pertinente mencionar el rol que han significado los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) como la propia Agenda 2030 donde se integran las TICs como instrumentos clave para alcanzar una mejora continua en la calidad de la educación, promover la equidad de género, motivar la industrialización inclusiva y sostenible, así como fomentar la innovación<sup>14</sup>. Ciertos hitos marcan un avance en su implementación, como ser la aprobación del Plan de Acción sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe de Cepal, en junio de 2005, constituyendo un mecanismo de colaboración que se ha fortalecido en el correr de los años. Otro hito importante ocurrió en abril de 2018, cuando se aprueba la Agenda Digital para América Latina y el Caribe<sup>15</sup>. Esta pretende ser un instrumento promotor de los esfuerzos de cooperación regional en lo digital, con el objetivo de impulsar el diseño de políticas, el desarrollo de capacidades y el diálogo político entre los países miembros<sup>16</sup>. Para cumplir con estos objetivos la Agenda Digital comprende ocho dimensiones de acción y cada una sus respectivos objetivos específicos:

1. Infraestructura digital.
2. Transformación digital y economía digital.
3. Gobierno digital.
4. Inclusión, competencias y habilidades digitales.
5. Tecnologías emergentes para el desarrollo sostenible.
6. Confianza y seguridad digital.
7. Mercado digital regional.
8. Cooperación regional digital.

gub.uy/Comunicaciones/Jornadas%20de%20Economa/Emiliano\_Tealde.pdf. Acceso en: 19 sept. 2023.

<sup>14</sup> CEPAL. *Agenda Digital para América Latina y el Caribe*. eLAC2022. 2020. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46439-agenda-digital-america-latina-caribe-elac2022>. Acceso en: 20 sept. 2023.

<sup>15</sup> CEPAL. *Agenda Digital para América Latina y el Caribe*. eLAC2020. 2020. Disponible en: <https://conferenciaelac.cepal.org/6/es/documentos/agenda-digital-america-latina-caribe-elac2020>. Acceso en: 20 sept. 2023.

<sup>16</sup> CEPAL. *Agenda Digital para América Latina y el Caribe*. eLAC2022. 2020. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46439-agenda-digital-america-latina-caribe-elac2022>. Acceso en: 20 sept. 2023.

Contemplando estas consideraciones, en los siguientes apartados se describe la situación en cada uno de los países miembros del Mercosur, así como los avances realizados por el bloque.

## 2.1 Argentina

Si bien han existido distintas iniciativas desde 1997 cuando el gobierno argentino decretó el acceso a internet de interés nacional<sup>17</sup>, ha sido recién en 2018 que se dieron dos cambios significativos. En primer lugar, se lanzó el Plan Nacional de Telecomunicaciones y Conectividad con el objetivo de que la ciudadanía acceda a las TICs. En segundo lugar, se aprobó la Agenda Digital 2030 con énfasis en la digitalización que ha implicado una política integral que incluye cinco ejes estratégicos como infraestructura de telecomunicaciones, promoción de un marco regulatorio, educación e inclusión digital, gobierno digital más eficiente y eficaz, y economía digital<sup>18</sup>.

De acuerdo con el Decreto 996/2018 del Boletín Oficial de la República Argentina, los objetivos de esta Agenda Digital son:

1. Promover que los marcos jurídicos permitan aprovechar las oportunidades digitales, contemplando tratamiento adecuado de la información pública y privada.
2. Facilitar el desarrollo de la infraestructura y accesibilidad que conecte a todos de manera inteligente.
3. Fomentar la alfabetización digital como motor para la inclusión.
4. Desarrollar un Gobierno eficiente y eficaz, orientado al ciudadano, con valores de apertura y transparencia.
5. Fomentar la educación digital para favorecer la empleabilidad de los ciudadanos en el futuro.

<sup>17</sup> ARGENTINA. Decreto 996/2018, Agenda Digital Argentina. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 1ª. sección, 2018. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/195154/20181105>. Acceso en: 19 sept. 2023.

<sup>18</sup> CEPAL. *Políticas de fomento para la incorporación de las tecnologías digitales en las micro, pequeñas y medianas empresas de América Latina*: revisión de experiencias y oportunidades. 2020. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45096-politicas-fomento-la-incorporacion-tecnologias-digitales-micro-pequenas-medianas>. Acceso en: 20 sept. 2023.

6. Potenciar el crecimiento económico del país mediante el desarrollo digital, a través de un salto cuantitativo y cualitativo en la productividad y competitividad.
7. Desarrollar capacidades en ciberseguridad para generar confianza en los entornos digitales.
8. Fomentar el protagonismo internacional de la República Argentina en el proceso de transformación digital.

En el año 2020, el nuevo gobierno lanzó el Plan Conectar 2020-2023 con el propósito de potenciar la universalización del acceso a los servicios de tecnologías de la información y las comunicaciones y a las conexiones de banda ancha de última generación. Este nuevo Plan implica, además, inversiones en la red federal de Fibra Óptica y en el Centro Nacional de Datos e impulsar la política satelital. En ese año, también fue aprobada por el Congreso la Ley de Promoción de la Economía del Conocimiento con la intención de estimular la inversión privada en el sector. Además, en 2021, se lanzó el Programa de Apoyo a la Competitividad específico para la Transformación Digital de PyMES que se basa en aportes no reembolsables.

Según datos del BID<sup>19</sup>, existen aproximadamente 30 millones de móviles con acceso a banda ancha, 58 millones de usuarios de teléfono móviles, nueve millones de conexiones fijas a banda ancha, 32 millones de usuarios de internet, 29 millones de computadoras en uso. Por lo tanto, Argentina posee una infraestructura y cobertura de telecomunicaciones para el desarrollo de un ecosistema tecnológico.

## 2.2 Brasil

Brasil ha tenido una evolución constante en materia de transformación digital, aspecto que se evidencia en la implementación de herramientas y soluciones digitales que promueven la interacción de los servicios públicos con los ciudadanos y las empresas. Se detallan a conti-

nuación algunos hitos que han sido determinantes en el avance del desarrollo digital del país.

En 1985, a partir del Decreto 91.146, se crea el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación como órgano central del sistema federal de ciencia y tecnología que tiene como objetivo la formulación e implementación de la Política Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación<sup>20</sup>. Desde el año 2000, Brasil ha formado parte del grupo de países que integran el Programa Enlaces Mundiales para el Desarrollo del Banco Mundial (los países de América Latina que componen este programa son: Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Paraguay y Perú). A partir de este Programa y a través de este Ministerio se han entregado notebooks a estudiantes de escuelas, centros de inclusión digital y asentamientos rurales con el objetivo de aumentar la inclusión digital<sup>21</sup>.

En el año 2016, Brasil determina su política de datos abiertos mediante el Decreto 8.777 estableciendo el desarrollo y tratamiento de la publicación de datos, promocionando una cultura de transparencia pública y garantizando los cuidados pertinentes en el acceso y tráfico de datos, entre otros<sup>22</sup>.

En el año 2018, mediante el Decreto 9.319 el gobierno de Brasil determina la Estrategia Brasileña de Transformación Digital - E-Digital, evoluciona así en el camino estableciendo su hoja de ruta en base a los siguientes objetivos estratégicos:

1. Desarrollar la infraestructura y acceso a las tecnologías de la información y la comunicación.
2. Promover la investigación, desarrollo e innovación.
3. Promover la confianza en el entorno digital.

<sup>20</sup> BRASIL. *Decreto 91.146 de 1985*. Cria o Ministério da Ciência e Tecnologia e dispõe sobre sua estrutura, transferindo-lhe os órgãos que menciona, e dá outras providências. Disponible en: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91146-15-marco-1985-441419-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acceso en: 20 sept. 2023.

<sup>21</sup> BHATNAGAR, D.; DEWAN, A.; MORENO, M.; KANUNGO, P. World Links for Development Program: (WorLD). *World Bank Group*, 2003. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/356311468150888217/pdf/514480WP0GLB0W10Box342028B01PUBLIC1.pdf>. Acceso en: 19 sept. 2023.

<sup>22</sup> BRASIL. *Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016*. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. Disponible en: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8777.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8777.htm). Acceso en: 20 sept. 2023.

<sup>19</sup> GARCÍA ZABALLOS, Antonio; IGLESIAS RODRÍGUEZ, Enrique; PUIG GABARRÓ, Pau. *Informe anual del Índice de Desarrollo de la Banda Ancha*. IDBA 2020. Banco Interamericano de Desarrollo, jun. 2021. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Informe-anual-del-Indice-de-Desarrollo-de-la-Banda-Ancha-IDBA-2020-Brecha-digital-en-América-Latina-y-el-Caribe.pdf>. Acceso en: 19 sept. 2023.



4. Desarrollar la educación y formación profesional.
5. Alcanzar una dimensión internacional.

Vale destacar la relevancia del último objetivo dado que su alcance comprende la interacción con los países de la región y, por ende, con los socios del Mercosur. La apertura de este objetivo establece la implementación de acciones que fortalecen el liderazgo de Brasil en foros internacionales, incentiva la competitividad y presencia de empresas brasileñas en el exterior y promueve la integración regional en la economía digital<sup>23</sup>.

En el año 2020, según el Decreto 10.332 y sus modificaciones dadas por el Decreto 10.996 y el Decreto 11.260<sup>24</sup>, se legitima y establece el plan estratégico del Gobierno Digital para el período 2020-2022, ampliado al año 2023, con el objetivo principal de identificar, diseñar e implementar políticas públicas y servicios de mejor calidad, alcance y costo para la ciudadanía en general<sup>25</sup>. El plan estratégico digital, establecido según el decreto de referencia, determina los siguientes propósitos de la Agenda Digital:

1. Centrado en el ciudadano: este propósito promueve la transformación digital del Estado y pone al ciudadano como eje central de las decisiones de agenda procurando alcanzar el 100% de la digitalización de sus servicios en el marco de este plan.
2. Integrado: en línea con este propósito el Estado tiene como objetivo implementar un hub de interoperabilidad de datos que oficie como facilitador de la integración de servicios a los ciudadanos. Da cuenta de esto el logro alcanzado en 2019 (Decreto 10.046) que instituye el Registro Base Ciudadana que brinda una fuente

confiable de información de consulta de datos de identificación a todos los organismos e integrando todos los estados a la red Gob.Br. a través de una plataforma de integración digital.

3. Inteligente: este propósito remite a la consolidación de una plataforma tecnológica de análisis estratégico de los datos, minería e integración de la información con el objetivo de orientar y optimizar la formulación, implementación, evaluación y seguimiento de políticas públicas.
4. Confiable: el Estado busca alcanzar las garantías suficientes para brindar la libertad y privacidad necesaria a los ciudadanos y respaldar de los riesgos que tiene implícito el uso de la tecnologías digitales. En esta línea se orientan los objetivos a adecuar las plataformas a la Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD) y los controles de ciberseguridad en aplicaciones e infraestructura tecnológica.
5. Transparente y abierto: se orienta al objetivo de ampliar la interacción con los ciudadanos mediante la mejora de la calidad de las bases de datos abiertas. De esta forma promueve la habilitación de nuevos negocios desde las plataformas gubernamentales. Para alcanzar estos objetivos desarrolló dos herramientas los portales de transparencia ([transparencia.gov.br](http://transparencia.gov.br)) y los datos abiertos ([dados.gov.br](http://dados.gov.br)), a través de los cuales se brinda un conjunto significativo de datos para que la ciudadanía realice análisis, cree aplicaciones y monitoree las políticas públicas.
6. Eficiente: para lograr su propósito de ser un Estado eficiente en transformación digital se plantea como objetivo e iniciativa el fortalecer la infraestructura de datacenters optimizando la disponibilidad y seguridad de datos; implementar un marketplace para simplificar y agilizar adquisiciones TICs; ampliar la oferta de cursos en siete áreas de conocimiento, destacándose entre ellas: ciencia de datos, liderazgo e innovación, seguridad y privacidad y servicios digitales al ciudadano.

<sup>23</sup> BRASIL. *Decreto nº 9.319, de 21 de março de 2018*. Institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabelece a estrutura de governança para a implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. Disponible en: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9319.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9319.htm). Acceso en: 20 sept. 2023.

<sup>24</sup> BRASIL. *Decreto nº 10.332, de 28 de abril de 2020*. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponible en: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/d10332.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10332.htm). Acceso en: 20 sept. 2023.

<sup>25</sup> BRASIL. *Governo Digital. Estratégia de governo digital + simples e + cidadão*. 2020. Disponible en: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020>. Acceso en: 20 sept. 2023.

Según datos de UNESCO<sup>26</sup>, el desarrollo de internet en Brasil ha sido sostenido en el tiempo y es positivo en relación con los estándares internacionales. Sin embargo, comprende aspectos de mejora. Si bien el acceso de la población a internet ha aumentado, se siguen constando desigualdades en las condiciones de uso y apropiación de las TICs, siendo este aspecto una de las cuestiones nacionales más críticas para el desarrollo de internet a nivel país. En esa línea, el reporte de UNESCO de 2019 informa que se ha avanzado en la formulación de un marco regulatorio para el ejercicio de la ciudadanía digital, pero se perciben brechas importantes en cuanto a su aplicabilidad a causa de problemas endógenos vinculados a los sistemas de justicia y seguridad pública. Por otro lado, con referencia a la accesibilidad a internet el reporte señala como punto crítico que una parte significativa de la población no tiene ningún tipo de acceso, especialmente los más pobres, los mayores de 60 años y los que viven en zonas rurales. Según este reporte de UNESCO de 2019, los datos nacionales han demostrado que solo el 61% de las residencias de Brasil están conectadas; en zonas rurales solo el 34% de los hogares tienen acceso a internet y un 30% en hogares de renta baja, mientras que en hogares de renta alta la proporción es del 99%. En contrapartida de este escenario, en lo que respecta a la participación de los stakeholders en temas de gobernanza de internet, se evidencia en el reporte de UNESCO de 2019 el reconocimiento al desempeño del Comité Gestor de Internet en Brasil (CGI.br), integrado por representantes del Gobierno, sector privado, tercer sector y Academia, en su acciones de coordinación e integración de las iniciativas de servicios de internet en el país, así como la promoción de la calidad técnica, innovación y difusión de servicios en línea.

## 2.3 Paraguay

Al igual que Brasil, desde el año 2000, Paraguay ha formado parte del grupo de países que integran el Programa Enlaces Mundiales para el Desarrollo del Banco Mundial. Dado esto y a través de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), se han entregado notebooks a alumnos de instituciones públicas de todos

los niveles con el objetivo de apoyar la transformación educativa y reducir la brecha digital<sup>27</sup>.

En el año 2018, el gobierno de Paraguay, a través de la Ley 6207, creó el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación con el objetivo de “elaborar, promover, implementar y supervisar las políticas públicas, planes, programas y proyectos del sector de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, y de sectores convergentes, así como su ordenamiento general”<sup>28</sup>.

En 2021 el gobierno de Paraguay aprobó el Plan Nacional de Telecomunicaciones 2021-2025 el cual

es un instrumento práctico de planificación y diseño de los objetivos en el sector de las telecomunicaciones/TIC de acuerdo con las actuales exigencias de los avances tecnológicos en el sector TIC y de los mercados cada vez más convergentes, dinámicos y globales, con el fin de organizar y dirigir, eficiente y eficazmente, los esfuerzos y recursos regulatorios empleados para cumplir con los mismos<sup>29</sup>.

Sus objetivos son la expansión de la cobertura de los servicios de telecomunicaciones, incrementar el acceso a banda ancha fija y móvil y mejorar la calidad de los servicios de telecomunicaciones. Este Plan está estrechamente vinculado a objetivos de conectividad, economía digital y gobierno digital del Plan Nacional de Desarrollo 2030 y del Plan Nacional de TIC 2022 - 2030. Este último tiene como objetivo reducir la brecha digital.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación es responsable del Programa de Apoyo a la Agenda Digital la cual es considerada como el “Plan de Acción de la Estrategia de Transformación Digital”. La Agenda Digital contempla cuatro componentes:

1. Mejoras en conectividad.

<sup>26</sup> UNESCO. *Assessing internet development in Brazil*: using UNESCO’s Internet Universality ROAM-X Indicators. 2019. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372330>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>27</sup> BHATNAGAR, D.; DEWAN, A.; MORENO, M.; KANUNGO, P. World Links for Development Program: (WorLD). *World Bank Group*, 2003. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/356311468150888217/pdf/514480WP0GLB0W10Box342028B01PUBLIC1.pdf>. Acceso en: 19 sept. 2023.

<sup>28</sup> PARAGUAY. *Ley n° 6207*. Crea el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación y establece su carta orgánica. 2019. Disponible en: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/8933/ley-n-6207-crea-el-ministerio-de-tecnologias-de-la-informacion-y-comunicacion-y-establece-su-carta-organica>. Acceso en: 19 sept. 2023.

<sup>29</sup> CONATEL. *Proyecto Plan Nacional de Telecomunicaciones 2021 – 2025*. 2021. Disponible en: <https://www.conatel.gov.py/conatel/wp-content/uploads/2021/08/proy-pnt21-25-rd-1790-2021-con-sulta-publica.pdf>. Acceso en: 20 sept. 2023.

2. Gobierno digital que permita ser más eficientes en la atención al ciudadano, ahorrando tiempo y dinero, tanto del Estado como de las personas.
3. Economía digital que promueva la competitividad del país.
4. Fortalecimiento institucional que permita que toda la innovación siga desarrollándose y evolucionando en el tiempo.

Dentro del desarrollo digital orientado al ciudadano se destaca la iniciativa del Estado de Paraguay de diseñar e implementar un Portal Único de Gobierno. Este portal es una ventanilla única que permite el acceso a toda la información, servicios, y trámites que involucren al Estado. Por lo tanto, implica un gran paso dado que a través de un solo sitio en internet un ciudadano tiene esta posibilidad de acceso las 24 horas del día e independientemente de su ubicación. Este portal, garantiza, además, datos abiertos y transparencia en la gestión e información pública y una identidad electrónica para los ciudadanos<sup>30</sup>.

## 2.4 Uruguay

Uruguay es un país que se ha caracterizado a lo largo de su historia por desarrollar sus procesos de modernización en forma relativamente lenta. Sin embargo, en materia de digitalización ha sido pionero en desarrollo e incorporación de tecnologías digitales y hoy ocupa un lugar de privilegio en comparación con la región. Esto ha sido posible a partir del desarrollo de un plan estratégico digital que Brasil inicia en el año 2000 y que ha marcado el rumbo en prioridades y objetivos a mediano y largo plazo. Las agendas digitales son un pilar fundamental para el desarrollo del plan estratégico, habiendo transitado una evolución que da cuenta de su mejora continua. Las dos primeras agendas digitales (2006 a 2008 y 2008 a 2010) tuvieron como objetivos aspectos vinculados con institucionalización y la gobernanza; períodos cortos, pero fundamentales para asentar las bases de un gobierno digital. En el período 2010 a 2015 la prioridad fue la expansión y profundización de los objetivos establecidos. A partir de la agenda digital 2020,

atravesada por la COVID-19, se focaliza en la transformación digital tomando como principio básico la equidad, inclusión, desarrollo sostenible y la gobernanza. En este punto, si bien el nivel de usuarios de internet es alto, alcanzando un 97% de toda la población uruguaya<sup>31</sup>, aún quedan grandes desafíos para Uruguay en relación con la utilización de las tecnologías por parte de todos los sectores de la población.

Como se hizo mención anteriormente, Uruguay ocupa un lugar destacado en cuanto a su desarrollo e implementación en el índice EGDÍ según el Reporte de Gobierno Electrónico de Naciones Unidas<sup>32</sup>, siendo el líder en la región por ocho años consecutivos en gobierno electrónico y ocupa el segundo lugar en datos abiertos. El liderazgo lo logra mantener por su posición en infraestructura en telecomunicaciones (1) y capital humano (2). Por otro lado, en el subíndice servicios en línea su posición cayó (7) impactando en un bajo promedio en participación electrónica (8).

En este contexto, la Agenda Digital 2025 comprende líneas estratégicas orientadas a promover la inclusión de las tecnologías digitales en todos los sectores de la política pública, así como el compromiso, consenso y sinergia de todas las partes involucradas. Según el portal Uruguay Digital<sup>33</sup>, la agenda digital 2025 desarrolla doce objetivos estratégicos y cinco áreas de acción:

1. Sociedad digital inclusiva: construir ciudadanía digital, impulsando que todas las personas logren desarrollar sus conocimientos y competencias para acceder al ejercicio de derechos y obligaciones en los entornos digitales y que esto impulse su integración a la sociedad.
2. Impulso de la conectividad e innovación en sectores estratégicos: desarrollar nuevas estrategias para el empleo y que el Estado sea un actor clave colaborando y facilitando el desarrollo económico. También, continuar impulsando la transformación digital en sectores productivos contribuyendo al desarrollo económico y sostenible.

<sup>30</sup> PARAGUAY. Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación. *Líneamientos del Portal Paraguay y Trámites en Línea*. 2023. Disponible en: <https://www.mitic.gov.py/guias-y-documentos>. Acceso en: 20 sept. 2023.

<sup>31</sup> GRUPO RADAR. *El perfil del internauta uruguayo*. Montevideo: Grupo Radar, 2022.

<sup>32</sup> UNITED NATIONS. *UN E-Government Knowledgebase*. 2023. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>33</sup> URUGUAY DIGITAL. *Agenda Uruguay Digital 2025*. 2023.

3. Transparencia, eficiencia y rectoría del sector público: optimizar el uso intensivo de los datos para la toma de decisiones, integrando factores vinculados con la “ética, privacidad, responsabilidad, transparencia y no discriminación”. Asimismo, acelerar la transformación digital del sector público de la mano de la innovación tecnológica.
4. Potenciar infraestructura de telecomunicaciones, conectividad y ciberseguridad: garantizar la conectividad física y móvil de calidad en todo el territorio nacional acortando la brecha de inequidades. Por otro lado, desarrollar acciones que fomenten la seguridad en el ciberespacio, avanzando en el marco regulatorio a nivel nacional.
5. Marco normativo habilitante de la política digital nacional: seguridad jurídica para la transformación digital. Promover una agenda continua que analice y evolucione el marco regulatorio participando todos los actores involucrados.

En el desarrollo de esta agenda digital Uruguay consolida su marco institucional y regulatorio con unidades claves para su desempeño como la Unidad de Acceso a la Información Pública (UAIP), la Unidad Reguladora Control de Datos Personales (URCDP) y el Centro Nacional de Respuesta a Incidentes de Seguridad Informática (CERTuy), así como su política de datos abiertos como se evidencia en el EGDI.

Por otro lado, la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC) tiene como objetivos mejorar los servicios a la ciudadanía utilizando las TICs, impulsar la Sociedad de la Información y el Conocimiento en Uruguay con énfasis en la inclusión digital y el fortalecimiento de las habilidades de la sociedad en el uso de las tecnologías<sup>34</sup>.

Asimismo, Uruguay desarrolla su Plataforma de Integración (PDI) como plataforma de interoperabilidad del Gobierno Digital de la AGESIC. Esta plataforma brinda la infraestructura, tanto de hardware como de software con el fin de facilitar e impulsar la implementación de servicios desde el Gobierno Digital para todos

<sup>34</sup> URUGUAY. *Decreto n° 205/006. 2006*. Reglamentación para el funcionamiento de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno Electrónico. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/205-2006/1>. Acceso en: 20 sept. 2023.

los ciudadanos<sup>35</sup>. A través del desarrollo de instituciones y un marco regulatorio adecuado, Uruguay ha avanzado en el uso de la Firma Digital, Gobierno Digital que se pueden hacer en forma electrónica y validando firmas de ciudadanos extranjeros de países con los que Uruguay tiene acuerdos.

En 2018 Uruguay se constituye como miembro integrante del Digital Nations (D9), siendo el primer país latinoamericano en ingresar a este espacio de trabajo integrado por los países con gobiernos más digitalizados del mundo (Canadá, Corea del Sur, Estonia, Israel, México, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido y Uruguay). El objetivo de este grupo es compartir experiencias y aprendizajes entorno a la digitalización promoviendo estrategias para alcanzar servicios más eficientes para toda la población de los países<sup>36</sup>.

Las acciones orientadas a alcanzar una sociedad inclusiva y la equidad se consolidan con programas tales como el Programa Ceibal y el Programa Ibirapitá. El Programa Ceibal desarrolla la integración de tecnologías digitales en la educación con el fin de mejorar los aprendizajes y promover la innovación, inclusión y crecimiento personal. En esa línea busca la inclusión digital de niños, niñas y adolescentes<sup>37</sup>. Al mismo tiempo, el programa integra a los docentes en el proceso, pilar fundamental del programa, desarrollando plataformas de soporte como la Biblioteca Digital, Plataforma Adaptativa de Matemática (PAM), CREA y el Sistema de Evaluación en Línea. Se promueve la generación de una red global de aprendizajes, pensamiento computacional y ciudadanía digital. En la agenda digital 2025 se consolida la infraestructura tecnológica de la red y se incentiva el trabajo colaborativo entre todos los actores involucrados creando la Mesa Interinstitucional de Datos (Ceibal, ANEP, MEC e INEEd).

El Programa Ibirapitá promueve la inclusión digital de las personas mayores de 60 años en Uruguay y su objetivo no se limita al uso de la tecnología, sino que busca que las personas se apropien de las TICs a partir

<sup>35</sup> URUGUAY DIGITAL. *Agenda Uruguay Digital 2025*. 2023.

<sup>36</sup> URUGUAY. Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento. Grupo de Trabajo de la Ciudadanía Digital. *Estrategias de ciudadanía digital para una sociedad de la información y el conocimiento*. 2020. Disponible en: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/estrategia-ciudadania-digital-para-sociedad-informacion-conocimiento>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>37</sup> CEIBAL. *¿Qué es Ceibal?* 2023. Disponible en: <https://ceibal.edu.uy/institucional/que-es-ceibal/>. Acceso en: 20 sept. 2023.

de la puesta en común de actividades, entretenimiento y aprendizajes que tienen implícito la participación y el relacionamiento. Su propósito es construir una nueva cultura de la vejez y el envejecimiento desde la mirada de sus derechos<sup>38</sup>.

## 2.5 Mercosur

El Protocolo de Ouro Preto, en 1994, estableció la estructura institucional del Mercosur. El Consejo del Mercado Común (CMC) es el órgano superior del bloque, responsable de la conducción política, de la toma de decisiones y de velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción y los acuerdos firmados en su ámbito. El CMC se pronuncia mediante Decisiones. El Grupo del Mercado Común (GMC) es un órgano ejecutivo que colabora en las tareas del CMC y se pronuncia mediante Resoluciones. Por último, la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) es el órgano encargado de asistir al GMC y velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Parte para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-Mercosur y con terceros países y se pronuncia mediante Directivas. Tanto las Decisiones (del CMC), como las Resoluciones (del GMC) como las Directivas (de la CCM) son obligatorias para los Estados Parte<sup>39</sup>.

En el año 2017, el CMC aprobó la Agenda Digital del Mercosur y creó el Grupo Agenda Digital (GAD) a través de la Decisión 27/2017. El GAD es un órgano auxiliar dependiente del GMC y tiene como propósito el desarrollo digital del MERCOSUR. En 2018, aprobó un Plan de Acción para el período 2018-2020 que planteaba compromisos relacionados con: infraestructura digital y conectividad; seguridad digital; economía digital; habilidades digitales; gobierno digital, gobierno abierto e innovación pública; aspectos técnicos y regulatorios; entre otros.

Actualmente el trabajo del GAD se desarrolla a partir de propuestas y estudios técnicos de las siguientes comisiones creadas en 2022: de Firma Digital, de Inclusión Digital, de Gobierno Digital, y de Ciberseguridad. Entre los principales logros alcanzados hasta el momento se encuentra el Acuerdo de Reconocimiento Mutuo de Certificados de Firma Digital del Mercosur (Decisión 11/19), el Acuerdo para la Eliminación del Cobro de Cargos de Roaming Internacional para Usuarios Finales del Mercosur (Decisión 01/19) y el Acuerdo sobre Comercio Electrónico del Mercosur (Decisión 15/20).

Desde 2018, se han realizado 21 reuniones, la última de ellas en mayo de 2023 (al momento de realizado este estudio, el acta de esta reunión no estuvo disponible). En la reunión de octubre de 2022, se presentó la actualización del Plan de Acción 2021-2023<sup>40</sup> y en la reunión de noviembre, el tema central fue la inclusión digital. Como se observa en el siguiente cuadro, la última versión disponible del Plan de Acción se estructura en los siguientes siete ejes y en cada uno de ellos se plantea el objetivo general a alcanzar<sup>41</sup>:

**Cuadro 1** - Líneas de acción y objetivos del Plan de Acción 2021-2023 del Mercosur

Eje	Objetivo general
Infraestructura digital y conectividad	Promover el desarrollo de infraestructuras digitales y conectividad regional asequible y de calidad para todas las personas, especialmente en regiones con mayores dificultades de acceso, e impulsar proyectos binacionales, regionales y del Mercosur con otras regiones.
Marco digital regional	Impulsar el intercambio comercial de productos y servicios por medios digitales entre los países miembros, y adecuar las normas regionales para fomentar el comercio transfronterizo.

<sup>38</sup> IBIRAPITÁ. *Programa Ibirapitá: navega, aprendé, compartí*. 2023. Disponible en: <https://ibirapita.org.uy/>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>39</sup> MERCOSUR. *Protocolo de Ouro Preto*. Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur. 1994. Disponible en: <https://www.mercosur.int/documento/protocolo-ouro-preto-adicional-tratado-asuncion-estructura-institucional-mercosur/>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>40</sup> MERCOSUR. *Borrador del Plan de Acción 2021-2023*. 2022. Disponible en: <https://documentos.mercosur.int/public/reuniones/doc/9361>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>41</sup> MERCOSUR. *Borrador del Plan de Acción 2021-2023*. 2022. Disponible en: <https://documentos.mercosur.int/public/reuniones/doc/9361>. Acceso en: 21 sept. 2023.

Eje	Objetivo general
Seguridad y confianza en el entorno digital	Fortalecer la coordinación y cooperación en ciberseguridad. Promover políticas y estrategias de ciberseguridad, así como mejorar los procesos y capacidades a nivel del bloque en su conjunto.
Firma digital	Avanzar en la instrumentación de la firma digital transfronteriza, implementando soluciones interoperables que faciliten transacciones digitales y el intercambio de documentos electrónicos oficiales producidos en el bloque.
Gobierno digital	Desarrollar una red regional segura, basada en nuevas tecnologías que permitan el intercambio de información.  Aumentar la cooperación técnica y el intercambio de experiencias.
Medición de la economía digital en el MERCOSUR	Realizar un seguimiento al avance de la economía digital a nivel nacional y regional, a través de indicadores que cumplan con los estándares internacionales.
Inclusión digital	Promover el desarrollo de competencias y habilidades digitales en todas las personas, a través de la ejecución de políticas que revertan las desigualdades en inclusión digital.

**Fuente:** elaboración propia a partir de Mercosur<sup>42</sup>.

Si bien la aprobación de la Agenda Digital y la creación de un grupo responsable de avanzar en este tema parece ser un paso significativo. El CMC ha aprobado sólo cuatro Decisiones vinculadas a la digitalización. Además, solo dos de ellas, se vinculan al proceso de integración. Como fue mencionado, una de ellas fue la aprobación de la Agenda Digital del Mercosur (Decisión 27/2017) y, en segundo lugar, la aprobación del Plan de Acción para el Desarrollo y la Convergencia de Plataformas Digitales para la Solución de Conflictos

<sup>42</sup> MERCOSUR. *Borrador del Plan de Acción 2021-2023*. 2022. Disponible en: <https://documentos.mercosur.int/public/reuniones/doc/9361>. Acceso en: 21 sept. 2023.

de Consumo en los Estados Parte en 2019, (Decisión 17/2019). Las dos restantes se refieren a reglamentos internos como son El Uso de la Firma Digital en el ámbito de la estructura Institucional del Mercosur (Decisión 18/2018) y el Acuerdo de Reconocimiento Mutuo de Certificados de Firma Digital del Mercosur en 2019 (Decisión 11/2019)<sup>43</sup>.

Vale destacar que si bien las Decisiones 27/2017, 11/2019 y 17/2019 no necesitan ser incorporadas al ordenamiento jurídico de los Estados Parte por reglamentar aspectos de la organización o funcionamiento del bloque, la Decisión 18/2018 requiere que cada Estado lo incorpore en su ordenamiento jurídico y hasta el momento solo Uruguay lo ha hecho a través del Decreto 397/19<sup>44</sup>.

Además, el GMC ha aprobado dos Resoluciones en este tema y ambas se refieren a aspectos institucionales del bloque. La Resolución 22/2004 sobre el uso de la firma digital en el ámbito de la Secretaría del Mercosur y la Resolución 01/2020 se refiere al procedimiento operativo para el uso de la firma digital en el ámbito de la estructura institucional del bloque. Estas Resoluciones no requieren la incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte.

Por último, se han aprobado dos Directivas en este tema por parte de la CCM. La primera sobre la Certificación Digital (Directiva 30/2009) vinculada al Régimen de Origen que fue derogada por la Directiva 04/2010 sobre Certificación de Origen Digital. Esta última, ha sido incorporada al ordenamiento jurídico de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay<sup>45</sup>.

### 3 Análisis comparativo de las estrategias del bloque

Para evaluar el nivel de avance en cuanto a la implementación de las estrategias digitales en los países del Mercosur se considerarán las dimensiones comprendi-

<sup>43</sup> BARTESAGHI, I. *Mercosur: su desarrollo normativo frente a las tendencias mundiales*. Montevideo: Grupo Magro Editores, 2020.

<sup>44</sup> URUGUAY. *Decreto n° 397/019. 2019*. Incorporación al ordenamiento jurídico nacional la decisión del Consejo del Mercado Común del Mercosur (CMC) n° 18/18. Uso de firma digital en el ámbito de la estructura institucional del Mercosur. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/397-2019>. Acceso en: 20 sept. 2023.

<sup>45</sup> BARTESAGHI, I. *Mercosur: su desarrollo normativo frente a las tendencias mundiales*. Montevideo: Grupo Magro Editores, 2020.

das en el Reporte de Gobierno Electrónico de Naciones Unidas<sup>46</sup> que mide el desempeño de los países de América Latina y el Caribe entre sí. El reporte contempla tres dimensiones: 1) el índice de desarrollo de gobierno electrónico (EGDI), que es el resultado del promedio ponderado de tres subíndices suplementarios (servicios en línea, infraestructura de telecomunicaciones y capital humano), 2) índice de participación electrónica y 3) índice de datos abiertos de gobierno. Los últimos registros disponibles corresponden al año 2022 e incluyen a 193 estados miembros de Naciones Unidas.

Como introducción al análisis del índice se aborda primeramente el reporte desde una perspectiva global aportando el relevamiento de las posiciones de países en diferentes regiones del mundo para luego centrar el análisis en América Latina y especialmente, en el Mercosur.

En el EGDI, Dinamarca es el líder mundial, manteniendo esta posición desde 2018. Entre los diez mejores, el 50% son países de Europa del Norte, destacándose Dinamarca (1), Finlandia (2), Islandia y Suecia (5) y Estonia (8). Por otro lado, Reino Unido por primera vez desde 2001, deja de estar comprendido entre los diez mejores del mundo (11). Con respecto a Asia, es República de Corea el país mejor rankeado (3). En Oceanía es Nueva Zelanda (4) y Estados Unidos (10) en América del Norte. En América Latina y el Caribe, Uruguay es el líder regional por ocho años consecutivos y de los 33 países miembros de la región el 58% supera el promedio global (0,6102)<sup>47</sup>.

El subíndice servicios en línea comprende cinco dimensiones: marco institucional (10%), provisión de contenido (5%), provisión de servicios (45%), participación electrónica (35%) y tecnología (5%). Se analiza no solo su disponibilidad, sino también su nivel de digitalización. En la mayoría de los países analizados se observa que ofrecen servicios en línea, pero aún hay espacio para mejorar y migrar a transacciones completamente en línea. En el mundo, Estonia se lleva el primer lugar, seguido por República de Corea. Por Oceanía, es Nueva Zelanda (6) y Estados Unidos (9) por América del Norte<sup>48</sup>.

En referencia al índice de participación electrónica, se evalúa la provisión de información para la participación (el gobierno proporciona información a personas), la consulta (el gobierno consulta sobre políticas o prestación de servicios) y la toma de decisiones (el gobierno involucra a personas en la toma de decisiones). A nivel mundial, Japón fue por primera vez el líder, seguido por Australia, Estonia y Singapur<sup>49</sup>.

El índice de datos abiertos es un derivado del subíndice servicios en línea y evalúa la disponibilidad de los datos abiertos en general y en seis sectores clave involucrados con los ODS, siendo éstos: educación, empleo, medio ambiente, salud, justicia y protección social. A nivel mundial, once países destacan en este índice, siete de Europa (Estonia, Países Bajos, España, Suecia, Portugal y Suiza), dos asiáticos (Singapur y Arabia Saudita), dos oceánicos (Australia y Nueva Zelanda) y uno de Latinoamérica (Perú). Este último se ubica entonces como el mejor de América Latina y el Caribe y por encima de Canadá y Estados Unidos<sup>50</sup>.

Como muestra el Cuadro 2, la comparación de los tres índices sin apertura de subíndices evidencia con respecto al bloque Mercosur y América Latina y el Caribe un posicionamiento muy alto de Uruguay ocupando los primeros lugares en gobierno electrónico y desarrollo de políticas de datos abiertos y el octavo lugar en participación electrónica. Lo sigue Brasil y Argentina, mientras que Paraguay está significativamente muy por debajo en el ranking ubicándose entre la posición 11 y 17 en los diferentes índices. Se destaca también la posición de Chile, que ocupa el segundo lugar en gobierno electrónico y la de Perú en datos abiertos y participación electrónica. Asimismo, en lo que respecta al posicionamiento en estos tres índices a nivel mundial el bloque Mercosur evidencia una posición relevante de Uruguay, Brasil y Argentina, liderando Uruguay en el desarrollo del gobierno electrónico (35) y datos abiertos (12), Brasil en participación electrónica (11), seguidos por Argentina (41-51), mientras que Paraguay abre aún más la brecha ubicándose en posiciones entre 76 y 94. Por otro lado, con referencia a otros países de América Latina,

<sup>46</sup> UNITED NATIONS. *UN E-Government Knowledgebase*. 2023. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>47</sup> UNITED NATIONS. *UN E-Government Knowledgebase*. 2023. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>48</sup> UNITED NATIONS. *UN E-Government Knowledgebase*. 2023.

Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>49</sup> UNITED NATIONS. *UN E-Government Knowledgebase*. 2023. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>50</sup> UNITED NATIONS. *UN E-Government Knowledgebase*. 2023. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/>. Acceso en: 21 sept. 2023.

Perú destaca en su posición en los tres índices. Entre los países del Caribe destacan Bahamas y Granada (8).

**Cuadro 2** - Reporte de Gobierno Electrónico de Naciones Unidas

	Índice Gob Electrónico			Índice E-Participación			Índice Datos Abiertos		
	Puntos	ALC	Mundo	Puntos	ALC	Mundo	Puntos	ALC	Mundo
URUGUAY	0,8388	1	35	0,5909	8	61	0,9859	2	12
Chile	0,8377	2	36	0,6477	6	43	0,7915	10	58
ARGENTINA	0,8198	3	41	0,8977	7	51	0,8930	8	43
BRASIL	0,7910	4	49	0,5568	1	11	0,9493	3	25
Costa Rica	0,7659	5	56	0,7614	9	63	0,9437	4	26
Perú	0,7524	6	59	0,7273	2	23	1,0000	1	1
México	0,7473	7	62	0,3977	3	32	0,9296	5	32
Bahamas	0,7277	8	66	0,2045	15	95	0,3831	22	130
Granada	0,7277	8	66	0,7159	26	157	0,1127	30	182
Colombia	0,7261	10	70	0,3977	4	37	0,9014	6	38
Barbados	0,7117	11	79	0,5114	16	95	0,2563	26	154
Panamá	0,6956	12	82	0,7045	10	76	0,9014	7	38
Ecuador	0,6889	13	84	0,2045	5	41	0,8451	9	53
San Cristóbal y Nieves	0,6775	14	87	0,4545	27	157	0,2141	28	165
República Dominicana	0,6429	15	92	0,2386	12	86	0,7634	12	67
Trinidad and Tobago	0,6339	16	93	0,5114	23	143	0,5465	16	101
PARAGUAY	0,6332	17	94	0,3182	11	76	0,6085	15	94
Bolivia	0,6165	18	98	0,4205	20	115	0,5437	17	102

**Fuente:** Elaboración propia a partir de ONU<sup>51</sup>.

En el análisis de los subíndices del EGDI, como se muestra en el Cuadro 3, se interpreta en relación con el posicionamiento del bloque Mercosur y América Latina y el Caribe, que Uruguay lidera en infraestructura de telecomunicaciones (1), Brasil en servicios en línea (1) y Argentina en capital humano (1). Los tres países tienen una posición destacada en el desarrollo de los tres subíndices. Sin embargo, Paraguay mantiene la brecha mencionada anteriormente, posicionándose muy por debajo con respecto al bloque (posición entre 13 y 24). Se evidencia también que Chile, Perú y México ocupan posiciones desatascadas dentro de América Latina en las tres dimensiones. Es significativo que Perú (6) superó por primera vez a países como México y Colombia, fundamentalmente por su mejora en servicios en línea. Se informa una caída constante de Colombia desde 2010, del puesto 1 al 10, caída sustentada por su evaluación de servicios en línea e infraestructura de las telecomunicaciones. Si se observa la perspectiva del ranking entre los países del mundo miembro de ONU, se evidencia un comportamiento similar, liderando Brasil en servicios en línea, Argentina en capital humano y Uruguay en infraestructura tecnológica. Paraguay marca también la brecha en el bloque ubicándose en posiciones muy inferiores (entre 94 y 110) con relación a los otros países miembros.

<sup>51</sup> UNITED NATIONS. *UN E-Government Knowledgebase*. 2023. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/>. Acceso en: 21 sept. 2023.

**Cuadro 3** - Reporte de Gobierno Electrónico con apertura de Subíndices

	Índice Gob Electrónico			Servicios en Línea			Infraestructura Teles			Capital Humano		
	Puntos	ALC	Mundo	Puntos	ALC	Mundo	Puntos	ALC	Mundo	Puntos	ALC	Mundo
URUGUAY	0,8388	1	35	0,7641	7	52	0,8543	1	29	0,898	2	33
Chile	0,8377	2	36	0,829	2	30	0,7999	3	49	0,8853	4	37
ARGENTINA	0,8198	3	41	0,8089	5	38	0,7332	8	69	0,9173	1	20
BRASIL	0,791	4	49	0,8964	1	14	0,6814	11	78	0,7953	12	72
Costa Rica	0,7659	5	56	0,6812	9	71	0,7572	6	63	0,8993	7	52
Perú	0,7524	6	59	0,8099	4	37	0,6267	16	94	0,8207	9	63
México	0,7473	7	62	0,8245	3	31	0,63	15	92	0,7874	13	77
Bahamas	0,7277	8	66	0,6214	11	80	0,7976	4	51	0,7641	16	88
Granada	0,7277	8	66	0,5507	14	94	0,7348	7	67	0,8977	3	34
Colombia	0,7261	10	70	0,7418	8	59	0,6498	14	88	0,7867	14	78
Barbados	0,7117	11	79	0,5388	16	97	0,7318	9	70	0,8645	6	49
Panamá	0,6956	12	82	0,6741	10	72	0,6603	13	86	0,7525	18	95
Ecuador	0,6889	13	84	0,7651	6	50	0,5269	25	115	0,7748	15	82
San Cristóbal y Nieves	0,6775	14	87	0,3307	28	155	0,8293	2	38	0,8724	5	42
República Dominicana	0,6429	15	92	0,6183	12	81	0,5567	23	111	0,7539	17	93
Trinidad and Tobago	0,6339	16	93	0,4892	19	109	0,6717	12	81	0,7409	21	103
PARAGUAY	0,6332	17	94	0,6059	13	86	0,5989	17	98	0,6947	24	110
Bolivia	0,6165	18	98	0,5193	17	102	0,5813	19	103	0,7483	19	97

**Fuente:** Elaboración propia a partir de ONU<sup>52</sup>.

Para ello, más allá de las decisiones individuales de inversión en estas tecnologías, el Estado tiene un rol clave dados los requerimientos de inversión, por ejemplo, en infraestructura de telecomunicaciones y digitalización para que estas tecnologías funcionen en forma óptima, así como en el desarrollo de políticas que faciliten su incorporación por parte de los agentes. En tal sentido, es clave el desarrollo e implementación de estrategias digitales desde el Estado y demás actores involucrados en un esfuerzo colectivo hacia la construcción de la ciudadanía digital<sup>53</sup>. Según la UNESCO<sup>54</sup>, esto último comprende no solo el desarrollo de las competencias para la utilización de la tecnología digital, sino el ser crítico con la información que se maneja, conscientes del impacto social y económico de la tecnología, así como los derechos y obligaciones que se generan en el entorno digital.

De la interpretación del Reporte de Gobierno Electrónico de Naciones Unidas<sup>55</sup> y la información comprendida en los capítulos precedentes se desprende que Uruguay se consolida dentro del bloque como un país referente en el desarrollo de gobierno electrónico, infraestructura, participación electrónica y datos abiertos

<sup>52</sup> UNITED NATIONS. *UN E-Government Knowledgebase*. 2023. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>53</sup> URUGUAY. Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento. Grupo de Trabajo de la Ciudadanía Digital. *Estrategias de ciudadanía digital para una sociedad de la información y el conocimiento*. 2020. Disponible en: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/estrategia-ciudadania-digital-paro-sociedad-informacion-conocimiento>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>54</sup> UNESCO. *La ciudadanía digital como política pública en educación en América Latina*. 2020. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376935>. Acceso en: 21 sept. 2023.

<sup>55</sup> UNITED NATIONS. *UN E-Government Knowledgebase*. 2023. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/>. Acceso en: 21 sept. 2023.



de gobierno. Esto ha permitido que avanzara liderando en incluir en su agenda digital objetivos relativos a sostenibilidad, inclusión y equidad impactando en la democratización de la digitalización. Los otros países del bloque trabajan en la misma línea, pero con un horizonte a más largo plazo. Le sigue Brasil con dificultades en el acceso a internet evidenciando cierto nivel de desigualdad en las condiciones de uso y apropiación de las TICs donde trascienden realidades nacionales más críticas para el desarrollo de internet a nivel país. De acuerdo a los resultados mencionados en tercer lugar se ubica Argentina y por último, más distante, Paraguay.

## 4 Conclusiones

La transformación digital en los últimos tiempos ha impulsado procesos de digitalización disruptivos, comprendiendo oportunidades y desafíos para los países a la hora de diseñar estrategias, así como garantizar su coherencia e implementación para un desarrollo exitoso. Ésta se constituye con carácter de estrategia digital y tiene implícito la elaboración por parte de los gobiernos de una Agenda Digital y la construcción de ciudadanía digital, en tanto, los actores involucrados del sistema, el Estado, la academia, las empresas, la sociedad civil y los ciudadanos, son responsables en forma conjunta de construir ciudadanía en entornos digitales.

La revisión bibliográfica revela que, así como es relevante para el proceso de transformación digital operar de manera sinérgica entre los distintos actores de un mismo país, tan importante es trabajar de manera coordinada y colaborativa en un plan estratégico digital conjunto a nivel del bloque Mercosur. La evolución de las agendas digitales muestra un grado de avance con relación a objetivos de gobernanza, institucionalización, infraestructura, conectividad y, en los últimos tiempos, inclusión y equidad de la ciudadanía. Sin embargo, esta evolución no ha sido acompañada de la misma forma por los países miembros del bloque.

Es así como, si bien los países miembros del Mercosur como el bloque han mostrado intención de avanzar en la incorporación de la digitalización dado que todos cuentan con una Agenda Digital y organismos o agencias encargadas de su implementación, los resultados indican que aún es crucial que los gobiernos generen las condiciones de acceso necesarias para su implemen-

tación. Por ejemplo, la inversión en infraestructura que permita el acceso generalizado de la población y empresas, así como su capacitación, contribuyendo a la inclusión social en digitalización. En este sentido, Uruguay es el país donde se han realizado más avances y aparece mejor posicionado.

La capacidad de adaptación de las estrategias digitales resulta esencial. Los avances tecnológicos requieren que cada país y el Mercosur en su conjunto sean capaces de adaptar su funcionamiento y en muchos casos el ordenamiento jurídico, de forma tal de aprovechar las ventajas y dar las garantías necesarias a los participantes. Este es el caso del comercio electrónico y todas las medidas de ciberseguridad que estas transacciones implican.

Se evidencia que el Mercosur tiene un posicionamiento importante en la medición de indicadores de digitalización con respecto a América Latina y El Caribe. Esto se ha logrado a partir del puntaje destacado de Uruguay en gobierno electrónico, desarrollo de políticas de datos abiertos e infraestructura de telecomunicaciones; Brasil logra destacar en materia de participación electrónica y servicios en línea, Argentina les sigue de cerca y lidera en capital humano y en una posición muy por debajo Paraguay marcando una brecha significativa con respecto al bloque Mercosur. Esto evidencia que hay logros, pero aún persisten brechas importantes a superar, en virtud de que se registran diferencias relevantes que pueden ser un obstáculo para el bloque, como ser las existentes en relación con el comercio intrarregional, la facilitación del comercio, la inserción en cadenas globales de valor y los procesos de negociación de nuevos acuerdos regionales con países o bloques más avanzados en este tema.

El estudio permite concluir que, si bien se han logrado avances a nivel del bloque Mercosur en materia de gobierno digital, es imprescindible fortalecer una estrategia común que permita la implementación de acciones, así como el desarrollo de indicadores para medir el progreso y el impacto en la sociedad civil, el comercio y otros sectores relevantes. La falta de una estrategia integral se constituye como un obstáculo para la maximización de los beneficios del gobierno digital y limita su potencial transformador. El desafío apunta entonces a desarrollar una estrategia común sólida, con acciones alineadas entre sí y con indicadores claros que permitan evaluar en forma precisa el impacto del gobierno digi-

tal y trabajar hacia la construcción de políticas públicas más eficientes, transparentes y orientadas al ciudadano.

## Referencias

- ABOAL, D.; CRESPI, G.; QUEIJO, V.; TEALDE, E. *ICT, size of the firm and productivity*. 2018. Disponible en: [https://www.bcu.gub.uy/Comunicaciones/Jornadas%20de%20Economa/Emiliano\\_Tealde.pdf](https://www.bcu.gub.uy/Comunicaciones/Jornadas%20de%20Economa/Emiliano_Tealde.pdf). Acceso en: 19 sept. 2023.
- ARGENTINA. Decreto 554/1997. *Boletín Oficial de la República Argentina*, n. 28672, 1ª. sección, p. 2, 23 jun. 1997. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7168461/19970623?busqueda=1>. Acceso en: 19 sept. 2023.
- ARGENTINA. Decreto 996/2018, Agenda Digital Argentina. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 1ª. sección, 2018. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/195154/20181105>. Acceso en: 19 sept. 2023.
- BARANN, B.; HERMANN, A.; CORDES, A.-K.; CHASIN, F.; BECKER, J. Supporting digital transformation in small and medium-sized enterprises: a procedure model involving publicly funded support units. *In: HAWAII INTERNATIONAL CONFERENCE ON SYSTEM SCIENCES*, 52. *Proceedings* [...], 8 enero 2019. p. 4977-4986. DOI: 10.24251/HICSS.2019.598. Disponible en: <https://www.semanticscholar.org/paper/Supporting-Digital-Transformation-in-Small-and-A-Barann-Hermann/ae8f987e832661206dce7926639e95b88b40c173>. Acceso en: 19 sept. 2023.
- BARTESAGHI, I. *Mercosur: su desarrollo normativo frente a las tendencias mundiales*. Montevideo: Grupo Magro Editores, 2020.
- BEER, M.; EISENSTAT, R. A. The silent killer of strategy implementation and learning. *MIT Sloan Management Review*, v. 41, n. 4, p. 29-40, 2000. Disponible en: <https://sloanreview.mit.edu/article/the-silent-killers-of-strategy-implementation-and-learning/>. Acceso en: 19 sept. 2023.
- BHATNAGAR, D.; DEWAN, A.; MORENO, M.; KANUNGO, P. World Links for Development Program: (WorLD). *World Bank Group*, 2003. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/356311468150888217/pdf/514480WP0GLB0W10Box342028B01PUBLIC1.pdf>. Acceso en: 19 sept. 2023.
- BRASIL. *Decreto 91.146 de 1985*. Cria o Ministério da Ciência e Tecnologia e dispõe sobre sua estrutura, transferindo-lhe os órgãos que menciona, e dá outras providências. Disponible en: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91146-15-marco-1985-441419-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acceso en: 20 sept. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 10.332, de 28 de abril de 2020*. Institui a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponible en: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/d10332.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10332.htm). Acceso en: 20 sept. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 8.777, de 11 de maio de 2016*. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. Disponible en: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8777.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8777.htm). Acceso en: 20 sept. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 9.319, de 21 de março de 2018*. Institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e estabelece a estrutura de governança para a implantação da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. Disponible en: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9319.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9319.htm). Acceso en: 20 sept. 2023.
- BRASIL. Gobierno Digital. *Estratégia de governo digital + simples e + cidadão*. 2020. Disponible en: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020>. Acceso en: 20 sept. 2023.
- CEIBAL. *¿Qué es Ceibal?* 2023. Disponible en: <https://ceibal.edu.uy/institucional/que-es-ceibal/>. Acceso en: 20 sept. 2023.
- CEPAL. *Agenda Digital para América Latina y el Caribe: eLAC2020*. 2020. Disponible en: <https://conferencia-elac.cepal.org/6/es/documentos/agenda-digital-america-latina-caribe-elac2020>. Acceso en: 20 sept. 2023.
- CEPAL. *Agenda Digital para América Latina y el Caribe: eLAC2022*. 2020. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46439-agenda-digital-america-latina-caribe-elac2022>. Acceso en: 20 sept. 2023.
- CEPAL. *Políticas de fomento para la incorporación de las tecnologías digitales en las micro, pequeñas y medianas empresas*

- de América Latina: revisión de experiencias y oportunidades*. 2020. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45096-politicas-fomento-la-incorporacion-tecnologias-digitales-micro-pequenas-medianas>. Acceso en: 20 sept. 2023.
- CHANIAS, S.; MYERS, M.; HESS, T. Digital transformation strategy making in pre-digital organizations: the case of a financial services provider. *Journal of Strategic Information Systems*, v. 28, n. 1, p. 17-33, 2019. DOI: 10.1016/j.jsis.2018.11.003.
- CONATEL. *Proyecto Plan Nacional de Telecomunicaciones 2021 – 2025*. 2021. Disponible en: <https://www.conatel.gov.py/conatel/wp-content/uploads/2021/08/proy-pnt21-25-rd-1790-2021-consulta-publica.pdf>. Acceso en: 20 sept. 2023.
- CORREANI, A.; MASSIS, A.; NATALICCHIO, A. Implementing a digital strategy: learning from the experience of three digital transformation projects. *California Management Review*, v. 62, n. 4, p. 37-56, 2020. DOI: 10.1177/0008125620934864.
- GARCÍA ZABALLOS, Antonio; IGLESIAS RODRÍGUEZ, Enrique; PUIG GABARRÓ, Pau. *Informe anual del Índice de Desarrollo de la Banda Ancha*. IDBA 2020. Banco Interamericano de Desarrollo, jun. 2021. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Informe-anual-del-Indice-de-Desarrollo-de-la-Banda-Ancha-IDBA-2020-Brecha-digital-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>. Acceso en: 19 sept. 2023.
- GRUPO RADAR. *El perfil del internauta uruguayo*. Montevideo: Grupo Radar, 2022.
- HAAKER, T.; LY, P. T. M.; NGUYEN-THANH, N.; NGUYEN, H. T. H. Business model innovation through the application of the Internet-of-Things: a comparative analysis. *Journal of Business Research*, v. 126, p. 126-136, 2021. DOI: 10.1016/j.jbusres.2020.12.034.
- IBIRAPITÁ. *Programa Ibirapitá: navega, aprendé, compartí*. 2023. Disponible en: <https://ibirapita.org.uy/>. Acceso en: 21 sept. 2023.
- KATZ, R. L. *Capital humano para la transformación digital en América Latina*. Santiago: CEPAL, 2018. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/43529>. Acceso en: 21 sept. 2023.
- MERCOSUR. *Borrador del Plan de Acción 2021-2023*. 2022. Disponible en: <https://documentos.mercosur.int/public/reuniones/doc/9361>. Acceso en: 21 sept. 2023.
- MERCOSUR. *Protocolo de Ouro Preto*. Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur. 1994. Disponible en: <https://www.mercosur.int/documento/protocolo-ouro-preto-adicional-tratado-asuncion-estructura-institucional-mercosur/>. Acceso en: 21 sept. 2023.
- PARAGUAY. *Ley n° 6207*. Crea el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación y establece su carta orgánica. 2019. Disponible en: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/8933/ley-n-6207-crea-el-ministerio-de-tecnologias-de-la-informacion-y-comunicacion-y-establece-su-carta-organica>. Acceso en: 19 sept. 2023.
- PARAGUAY. Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación. *Lineamientos del Portal Paraguay y Trámites en Línea*. 2023. Disponible en: <https://www.mitic.gov.py/guias-y-documentos>. Acceso en: 20 sept. 2023.
- PARIDA, V.; SJÖDIN, D.; REIM, W. *Reviewing literature on digitalization, business model innovation, and sustainable industry: past achievements and future promises*. Multidisciplinary Digital Publishing Institute, 2019. DOI: 10.3390/su11020391.
- REIS, J.; AMORIM, M.; MELÃO, N.; MATOS, P. Digital transformation: a literature review and guidelines for future research. *Trends and Advances in Information Systems and Technologies*, v. 1, p. 411-421, 2018. DOI: 10.1007/978-3-319-77703-0\_41.
- SIACHOU, E.; VRONTIS, D.; TRICHINA, E. Can traditional organizations be digitally transformed by themselves? The moderating role of absorptive capacity and strategic interdependence. *Journal of Business Research*, v. 124, p. 408-421, 2021. DOI: 10.1016/j.jbusres.2020.11.011.
- UNESCO. *Assessing internet development in Brazil: using UNESCO's Internet Universality ROAM-X Indicators*. 2019. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372330>. Acceso en: 21 sept. 2023.
- UNESCO. *La ciudadanía digital como política pública en educación en América Latina*. 2020. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376935>. Acceso en: 21 sept. 2023.

UNITED NATIONS. *UN E-Government Knowledgebase*. 2023. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/>. Acceso en: 21 sept. 2023.

URUGUAY DIGITAL. *Agenda Uruguay Digital 2025*. 2023.

URUGUAY. Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento. Grupo de Trabajo de la Ciudadanía Digital. *Estrategias de ciudadanía digital para una sociedad de la información y el conocimiento*. 2020. Disponible en: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/estrategia-ciudadania-digital-para-sociedad-informacion-conocimiento>. Acceso en: 21 sept. 2023.

URUGUAY. *Decreto n° 205/006*. 2006. Reglamentación para el funcionamiento de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno Electrónico. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/205-2006/1>. Acceso en: 20 sept. 2023.

URUGUAY. *Decreto n° 397/019*. 2019. Incorporación al ordenamiento jurídico nacional la decisión del Consejo del Mercado Común del Mercosur (CMC) n° 18/18. Uso de firma digital en el ámbito de la estructura institucional del Mercosur. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/397-2019>. Acceso en: 20 sept. 2023.

VERHOEF, P. C.; BROEKHUIZEN, T.; BART, Y.; BHATTACHARYA, A.; QI DONG, J.; FABIAN, N.; HAENLEIN, M. Digital transformation: a multidisciplinary reflection and research agenda. *Journal of Business Research*, v. 122, p. 889-901, 2021. DOI: 10.1016/j.jbusres.2019.09.022.

ZELADA, S. *COVID-19, un acelerador de la transformación digital*. Deloitte Touche Tohmatsu Limited (DTTL), 2020. DOI: 10.36881/yachay.v10i1.396.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Digitalización de Pymes en el Mercosur:** el caso de Argentina y Uruguay

**Digitalization of SMEs in Mercosur:** the case of Argentina and Uruguay

Adriana Bonomo-Odizzio

Catherine Krauss-Delorme

Armando Borrero-Molina

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

# Digitalización de Pymes en el Mercosur: el caso de Argentina y Uruguay\*

## Digitalization of SMEs in Mercosur: the case of Argentina and Uruguay

\* Recibido em 01/06/2023  
Aprovado em 10/10/2023

\*\* Profesora e Investigadora de la Universidad Católica del Uruguay (UCU) en la Facultad de Ciencias Empresariales y Centro Ithaka de Emprendimiento e Innovación. Doctoranda en Administración de Empresas por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA); Diploma de Estudios Avanzados (Aptitud Investigadora) Universidad de Deusto. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación. Ha realizado el Symposium for Entrepreneurship Educators en Babson College, Estados Unidos. Su investigación se centra en temas relacionados con el espíritu empresarial, la educación empresarial, las PYME y GUESSS. Participa en grupos de investigación a nivel latinoamericano. Email: abonomo@ucu.edu.uy

\*\*\* Doctora en Economía y Dirección de Empresas de la Universidad de Deusto, España. Docente de Alta Dedicación en el Centro Ithaka de Emprendimiento e Innovación y en el Departamento de Administración y Negocios de la Universidad Católica del Uruguay. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores de la Agencia Nacional de Investigación e innovación. Áreas de interés en la investigación son las actitudes emprendedoras de los estudiantes universitarios y enseñanza del emprendedurismo. Es parte del equipo de GUESSS en Uruguay y forma parte de grupos de investigación a nivel latinoamericano sobre educación emprendedora, emprendedurismo, empresa familiar, PYME. Email: ckrauss@ucu.edu.uy

\*\*\*\* Doctor en Informática de la Universidad de Versailles, Saint Quentin en Yvelines, Francia; Magíster en Administración de Empresas, mención Gerencia; Ingeniero de Sistemas, mención Investigación de Operaciones, de la Universidad de Los Andes, Venezuela. Director de las carreras de Informática en el Campus Salto de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor de Alta Dedicación del Departamento de Informática – Facultad de Ingeniería y Tecnologías – UCU. Ha realizado investigación en diversos temas relacionados con las áreas de Informática y Estadística, orientados a las Telecomunicaciones, Enrutamiento de paquetes de información en Redes Completamente Ópticas, Algorítmica, Simulación, Análisis Estadístico de Datos. Email: armando.borrero@ucu.edu.uy

Adriana Bonomo-Odizzio\*\*

Catherine Krauss-Delorme\*\*\*

Armando Borrero-Molina\*\*\*\*

### Resumen

La digitalización de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en el marco del Covid-19 impactó directamente en su sobrevivencia. Como evidenció el estudio enfocado a muestra de 192 empresas de Argentina y Uruguay y exploratorio de 20 startups. Entre los resultados se destaca: la necesidad de una mayor incorporación en los procesos de la empresa de sistemas informáticos; para lograr madurez digital es necesario el compromiso de los niveles jerárquicos, una mayor inversión en infraestructura y en capacitación, así como adoptar tecnología digital, analítica de datos, y mejora de la comunicación interna y externa. Es imprescindible cerrar las brechas de conectividad y uso de las TIC observándose la importancia de los apoyos gubernamentales. Existen pocos estudios, que determinen que variables influyen más en el desarrollo de las pymes, la contribución de este trabajo es que busca impactar en la competitividad de las empresas para su transformación digital, concluyendo que aumentar el compromiso con la madurez digital y la formación en competencias digitales es el factor competitivo determinante para lograrlo. Limitaciones del estudio se basa en el análisis de solamente dos países del Mercosur, por lo que se recomienda analizar en futuras investigaciones la totalidad de los integrantes.

**Palabras claves:** transformación digital; madurez digital; competencias digitales; Pymes; Mercosur.

### Abstract

The digitalisation of small and medium-sized enterprises (SMEs) in the framework of Covid-19 directly impacted their survival. The study focused on a sample of 192 companies in Argentina and Uruguay and an exploratory study of 20 startups. Among the results, the following stand out: the need for greater incorporation of IT systems in the company's processes; to achieve digital maturity, the commitment of hierarchical levels, more significant investment in infrastructure and training, as well as the adoption of digital technology, data analytics, and improved internal and external communication are necessary. It is essential to close the gaps in connectivity and ICT use, noting the importance of government support. Few studies deter-

mine which variables most influence the development of SMEs; the contribution of this study is that it seeks to have an impact on the competitiveness of companies for their digital transformation, concluding that increasing commitment to digital maturity and training in digital skills is the determining competitive factor for achieving this. Limitations of the study are based on the analysis of only two Mercosur countries, so it is recommended that all members be analysed in future research.

**Keywords:** digital transformation; digital maturity; digital skills; SMEs; Mercosur.

## 1 Introducción

En el marco del proyecto financiado por la Konrad Adenauer: **“Efectos de la digitalización, inteligencia artificial, Big Data e industria 4.0 en el trabajo de las Pymes en Latinoamérica”** con la participación de investigadores académicos de Argentina, Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay, se realizó una muestra de 480 pymes y 50 startups. El objetivo de esta investigación fue analizar los cambios que las transformaciones tecnológicas de la Revolución 4.0 afectan a las pymes en el Mercosur y la forma en que las organizaciones crean valor y deben desarrollar nuevas habilidades dentro de las compañías.

A los efectos de este paper se considerará solamente los resultados para los países miembros del Mercosur, Argentina y Uruguay que en conjunto implican 212 empresas; abordando el punto de vista normativo; los espacios de cooperación creados por el bloque y la identificación de programas específicos sobre la digitalización.

El diseño metodológico incluyó un estudio exploratorio y una investigación cuantitativa para analizar las variables que inciden en la digitalización de las Pymes de la región. La recolección de datos se realizó en el período febrero-junio/2021, de manera auto administrada en línea, a través de plataforma Qualtrics.

Este período coincide con el segundo año de la pandemia respetando las regulaciones de los diferentes países participantes. En ese marco los impactos económicos, las medidas y protocolos de seguridad a nivel de

las empresas y de las personas marcó la realidad de cada nación de una forma única en este siglo<sup>1</sup>.

Un aspecto clave al analizar las empresas a nivel latinoamericano es la diferencia criterios al definir el tamaño de las empresas.

Independientemente de la clasificación de empresas común para el Mercosur (definida por la cantidad de empleados, ventas anuales y sector de actividad); según Fundación Observatorio Pyme, cada miembro implementa su propio criterio<sup>2</sup>.

En Argentina, los criterios utilizados son: tope de ventas anuales, tope de personal ocupado y tope de activos, los que varían según el sector de actividad de la empresa (Construcción, Servicios, Comercio, Industria y Minería, Agropecuario). Los mismos se actualizaron con la disposición 88/2023 del Ministerio de Economía<sup>3</sup>.

En Brasil, el Banco Nacional de Desarrollo utiliza rangos de facturación, pero con mayores montos que en el resto de los países del bloque, mientras que en el caso de Uruguay y Paraguay se utiliza el doble criterio de facturación y empleados para todos sus sectores económicos<sup>4</sup>.

### 1.1 Normas jurídicas en el Mercosur

Desde la perspectiva legal, existen diversas normativas tanto en Argentina como en Uruguay que buscan fomentar, en primer lugar, el establecimiento de pymes, y, de forma más específica en los últimos años, la transformación digital de las mismas.

En términos generales, se puede afirmar que el Mercosur hizo un buen trabajo a la hora de fomentar el desarrollo de las pymes en sus países miembros. A partir

<sup>1</sup> FRIZERA, Thiago de Oliveira; GONÇALVES, Luisa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant’Ana. O dever humano de promoção da saúde: a aviação comercial internacional em períodos de calamidade sanitária e do retorno à normalidade. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 2, p. 55-71, 2021.

<sup>2</sup> URIBE, Elizabeth Ángeles. *Definición de PYME, zona Mercosur*. 2013. Disponible en: <https://observatoriodenoticias.redue-alcue.org/mundo-pyme/>. Acceso en: 24 mayo 2023.

<sup>3</sup> ARGENTINA. Ministerio de Economía. *Disposición 88/2023*. 2023. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/disposici%C3%B3n-88-2023-381600>. Acceso en: 27 mayo 2023.

<sup>4</sup> URIBE, Elizabeth Ángeles. *Definición de PYME, zona Mercosur*. 2013. Disponible en: <https://observatoriodenoticias.redue-alcue.org/mundo-pyme/>. Acceso en: 24 mayo 2023.

de la resolución 59 del año 1998, los gobiernos de los distintos países se comprometieron a adoptar medidas que contribuyeran a la obtención de mayores beneficios económicos por las pymes. Si bien los objetivos de crear líneas de financiamiento a nivel regional y otras iniciativas de integración internacional no se alcanzaron en la medida de lo esperado, sí se logró simplificar en manera tributaria y aumentar la cantidad de programas orientados a las pymes en la región<sup>5</sup>.

En el caso de Argentina proporciona distintos beneficios fiscales a las empresas registradas como pymes, además de acceso a distintas líneas de crédito para financiar las empresas, programas de apoyo a la competitividad y capacitaciones<sup>6</sup>. Asimismo, existe un Centro de Ayuda PYME a cargo del Ministerio de Desarrollo Productivo, que acerca soluciones a los empresarios e informa sobre todas las políticas de ayuda de las que dispone por parte de las distintas agencias del Estado<sup>7</sup>.

Por su parte, en Uruguay, se pueden destacar los regímenes de beneficios fiscales para las mipymes (micro, pequeñas y medianas empresas) contribuyentes del impuesto a la renta, así como herramientas de apoyo tales como capacitación, financiamiento y lineamientos para la internacionalización<sup>8</sup>.

## 2 Transformación digital en el Mercosur

En cuanto a la transformación digital a nivel empresarial impulsada desde el Mercosur se pueden mencionar distintos programas: dentro de la Agenda digital del

bloque se incluyen instancias de programas de formación online comunes<sup>9</sup>, y además es necesario resaltar el acuerdo de comercio electrónico que puede resultar en un mayor aprovechamiento de este por parte de las empresas del bloque<sup>10</sup>. Sin embargo, a nivel normativo estas son las únicas instancias supranacionales que se pueden ver relacionadas indirectamente con los fenómenos de digitalización en el emprendedurismo del Mercosur. La mayor parte de iniciativas políticas en este sentido provienen de los países miembros, y a continuación se ilustran las más relevantes para Argentina y Uruguay.

En Argentina el Plan de Desarrollo Productivo Argentina 4.0, que busca la transformación digital de todos los sectores de la economía, contiene varias propuestas destinadas a las pymes<sup>11</sup>. Se encuentra un catálogo de prestadores de servicios tecnológicos a través de la Red de Asistencia Digital para pymes, que pretende actuar como vínculo público/privado<sup>12</sup>. Por otra parte, se realizan reintegros en capacitaciones para pymes, y entre las temáticas en las que pueden basarse estas capacitaciones hay relacionadas a la transformación digital<sup>13</sup>. Finalmente, se encuentra el programa INDtech, que ofrece soluciones a las pymes a la hora de incorporar tecnologías relacionadas a la industria 4.0 (internet de las cosas, inteligencia artificial, etc.) utilizando como modalidad un hub colaborativo<sup>14</sup>.

Otros programas de interés en Argentina son los créditos para pequeñas y medianas empresas destinados a proyectos estratégicos a través de CreAr (Crédito

<sup>5</sup> ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Mercosur: políticas de apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/mercosur-politicas-apoyo-micro-medianas-empresas#titulo-2>. Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>6</sup> ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Centro de ayuda a la producción*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/centro-de-ayuda-la-produccion>. Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>7</sup> ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Centro de ayuda a la producción*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/centro-de-ayuda-la-produccion>. Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>8</sup> UNIDAD DE APOYO AL SECTOR PRIVADO. *Políticas de apoyo a las MIPYMEs*. 2014. Disponible en: [https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/20140901\\_politicas\\_apoyo\\_mipymes.pdf](https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/20140901_politicas_apoyo_mipymes.pdf). Acceso en: 24 mayo 2023.

<sup>9</sup> MERCOSUR. *Agenda digital*. Disponible en: <https://www.mercosur.int/temas/agenda-digital/>. Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>10</sup> ASTARLOA, Bernardo Díaz de. El comercio electrónico como instrumento para potenciar la integración comercial de las pymes del MERCOSUR: oportunidades y desafíos pendientes. In: MARTINEZ, Ana Laura; PATIÑO, Alejandro (coord.). *El Mercosur frente al cambio tecnológico y la transformación digital*. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2021. p. 49-57.

<sup>11</sup> ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Plan de desarrollo productivo Argentina 4.0*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/planargentina40>. Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>12</sup> ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Red de asistencia digital para PyMEs*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/asistencia-digital-para-pymes>. Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>13</sup> ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Crédito fiscal para Capacitación PyME*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/credito-fiscal-para-capacitacion-pyme>. Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>14</sup> ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *IndTech*. Disponible en: <https://indtech.ar/home.htm>. Acceso en: 28 mayo 2023.



argentino). De esta manera, las inversiones en tecnologías de la información y comunicaciones pueden ser justificadas como gastos en bienes de capital que estén subsidiados a través de créditos de distintas entidades financieras<sup>15</sup>. Además, en este sentido se incorpora el ministerio de Desarrollo Productivo en 2021, que otorga créditos del Banco Nación Argentina a pequeñas y medianas empresas para la adquisición de licencias de software o bienes de la industria 4.0 que pudiesen implementarse en los procesos productivos<sup>16</sup>.

Uruguay, por su parte, tiene un programa implementado por la Agencia Nacional de Desarrollo (ANDE) abocado a la transformación digital de las pymes en el país, cuyo nombre es Modo Digital. Dentro del mismo se ofrecen convocatorias donde se presentan empresas de las TICs como proveedoras de servicios digitales, así como las pymes acceden a programas de capacitación en tecnologías y se otorga financiamiento para lograr la digitalización a través de distintos canales de acuerdo con las necesidades de la empresa<sup>17</sup>. Modo Digital se encuentra financiado por el Programa de Transformación Digital MiPYME UR-L1174 del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), cuya dotación total asciende a 15 millones de dólares<sup>18</sup>. De forma paralela, el Ministerio de Industria, Energía y Minería del Uruguay provee financiamiento para la obtención de software productivo a través de su Fondo Industrial<sup>19</sup> y su Fondo de Vinculación tecnológica<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Solicitar un crédito para medianas y grandes empresas a través de CreAr Inversión Proyectos Estratégicos*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/servicio/solicitar-un-credito-para-medianas-y-grandes-empresas-traves-de-crear-inversion-proyectos>. Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>16</sup> ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Nueva línea de créditos para la digitalización de PyMEs*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/nueva-linea-de-creditos-para-la-digitalizacion-de-pymes>. Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>17</sup> ANDE. *Modo digital*. Disponible en: <https://mododigital.uy/>. Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>18</sup> BID. *UR-L1174: programa de transformación digital de MiPYME*. Disponible en: <https://www.iadb.org/es/project/UR-L1174>. Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>19</sup> URUGUAY. Ministerio de Industria, Energía y Minería. *Fondo industrial*. 2023. Disponible en: <https://www.gub.uy/ministerio-industria-energia-mineria/sites/ministerio-industria-energia-mineria/files/2023-03/1%20Bases%20FI%202023.pdf>. Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>20</sup> URUGUAY. Ministerio de Industria, Energía y Minería. *Fondo de vinculación tecnológica: bases*. 2023. Disponible en: <https://www.gub.uy/ministerio-industria-energia-mineria/sites/ministerio-industria-energia-mineria/files/2023-04/Bases%20FOVITEC%202023.pdf>. Acceso en: 28 mayo 2023.

Otro aspecto para destacar del ecosistema emprendedor uruguayo es el fomento por parte de agencias del Estado tales como ANDE o ANII (Agencia Nacional de Investigación e Innovación), de créditos no reembolsables para startups, como sucede con el programa semilla de ANDE<sup>21</sup> y de rondas de inversión destinadas a startups innovadoras desde lo tecnológico, como en el caso del programa “Emprendedores Innovadores” de ANII<sup>22</sup>. Sin embargo, a pesar de la buena intención detrás de estos proyectos, la Cámara Uruguaya de Tecnologías de la Información, el clúster que nuclea a las distintas empresas e instituciones del mundo tecnológico, encuentra una carencia para capital de riesgo en startups uruguayas, particularmente para inversiones de entre 500 millones y 2 mil millones de pesos uruguayos (entre 12 y 50 millones de dólares aproximadamente)<sup>23</sup>.

## 2.1 La digitalización y su influencia en las pymes en Mercosur

Las tecnologías digitales a nivel mundial en el siglo XXI provocaron la revolución de todo tipo de industrial en países desarrollados y en desarrollo, cambiando la forma de hacer negocios<sup>24</sup>.

A nivel mundial, cada vez el comercio se realiza por medio de plataformas digitales, de ahí la importancia de analizar la digitalización en las pymes<sup>25</sup>.

El *Digital Readiness Index (DRI)* es un estudio mundial realizado por Cisco que mide la capacidad de aprovechar las oportunidades que crean las capacidades e inversiones digitales en un país, estado o territorio, y el resultado de dicho índice está directamente vinculado a otras medidas del rendimiento de un país.

<sup>21</sup> ANDE. *Semilla ANDE*. 2023. Disponible en: <https://www.ande.org.uy/convocatorias/item/semilla-ande-2023.html>. Acceso en: 15 mayo 2023.

<sup>22</sup> ANII. *Emprendedores innovadores*. Disponible en: <https://www.anii.org.uy/apoyos/emprendimientos/49/emprendedores-innovadores/>. Acceso en: 15 mayo 2023.

<sup>23</sup> CUTI. *Propuesta de CUTI para los candidatos a presidencia de la República 2020-2025*. 2019. Disponible en: <https://cuti.org.uy/wp-content/uploads/2020/12/documento-iniciativa-5-25.pdf>. Acceso en: 15 mayo 2023.

<sup>24</sup> MEDINA, Janny Carrasco. A propósito del carácter universal del acceso a la cultura en internet: un análisis desde el prisma internacional y la experiencia del ordenamiento jurídico cubano. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 343-356, 2020.

<sup>25</sup> CELLI JUNIOR, Umberto. Tecnologias digitais e o comércio de bens e serviços na OMC/Digital. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 390-404, 2020.

De acuerdo con el DRI del año 2021, Uruguay ocupa el lugar 41 a nivel mundial, Argentina está ubicado en el 70, Paraguay el 78 y Brasil el 82. Muestra una posición fuerte por parte de Argentina y Uruguay, los dos países en los que se enfoca esta investigación. Ambos tienen valores positivos, en el caso de Argentina (0,00) y en el caso de Uruguay (0,48), lo que los incluye dentro del clúster de “Alta Aceleración”, países más aptos para embarcarse en la transformación digital. Brasil con (-0,15) y Paraguay con (-0,11) pertenecen al grupo de “Baja Aceleración”.

Hay que tener en cuenta que, para el índice, los puntajes mínimos y máximos son de (-2,5) y (2,5) respectivamente. En la tabla 1 se presentan los resultados para todos los países del Mercosur. Comparados con los otros dos países, Argentina y Uruguay son casos para destacar. Argentina tiene todos sus indicadores positivos salvo “Inversión empresarial y gubernamental” y “Condiciones de Inicio del Negocio”, en el caso de Uruguay, solo uno de los siete indicadores es negativo, tratándose también de “Condiciones de Inicio del Negocio”. Ambos países tienen como indicador más fuerte el de “Necesidades básicas”, con un puntaje de (0,62) en el caso de Argentina y (0,7) en el caso de Uruguay<sup>26</sup>.

**Tabla 1** - Resultados del Digital Readiness Index (DRI) en países del MERCOSUR (2021)

País	Grupo	DRI	Necesidades básicas	Inversión empresarial y gubernamental	Facilidad de hacer negocios	Capital humano	Condiciones de inicio del negocio	Adopción de tecnología	Infracturación tecnológica
<b>Mundo</b>		-0,02	-0,01	0,00	-0,01	-0,01	-0,03	-0,03	-0,01
Argentina	Alta Aceleración	0,00	0,62	-0,39	-0,51	0,35	-0,37	0,13	0,19
	Baja Aceleración								
Brasil	Baja Aceleración	-0,15	0,56	-0,08	-1,09	0,06	-0,32	-0,16	0,13
	Baja Aceleración								
Paraguay	Baja Aceleración	-0,11	0,46	-0,06	-0,27	0,20	-0,36	-0,02	-0,62
	Baja Aceleración								
Uruguay	Alta Aceleración	0,48	0,70	0,68	0,47	0,50	-0,30	0,46	0,40

**Fuente:** Elaboración propia a partir de CISCO<sup>27</sup>

<sup>26</sup> CISCO. *Digital readiness index 2021*. Disponible en: [https://www.cisco.com/c/m/en\\_us/about/corporate-social-responsibility/research-resources/digital-readiness-index.html#/](https://www.cisco.com/c/m/en_us/about/corporate-social-responsibility/research-resources/digital-readiness-index.html#/). Acceso en: 27 mayo 2023.

<sup>27</sup> CISCO. *Digital readiness index 2021*. Disponible en: [https://www.cisco.com/c/m/en\\_us/about/corporate-social-responsibility/research-resources/digital-readiness-index.html#/](https://www.cisco.com/c/m/en_us/about/corporate-social-responsibility/research-resources/digital-readiness-index.html#/). Acceso en: 27 mayo 2023.

Una aproximación al estado de digitalización de las pymes en Argentina se puede obtener del último Índice de Intensidad Digital a marzo de 2022, elaborado por la Cámara Argentina de Comercio y Servicios a partir de una muestra de 400 empresas. El 82% de las empresas tiene una conexión fija a internet, mientras que 45% de las empresas proveen a sus empleados con teléfonos celulares que les permiten conectarse a través de internet móvil. Asimismo, un 60% de las empresas cuenta con un sitio web propio, mientras que solo un 34% de las empresas concretó ventas a través de su sitio o de plataformas de comercio electrónico, aunque en términos de facturación, para los años 2020-2021 las mismas representaron el 47,4% del total<sup>28</sup>.

Según el estudio de Digitalización en Argentina de Siemens: “El 80% de los empresarios argentinos creen que digitalizar sus empresas es un aspecto crítico para llevar a cabo sus procesos de innovación, sin embargo, solo el 43% tiene un equipo dedicado a la innovación digital”<sup>29</sup>.

En la mayoría de las empresas consultadas, se señaló al CEO a la junta directiva como responsable de llevar adelante los procesos de digitalización. Solo un 11% de las organizaciones señaló tener un sector dedicado exclusivamente a la transformación digital<sup>30</sup>.

Uruguay tiene una gran conectividad de sus residentes, contando un 90% de la población con acceso a internet para datos del 2021<sup>31</sup>. En términos de empresas, la perspectiva es aún más alentadora, contando 100% de las empresas con acceso a internet para el año 2017<sup>32</sup>. Sin embargo, las pymes no están del todo familiarizadas

<sup>28</sup> ARGENTINA. Cámara Argentina de Comercio y Servicios. *Índice de intensidad digital*. 2022. Disponible en: [https://cdn.www.cac.com.ar/www/20220331\\_111018\\_a5e5be.pdf](https://cdn.www.cac.com.ar/www/20220331_111018_a5e5be.pdf). Acceso en: 27 mayo 2023.

<sup>29</sup> SIEMENS. *Estudio de digitalización en Argentina*. 2019. Disponible en: <https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:06c5a5dd-5653-400a-9122-581692ecb65e/estudio-de-digitalizacion-arg-pagina.pdf>. Acceso en: 14 mayo 2023.

<sup>30</sup> SIEMENS. *Estudio de digitalización en Argentina*. 2019. Disponible en: <https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:06c5a5dd-5653-400a-9122-581692ecb65e/estudio-de-digitalizacion-arg-pagina.pdf>. Acceso en: 14 mayo 2023.

<sup>31</sup> BANCO MUNDIAL. *Personas que usan internet (% de la población)*. 2021. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.ZS?locations=UY>. Acceso en: 15 mayo 2023.

<sup>32</sup> MONTEVIDEO PORTAL. *Uruguay se posiciona entre los 10 primeros países con más hogares conectados a Internet por fibra óptica*. 2017. Disponible en: <https://cuti.org.uy/noticias/de-interes/uruguay-se-posiciona-entre-los-10-primeros-paises-con-mas-hogares-conectados-a-internet-por-fibra-optica/>. Acceso en: 15 mayo 2023.

con las oportunidades que ofrece la digitalización. Un 43% de las mismas no tenía presencia en Internet para datos del 2019<sup>33</sup>, una realidad que cambió drásticamente con el impacto de la crisis sanitaria de Covid19, teniendo un 92% un sitio web para el 2021<sup>34</sup>.

## 2.2 Infraestructura para la digitalización

En términos de infraestructura para la digitalización, se observa que los países del MERCOSUR se encuentran en situaciones desiguales. Al considerar el desarrollo global de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), medido por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), donde se contabilizan las suscripciones a telefonía móvil, a telefonía fija y a banda ancha cada 100 habitantes de los distintos países, se puede apreciar esta realidad.

Uruguay lidera en todos los aspectos de desarrollo global de los estudiados por la Unión Internacional de Telecomunicaciones para el año 2019, teniendo 138 contratos de telefonía móvil por 100 habitantes, 33,6 de telefonía fija y 29,2 de Banda Ancha. En segundo lugar, le sigue Argentina, con 130 suscripciones a telefonía móvil cada 100 habitantes, 19,6 contratos de banda ancha y 17,7 de telefonía fija. En tercer lugar, se encuentra Brasil, con una proporción de 15,4 suscripciones de banda ancha cada 100 habitantes y 15,9 de telefonía fija, no contando con datos para ese año en cuanto a suscripciones de telefonía móvil, que en el 2018 totalizaron 98,8 cada 100 habitantes. Paraguay no reporta datos para el año 2019, sin embargo, los datos del 2018 ilustran una situación desfavorable si se la compara con los otros socios de la región. Si bien cuenta con 106,9 contratos de telefonía móvil por 100 habitantes, esta cifra decae significativamente, a cifras de 4,6 y 3,5, para suscripción a banda ancha y a telefonía fija respectivamente<sup>35</sup>.

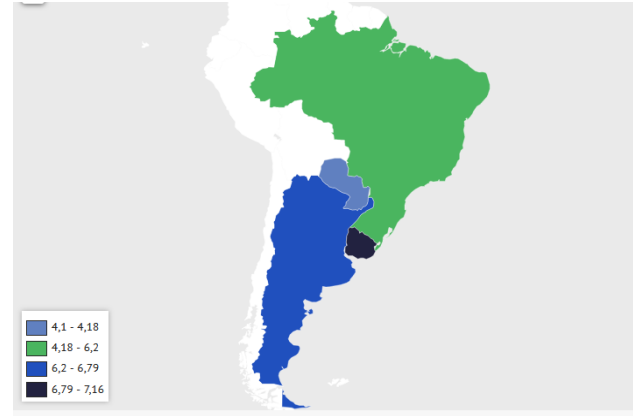
<sup>33</sup> EL OBSERVADOR. *Un 43% de las empresas uruguayas no tiene ninguna presencia en internet*. 2019. Disponible en: <https://www.elobservador.com.uy/nota/un-43-de-las-empresas-uruguayas-no-tiene-ninguna-presencia-en-internet-201925214717>. Acceso en: 15 mayo 2023.

<sup>34</sup> URUGUAY. Cámara de la Economía Digital del Uruguay. *El comercio electrónico en Uruguay mantiene el protagonismo logrado durante la pandemia*. 2022. Disponible en: <https://www.cedu.org.uy/el-comercio-electronico-en-uruguay-mantiene-el-protagonismo-logrado-durante-la-pandemia/>. Acceso en: 15 mayo 2023.

<sup>35</sup> KNOEMA. *Global ICT developments*. 2019. Disponible en: <https://public.knoema.com/hbvfgkf/global-ict-developments>. Acceso en: 18 abr. 2023.

Estos datos se ven reflejados, de forma global para el año 2019, en los valores del índice de desarrollo global de las TIC para los distintos países (Figura 1), en una escala del 1 al 10. Así Uruguay lidera con un 7,16; seguido por Argentina con un 6,79; Brasil en un tercer lugar con 6,12; y Paraguay por detrás con 4,18<sup>36</sup>.

**Figura 1** - Desarrollo Global de las TIC en los 4 países del Mercosur



Fuente: KNOEMA<sup>37</sup>.

También es necesario determinar la accesibilidad a estas tecnologías en términos económicos para la población. De esta manera se puede recurrir a datos de la ITU que determinan la participación como costo dentro de la canasta del Ingreso Nacional Bruto (INB) para distintas TICs<sup>38</sup>.

Las TICs analizadas son la canasta de banda ancha fija, la de datos y voz móvil de alto y bajo consumo, la de banda ancha móvil y finalmente la telefonía móvil. El país más asequible para el consumo de banda ancha fija es el que cuenta con menores precios para la misma como porcentaje del total del INB, que en este caso es Uruguay (2,54%). Le siguen Brasil (3,49%), Argentina (4,82%) y Paraguay (5,18%).

Brasil lidera para gastos en datos y voz móviles de alto consumo con 1,05%, seguido por Uruguay (1,41%), Paraguay (2,96%) y Argentina (4,01%). Para bajo consumo, Uruguay es quien lidera con 0,97%, estando por delante de Brasil (1,05%), Paraguay (2,96%) y Argentina

<sup>36</sup> KNOEMA. *Global ICT developments*. 2019. Disponible en: <https://public.knoema.com/hbvfgkf/global-ict-developments>. Acceso en: 18 abr. 2023.

<sup>37</sup> KNOEMA. *Global ICT developments*. 2019. Disponible en: <https://public.knoema.com/hbvfgkf/global-ict-developments>. Acceso en: 18 abr. 2023.

<sup>38</sup> ITU. *ITU development*. 2021. Disponible en: <https://itu.int/itu-data>. Acceso en: 21 mayo 2023.

(3,5%). En cuanto a la canasta de banda ancha móvil, esta representa el 0,63% del INB para Brasil, mientras que en Uruguay es del 0,97%, en Argentina del 1,39% y en Paraguay del 2,28%. Finalmente, para la telefonía fija Brasil es el país con el menor costo para la misma (1,04%), seguido por Uruguay (1,04%), Argentina (2,11%) y Paraguay (2,96%)<sup>39</sup>.

En especial en los países analizados en esta investigación, Argentina y Uruguay, se cuenta con información oficial que ayuda a determinar el grado de digitalización general, ambos cuentan con altos índices de conectividad, lo que fomenta el desarrollo de habilidades digitales que posteriormente pueden ser aprovechadas por las empresas.

Según datos de la encuesta permanente de hogares, Argentina tiene un 90% de sus hogares urbanos con acceso a Internet. Un 87,9% de los argentinos mayores de cuatro años tiene un celular, y a su vez un 85,5% utiliza internet. La población que utiliza la computadora (PC) desciende a 40,9%, lo que puede reflejar un desaprovechamiento de este recurso debido a que un 63,8% de los hogares urbanos tienen acceso a una PC<sup>40</sup>.

Por otro lado, en Uruguay la conectividad es del 90% de la población para el mismo año<sup>41</sup>. Según datos de 2019, un 99% de los usuarios de internet accede mediante teléfono celular, mientras que un 67% lo hace mediante la computadora. Comparando datos sobre el acceso a internet y la tenencia de PCs, se registra que un 57% de la población cuenta con conexión a internet y PC, mientras que un 31% cuenta con internet, pero no con computadora<sup>42</sup>.

En el año 2022, se registra que un 91% de la población cuenta con acceso a internet, lo que representa un punto porcentual más que en el año anterior. Se mantiene en 99% el porcentaje de usuarios de internet mediante telefonía móvil, y se destaca que el 72% de los hogares cuenta con conexión de banda ancha fija,

además de señalar que el 60% de la población cuenta con PC<sup>43</sup>.

Al determinar que tan preparados se encuentran los países del MERCOSUR para la digitalización, también se puede utilizar tanto el índice de desarrollo del gobierno electrónico elaborado por Naciones Unidas como el Índice de Resiliencia Digital del Hogar, este último ideado por el Banco de Desarrollo de América Latina-CAF<sup>44</sup>.

Un alto puntaje en el Índice de desarrollo del Gobierno Electrónico es reflejo de que el país cuenta con suficiente infraestructura informática y suficientes habilidades digitales en su población como para llevar a cabo de forma exitosa un gobierno electrónico. A su vez, este desarrollo repercute en la actividad empresarial al agilizar los trámites burocráticos. Por su parte, el Índice de Resiliencia Digital del Hogar resulta útil al momento de detallar el grado en el que las personas pueden aprovechar los recursos tecnológicos de sus hogares, sobre todo teniendo en cuenta el contexto que dejó la crisis de Covid19 en los distintos países.

El Índice de desarrollo del Gobierno Electrónico parte de una escala del 0 al 1. Dentro del MERCOSUR (Figura 2), los cuatro países se encuentran por encima del promedio mundial de 0,61. Uruguay tiene un puntaje de 0,83, que lo coloca a la cabeza de América del Sur. Le sigue Argentina con 0,81, Brasil con 0,79 y Paraguay con 0,63. Aquí también se reflejan las asimetrías dentro del bloque comercial, estando todos los países salvo Paraguay por encima del promedio regional de 0,64 para las Américas<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> ITU. *ITU development*. 2021. Disponible en: <https://itu.int/itu-data>. Acceso en: 21 mayo 2023.

<sup>40</sup> INDEC. *Bases de datos*. 2021. Disponible en: <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Institucional-Indec-BasesDeDatos>. Acceso en: 25 mayo 2023.

<sup>41</sup> BANCO MUNDIAL. *Personas que usan internet (% de la población)*. 2021. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.ZS?locations=UY>. Acceso en: 15 mayo 2023.

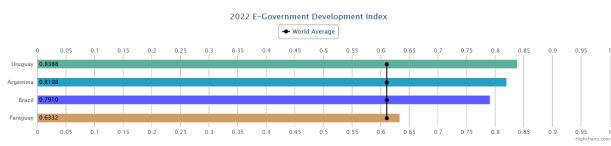
<sup>42</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Encuesta de usos de tecnologías de la información y la comunicación*. 2019. Disponible en: <https://www.ine.gub.uy/eutic>. Acceso en: 15 mayo 2023.

<sup>43</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Encuesta de usos de tecnologías de la información y la comunicación*. 2023. Disponible en: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/datos-y-estadisticas/estadisticas/encuesta-uso-tecnologias-informacion-comunicacion-2022>. Acceso en: 25 mayo 2023.

<sup>44</sup> NACIONES UNIDAS. *E-government development INDEX*. 2022. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/About/Overview/-E-Government-Development-Index>. Acceso en: 23 mayo 2023.

<sup>45</sup> NACIONES UNIDAS. *E-government development INDEX*. 2022. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/About/Overview/-E-Government-Development-Index>. Acceso en: 23 mayo 2023.

**Figura 2** - Comparación del Desarrollo de Gobierno electrónico de los 5 países



**Fuente:** UneGovDD<sup>46</sup>.

El estudio realizado por el Banco de Desarrollo (BID) sobre: “El impacto de la infraestructura digital en las consecuencias de la COVID-19 y en la mitigación de efectos futuros”, resulta ilustrativo a los efectos de representar el grado en el que las economías de la región se encuentran digitalizadas<sup>47</sup>.

Usando una serie de supuestos, se mide el impacto del Producto Interno Bruto de distintos fenómenos relacionados con la digitalización: el trabajo a distancia, el comercio electrónico, la educación y la salud a distancia. Brasil, debido al tamaño de su economía, fue el país que tuvo un peso mayor en cuanto a miles de millones de dólares para la suma de las distintas categorías, con un total de 868,6 mil millones (MM) de dólares. Argentina le sigue (173,6 MM), y por detrás de esta Uruguay (13,9 MM), estando ubicado en un último lugar Paraguay (7,27 MM).

Considerando al Mercosur como un todo, Brasil es el jugador donde los efectos del año 2020 tuvieron mayor peso sobre el total de la economía del bloque, explicando un 81,6% de los beneficios en las distintas áreas de la digitalización. Argentina explicó un 16,3% y el resto de los beneficios asociados a las nuevas tecnologías para ese año en el bloque surgieron de Uruguay y Paraguay<sup>48</sup>.

Un factor de los analizados por el BID que resulta particularmente interesante es el del comercio electrónico, por el rol que puede jugar en el crecimiento de

las empresas. En ese sentido, los datos muestran que los cuatro países del MERCOSUR, contados de forma conjunta, representan el 61,31% del comercio electrónico en América Latina y el Caribe. Por separado, Brasil tiene el 38%, Argentina el 22%, Uruguay el 0,77% y Paraguay el 0,54%<sup>49</sup>.

Otro ángulo desde el cual ver la conectividad, factor decisivo a la hora de determinar la capacidad de una economía para digitalizarse, puede ser el ranking del Global Connectivity Index, elaborado para medir a nivel nacional la inversión en TICs, la madurez y la economía digitales. A su vez, se consideran dentro del desarrollo digital la extensión de tecnologías tales como Internet of Things, Cloud Computing o Inteligencia Artificial<sup>50</sup>.

Los países son agrupados en tres grupos: *frontrunners* (pioneros), *adopters* (adoptadores) y *starters* (principiantes). No hay ningún país del Mercosur, o de Latinoamérica de hecho, dentro de la categoría de pioneros, que representa los primeros 20 países del ranking mundial, compuesta por los países de mayor PBI per cápita. Para el Mercosur, Uruguay es el país con la mejor posición, en el puesto 40. Le sigue Brasil en el 44 y Argentina en el 50. Se encuentran dentro de la categoría de adoptadores. Paraguay, por su parte, está en una situación peor que sus vecinos, figurando como principiante en la posición 62<sup>51</sup>.

Para el BID, el desarrollo de banda ancha es un factor clave a la hora de cerrar la brecha digital que retrasa el proceso de implementación de las TICs en la región. Por eso elabora el Informe Anual del Índice de Desarrollo de la Banda Ancha (IDBA), que tiene como objetivo ver el grado de penetración de esta tecnología en los distintos países. Brasil es quien lidera dentro del Mercosur el ranking, con un IDBA de 5,22 y la posición n° 37. Le sigue Uruguay y Argentina, con el mismo valor de IDBA (4,95) y posicionados en los puestos 42 y 43.

<sup>46</sup> NACIONES UNIDAS. *E-government development INDEX*. 2022. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/About/Overview/-E-Government-Development-Index>. Acceso en: 23 mayo 2023.

<sup>47</sup> BID. *El impacto de la infraestructura digital en las consecuencias de la COVID-19 y en la mitigación de efectos futuros*. 2020. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/el-impacto-de-la-infraestructura-digital-en-las-consecuencias-de-la-covid-19-y-en-la-mitigacion-de>. Acceso en: 18 abr. 2023.

<sup>48</sup> BID. *El impacto de la infraestructura digital en las consecuencias de la COVID-19 y en la mitigación de efectos futuros*. 2020. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/el-impacto-de-la-infraestructura-digital-en-las-consecuencias-de-la-covid-19-y-en-la-mitigacion-de>. Acceso en: 18 abr. 2023.

<sup>49</sup> BID. *El impacto de la infraestructura digital en las consecuencias de la COVID-19 y en la mitigación de efectos futuros*. 2020. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/el-impacto-de-la-infraestructura-digital-en-las-consecuencias-de-la-covid-19-y-en-la-mitigacion-de>. Acceso en: 18 abr. 2023.

<sup>50</sup> HUAWEI. *Global connectivity index: shaping the new normal with intelligent connectivity*. 2020. Disponible en: [https://www.huawei.com/minisite/gci/assets/files/gci\\_2020\\_whitepaper\\_en.pdf?v=20201217v2](https://www.huawei.com/minisite/gci/assets/files/gci_2020_whitepaper_en.pdf?v=20201217v2). Acceso en: 23 mayo 2023.

<sup>51</sup> HUAWEI. *Global connectivity index: shaping the new normal with intelligent connectivity*. 2020. Disponible en: [https://www.huawei.com/minisite/gci/assets/files/gci\\_2020\\_whitepaper\\_en.pdf?v=20201217v2](https://www.huawei.com/minisite/gci/assets/files/gci_2020_whitepaper_en.pdf?v=20201217v2). Acceso en: 23 mayo 2023.

Paraguay se encuentra en el puesto 55 y tiene un puntaje de 4,04. Todos los países salvo Paraguay han subido de lugar en el ranking considerando la evolución 2018-2021. Teniendo en cuenta el IADB de la OCDE en su conjunto (6,20), se puede afirmar que al MERCOSUR todavía le queda un camino por recorrer en cuanto a la implementación de banda ancha<sup>52</sup>.

### 3 Metodología

El diseño de investigación incluyó un estudio exploratorio y una investigación cuantitativa para analizar las variables que inciden en la digitalización de las Pymes de la región. Previa aprobación de la investigación por el Comité de Ética de la Universidad Católica del Uruguay, la recolección de datos se realizó en el período febrero-junio/2021, de manera auto administrada en línea, a través de plataforma Qualtrics.

Obteniendo una muestra constituida por 192 pymes de Argentina y Uruguay, recolectadas mediante un cuestionario online, la fiabilidad medida por el Alfa de Cronbach 0,756 es aceptable, con un Alfa de Cronbach basada en elementos estandarizados de 0,861. Se analizaron 20 *startups*, que a través de un estudio exploratorio buscó analizar las peculiaridades de este tipo de emprendimientos.

Para este estudio se analizó la importancia de la infraestructura digital en su digitalización y relaciones potenciales entre variables.

### 4 Resultados y hallazgos

En la investigación de la Konrad Adenauer sobre el impacto de la digitalización en las pymes realizada en 5 países de Latinoamérica entre los que se encuentra Argentina, Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay.

Como primera característica a destacar en cuanto a las pymes que fueron encuestadas, es el bajo grado de formalización de las estructuras empresariales que existe en Uruguay. Si bien las empresas argentinas cuentan

en no más del 72,9% con organigramas establecidos, esta figura disminuye al 55,2% en el caso uruguayo. Esto podría dificultar los procesos de digitalización al no contar la empresa con responsabilidades bien delimitadas, como reafirma el hecho de que las empresas uruguayas, en su mayoría no cuenta con procedimientos en el área comercial, administración, operaciones ni en recursos humanos. En todos estos casos, el porcentaje de emprendimientos uruguayos que no tenían reglas establecidas superó el 50%, salvo para el área de administración, donde era sólo el 40,6% de las empresas las que no contaban con un plan. Se genera un contraste con Argentina, donde para todas las áreas de la empresa la mayoría de pymes contaba con procedimientos, salvo en el área comercial y de recursos humanos, donde la cantidad de encuestados que no contaban con procesos estandarizados de todos modos no superó el 50%<sup>53</sup>.

El contraste entre Uruguay y Argentina se visualiza de forma más clara todavía para la adopción tecnológica. De los países que fueron campo de estudio, Argentina encabeza con un 74% del total de sus pymes admitiendo contar con un área tecnológica, ya sea externa o interna, mientras que Uruguay se encuentra en un último lugar con solo 51% de las pymes presentando esta área de importancia estratégica, ya sea de forma interna o externa.

Tanto los emprendedores argentinos como los uruguayos que aplican soluciones tecnológicas se sienten satisfechos en mayor o menor medida con las mismas (satisfacción del 58,4% en Uruguay y del 63,6% en Argentina). Sin embargo, con vistas a cinco años a futuro más de la mitad de encuestados tanto en Argentina como en Uruguay consideraba que sus perspectivas eran regulares o malas, lo que debe llevar a la intensificación del proceso digitalizador en las empresas.

A pesar de que esto requiere una mayor apuesta por parte de los emprendedores, 67,7% de las empresas uruguayas y 46,9% de las argentinas no tienen pensado realizar inversiones tecnológicas en los cinco años siguientes al 2021.

<sup>52</sup> BID. *Informe anual del índice de desarrollo de la banda ancha*. 2022. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/informe-anual-del-indice-de-desarrollo-de-la-banda-ancha-brecha-digital-en-america-latina-y-el>. Acceso en: 24 mayo 2023.

<sup>53</sup> KONRAD ADENAUER STIFTUNG. *Los efectos de la digitalización, inteligencia artificial, big data e industria 4.0 en el trabajo de la PYMES en Latinoamérica*. 2022. Disponible en: <https://www.kas.de/es/web/regionalprogramm-adela/un-solo-t%C3%ADtulo/-/content/los-efectos-de-la-digitalizacion-inteligencia-artificial-big-data-e-industria-4-0-en-el-trabajo-de-l>. Acceso en: 24 mayo 2023.

Lo anteriormente mencionado es consecuencia indirecta de la falta de planeación a la hora de buscar la madurez digital. Solo el 42,7% de las empresas muestreadas de Uruguay cuentan con estrategias de madurez digital, y en el caso argentino ese número es 43,8%<sup>54</sup>.

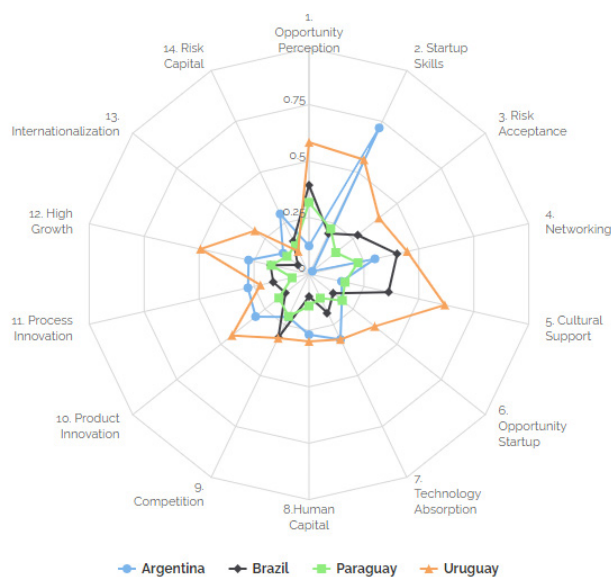
Un motor importante para la digitalización son las startups que pertenecen al ecosistema de cada país, pudiendo medirse el desarrollo del mismo a través del índice GEDI (Global Entrepreneurship and Development Index), que mide 14 indicadores distintos, puede resultar una manera valiosa de determinar el ambiente emprendedor dentro de un país.

Dentro de los países del MERCOSUR, (Figura 3), Argentina fue el que obtuvo una puntuación mayor (del 0 al 1) para cualquiera de los indicadores: un 0,71 para habilidades de Startup (Startup skills). En segundo lugar, le seguía Uruguay con 0,56<sup>55</sup>.

De acuerdo al GEDI, tanto Uruguay como Argentina pueden ser llamados como los países más emprendedores del Mercosur.

Uruguay lidera en 11 indicadores (Aceptación del riesgo, networking, apoyo cultural, oportunidad de startup, capital humano, competencia, innovación del producto, alto crecimiento, internacionalización y percepción de oportunidad). Comparte primer lugar con Argentina para el indicador absorción de tecnología, y se encuentra en segundo lugar por detrás de Argentina en Innovación de procesos y las ya mencionadas Startup skills. Argentina también lidera en el indicador Capital de riesgo, colocándose por encima de Brasil con un puntaje de 0,29<sup>56</sup>.

**Figura 3** - Global Entrepreneurship and Development Index para los países del Mercosur



**Fuente:** GEDI<sup>57</sup>

En cuanto a las 100 startups que también fueron analizadas para los 5 países participantes en el estudio de la Konrad Adenauer, las empresas jóvenes uruguayas superan a las argentinas en términos de aplicación de estrategias digitales.

Tanto Argentina como Uruguay cuentan con startups donde se tiene en mente una estrategia de madurez digital. En un 60% de las empresas para ambos países se contaba con este tipo de estrategia, siendo este, además, el porcentaje promedio que se registró para todas las empresas entrevistadas en los distintos países<sup>58</sup>.

En Uruguay, más del 50% de las startups estudiadas eran propiedad de menores de 35 años. En Argentina esa figura era de solo del 30%. Se detecta una menor tendencia a la formalización de la estructura en las startups con respecto a otras empresas, contando solo el 30% de las empresas argentinas con un organigrama, aunque asciende a 50% en el caso uruguayo.

Las startups uruguayas tienen mejor implementadas las soluciones informáticas. Un 60% respondió que las mismas eran buenas o muy buenas, contra solo el 20%

<sup>54</sup> KONRAD ADENAUER STIFTUNG. *Los efectos de la digitalización, inteligencia artificial, big data e industria 4.0 en el trabajo de la PYMES en Latinoamérica*. 2022. Disponible en: <https://www.kas.de/es/web/regionalprogramm-adela/un-solo-t%C3%ADtulo/-/content/los-efectos-de-la-digitalizacion-inteligencia-artificial-big-data-e-industria-4-0-en-el-trabajo-de-l>. Acceso en: 24 mayo 2023.

<sup>55</sup> GEDI. *International entrepreneurship development data*. 2019. Disponible en: <https://thegedi.org/tool/>. Acceso en: 24 mayo 2023.

<sup>56</sup> GEDI. *International entrepreneurship development data*. 2019. Disponible en: <https://thegedi.org/tool/>. Acceso en: 24 mayo 2023.

<sup>57</sup> GEDI. *International entrepreneurship development data*. 2019. Disponible en: <https://thegedi.org/tool/>. Acceso en: 24 mayo 2023.

<sup>58</sup> KONRAD ADENAUER STIFTUNG. *Los efectos de la digitalización, inteligencia artificial, big data e industria 4.0 en el trabajo de la PYMES en Latinoamérica*. 2022. Disponible en: <https://www.kas.de/es/web/regionalprogramm-adela/un-solo-t%C3%ADtulo/-/content/los-efectos-de-la-digitalizacion-inteligencia-artificial-big-data-e-industria-4-0-en-el-trabajo-de-l>. Acceso en: 24 mayo 2023.

de Argentina. La medida positiva en el promedio latinoamericano es, al igual que en Uruguay, del 60%.

En cuanto a las capacitaciones en el ámbito digital, todos los empleados en las startups uruguayas evaluadas reciben algún tipo de capacitación, mientras que en Argentina la mitad no recibe ninguna.

A su vez, mientras que todos los casos uruguayos invirtieron en una o más tecnologías, en Argentina un 60% admitió no haber invertido en ninguna. Esto es significativamente mayor al promedio de no inversión para las startups latinoamericanas del estudio (38%) Para el caso específico de digitalización o automatización, un 80% de las startups uruguayas había invertido, contra un 0% en Argentina<sup>59</sup>.

## 5 Conclusiones y limitaciones del estudio

Un tema fundamental para disminuir la brecha de adopción digital para las pymes del Mercosur son las políticas públicas<sup>60</sup> que fomenten la utilización de tecnologías digitales; modificando las estrategias y normas para lograr el desarrollo<sup>61</sup> ya que la existencia de condiciones que faciliten la implementación para las pymes, tanto por el acceso a recursos financieros como a tecnologías de punta solo el Estado puede crearlas.

En toda investigación sobre Pymes, especialmente en países en desarrollo se observa el rol preponderante del Estado y que el manejo de sus políticas públicas puede implicar el sobrevivir o no de las empresas frente a situaciones críticas como fue el Covid-19 o la propia revolución digital. Dentro del análisis, en el marco de

la investigación KAS<sup>62</sup> se plantea una serie de propuestas de políticas públicas que impactarían en los Estados participantes:

- Crear programas de apoyo, herramientas de auto-diagnóstico y capacitación en todos los niveles jerárquicos en términos de madurez digital,
- Desarrollar la infraestructura nacional tanto urbano como rural para la conectividad.
- Profesionalizar la adopción y el uso de las tecnologías digitales.
- Actualizar el marco legal vigente según las innovaciones tecnológicas.
- Facilitar el acceso a créditos preferenciales para incorporar innovaciones tecnológicas.
- Regular aspectos como la ciberseguridad, la privacidad y gestión de datos así como integración del gobierno electrónico.

La contribución de este trabajo es aportar en un tema en que existen pocos estudios, que determinen que variables influyen más en el desarrollo de las pymes, buscando impactar en la competitividad de las empresas para su transformación digital, concluyendo que aumentar el compromiso con la madurez digital y la formación en competencias digitales es el factor competitivo determinante para lograrlo.

La principal limitación del estudio corresponde a utilizar la base de datos de una investigación en 5 países de los cuales solamente dos, pertenecen al Mercosur, por lo tanto, debería realizarse un estudio para el resto de los países miembros del Mercosur y realizar una ampliación tanto a nivel regional como latinoamericano. Pero es un insumo importante que brinda una idea de la digitalización de las Pymes y su madurez digital, y que puede utilizarse como base para los futuros estudios.

Otro aspecto que pudo haber sesgado los resultados, tiene que ver con la recopilación de los datos durante el Covid-19 en donde la digitalización era una necesidad para la sobrevivencia de las empresas que generó mayor aceleración en la adopción de tecnologías digitales<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> KONRAD ADENAUER STIFTUNG. *Los efectos de la digitalización, inteligencia artificial, big data e industria 4.0 en el trabajo de la PYMES en Latinoamérica*. 2022. Disponible en: <https://www.kas.de/es/web/regionalprogramm-adela/un-solo-t%C3%ADtulo/-/content/los-efectos-de-la-digitalizacion-inteligencia-artificial-big-data-e-industria-4-0-en-el-trabajo-de-l>. Acceso en: 24 mayo 2023.

<sup>60</sup> BID. *El impacto de la infraestructura digital en las consecuencias de la COVID-19 y en la mitigación de efectos futuros*. 2020. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/el-impacto-de-la-infraestructura-digital-en-las-consecuencias-de-la-covid-19-y-en-la-mitigacion-de>. Acceso en: 18 abr. 2023.

<sup>61</sup> MEDINA, Janny Carrasco. A propósito del carácter universal del acceso a la cultura en internet: un análisis desde el prisma internacional y la experiencia del ordenamiento jurídico cubano. *Revista de Derecho Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 343-356, 2020.

<sup>62</sup> KONRAD ADENAUER STIFTUNG. *Los efectos de la digitalización, inteligencia artificial, big data e industria 4.0 en el trabajo de la PYMES en Latinoamérica*. 2022. Disponible en: <https://www.kas.de/es/web/regionalprogramm-adela/un-solo-t%C3%ADtulo/-/content/los-efectos-de-la-digitalizacion-inteligencia-artificial-big-data-e-industria-4-0-en-el-trabajo-de-l>. Acceso en: 24 mayo 2023.

<sup>63</sup> CELLI JUNIOR, Umberto. Tecnologías digitales e o comércio de



Al igual que el anterior, sería recomendable realizar una nueva investigación en épocas post-covid para observar el desarrollo posterior al impacto de la pandemia.

## Referencias

- ANDE. *Modo digital*. Disponible en: <https://mododigital.uy/>. Acceso en: 28 mayo 2023.
- ANDE. *Semilla ANDE*. 2023. Disponible en: <https://www.ande.org.uy/convocatorias/item/semilla-ande-2023.html>. Acceso en: 15 mayo 2023.
- ANII. *Emprendedores innovadores*. Disponible en: <https://www.anii.org.uy/apoyos/emprendimientos/49/emprendedores-innovadores/>. Acceso en: 15 mayo 2023.
- ARGENTINA. Cámara Argentina de Comercio y Servicios. *Índice de intensidad digital. 2022*. Disponible en: [https://cdn.www.cac.com.ar/www/20220331\\_111018\\_a5e5be.pdf](https://cdn.www.cac.com.ar/www/20220331_111018_a5e5be.pdf). Acceso en: 27 mayo 2023.
- ARGENTINA. Ministerio de Economía. *Disposición 88/2023*. 2023. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/disposici%C3%B3n-88-2023-381600>. Acceso en: 27 mayo 2023.
- ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Beneficios*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/registrar-una-pyme/beneficios>. Acceso en: 28 mayo 2023.
- ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Centro de ayuda a la producción*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/centro-de-ayuda-la-produccion>. Acceso en: 28 mayo 2023.
- ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Crédito fiscal para Capacitación PyME*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/credito-fiscal-para-capacitacion-pyme>. Acceso en: 28 mayo 2023.
- ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *IndTech*. Disponible en: <https://indtech.ar/home.htm>. Acceso en: 28 mayo 2023.
- ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Nueva línea de créditos para la digitalización de PyMEs*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/nueva-linea-de-creditos-para-la-digitalizacion-de-pymes>. Acceso en: 28 mayo 2023.
- ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Plan de desarrollo productivo Argentina 4.0*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/planargentina40>. Acceso en: 28 mayo 2023.
- ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Red de asistencia digital para PyMEs*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/produccion/asistencia-digital-para-pymes>. Acceso en: 28 mayo 2023.
- ARGENTINA. Ministerio de Industria y Desarrollo Productivo. *Solicitar un crédito para medianas y grandes empresas a través de CreAr Inversión Proyectos Estratégicos*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/servicio/solicitar-un-credito-para-medianas-y-grandes-empresas-traves-de-crear-inversion-proyectos>. Acceso en: 28 mayo 2023.
- ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Mercosur: políticas de apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/mercosur-politicas-apoyo-micro-medianas-empresas#titulo-2>. Acceso en: 28 mayo 2023.
- ASTARLOA, Bernardo Díaz de. El comercio electrónico como instrumento para potenciar la integración comercial de las pymes del MERCOSUR: oportunidades y desafíos pendientes. In: MARTINEZ, Ana Laura; PATIÑO, Alejandro (coord.). *El Mercosur frente al cambio tecnológico y la transformación digital*. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2021. p. 49-57.
- BANCO MUNDIAL. *Personas que usan internet (% de la población)*. 2021. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.ZS?locations=UY>. Acceso en: 15 mayo 2023.
- BID. *El impacto de la infraestructura digital en las consecuencias de la COVID-19 y en la mitigación de efectos futuros*. 2020. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/el-impacto-de-la-infraestructura-digital-en-las-consecuencias-de-la-covid-19-y-en-la-mitigacion-de>. Acceso en: 18 abr. 2023.
- BID. *Informe anual del índice de desarrollo de la banda ancha*. 2022. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/informe-anual-del-indice-de-desarrollo-de-la-banda-ancha-brecha-digital-en-america-latina-y-el>. Acceso en: 24 mayo 2023.

- BID. UR-L1174: programa de transformación digital de MIPYME. Disponible en: <https://www.iadb.org/es/project/UR-L1174>. Acceso en: 28 mayo 2023.
- CELLI JUNIOR, Umberto. Tecnologias digitais e o comércio de bens e serviços na OMC/Digital. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 390-404, 2020.
- CISCO. Digital readiness index 2021. Disponible en: [https://www.cisco.com/c/m/en\\_us/about/corporate-social-responsibility/research-resources/digital-readiness-index.html#](https://www.cisco.com/c/m/en_us/about/corporate-social-responsibility/research-resources/digital-readiness-index.html#/)/. Acceso en: 27 mayo 2023.
- CUTI. *Propuesta de CUTI para los candidatos a presidencia de la República 2020-2025*. 2019. Disponible en: <https://cuti.org.uy/wp-content/uploads/2020/12/documento-iniciativa-5-25.pdf>. Acceso en: 15 mayo 2023.
- EL OBSERVADOR. *Un 43% de las empresas uruguayas no tiene ninguna presencia en internet*. 2019. Disponible en: <https://www.elobservador.com.uy/nota/un-43-de-las-empresas-uruguayas-no-tiene-ninguna-presencia-en-internet-201925214717>. Acceso en: 15 mayo 2023.
- FRIZERA, Thiago de Oliveira; GONÇALVES, Luisa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O dever humano de promoção da saúde: a aviação comercial internacional em períodos de calamidade sanitária e do retorno à normalidade. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 2, p. 55-71, 2021.
- GEDI. *International entrepreneurship development data*. 2019. Disponible en: <https://thegedi.org/tool/>. Acceso en: 24 mayo 2023.
- HUAWEI. *Global connectivity index: shaping the new normal with intelligent connectivity*. 2020. Disponible en: [https://www.huawei.com/minisite/gci/assets/files/gci\\_2020\\_whitepaper\\_en.pdf?v=20201217v2](https://www.huawei.com/minisite/gci/assets/files/gci_2020_whitepaper_en.pdf?v=20201217v2). Acceso en: 23 mayo 2023.
- INDEC. *Accesos a internet: cuarto trimestre de 2022*. 2023. Disponible en: [https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/internet\\_03\\_23B61EC68C1A.pdf](https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/internet_03_23B61EC68C1A.pdf). Acceso en: 14 mayo 2023.
- INDEC. *Accesos a internet: primer semestre de 2020*. 2020. Disponible en: [https://biblioteca.indec.gov.ar/bases/minde/internet\\_09\\_06\\_20.pdf](https://biblioteca.indec.gov.ar/bases/minde/internet_09_06_20.pdf). Acceso en: 14 mayo 2023.
- INDEC. *Bases de datos*. 2021. Disponible en: <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Institucional-Indec-BasesDeDatos>. Acceso en: 25 mayo 2023.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Encuesta de usos de tecnologías de la información y la comunicación*. 2019. Disponible en: <https://www.ine.gub.uy/eutic>. Acceso en: 15 mayo 2023.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Encuesta de usos de tecnologías de la información y la comunicación*. 2023. Disponible en: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/datos-y-estadisticas/estadisticas/encuesta-uso-tecnologias-informacion-comunicacion-2022>. Acceso en: 25 mayo 2023.
- ITU. *ITU development*. 2021. Disponible en: <https://itu.int/itudata>. Acceso en: 21 mayo 2023.
- KATZ, Raúl; JUNG, Juan; CALLORDA, Fernando. *El estado de la digitalización de América Latina frente a la pandemia del COVID-19*. 2020. Disponible en: <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1540>. Acceso en: 27 mayo 2023.
- KNOEMA. *Global ICT developments*. 2019. Disponible en: <https://public.knoema.com/hbvfgkf/global-ict-developments>. Acceso en: 18 abr. 2023.
- KONRAD ADENAUER STIFTUNG. *Los efectos de la digitalización, inteligencia artificial, big data e industria 4.0 en el trabajo de la PYMES en Latinoamérica*. 2022. Disponible en: <https://www.kas.de/es/web/regionalprogramm-adela/un-solo-t%C3%ADtulo/-/content/los-efectos-de-la-digitalizacion-inteligencia-artificial-big-data-e-industria-4-0-en-el-trabajo-de-l>. Acceso en: 24 mayo 2023.
- MEDINA, Janny Carrasco. A propósito del carácter universal del acceso a la cultura en internet: un análisis desde el prisma internacional y la experiencia del ordenamiento jurídico cubano. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 343-356, 2020.
- MERCOSUR. *Agenda digital*. Disponible en: <https://www.mercosur.int/temas/agenda-digital/>. Acceso en: 28 mayo 2023.
- MONTEVIDEO PORTAL. *Uruguay se posiciona entre los 10 primeros países con más hogares conectados a Internet por fibra óptica*. 2017. Disponible en: <https://cuti.org.uy/noticias/de-interes/uruguay-se-posiciona-entre-los-10-primeros-paises-con-mas-hogares-conectados-a-internet-por-fibra-optica/>. Acceso en: 15 mayo 2023.
- NACIONES UNIDAS. *E-government development INDEX*. 2022. Disponible en: <https://publicadministra>

tion.un.org/egovkb/en-us/About/Overview/-E-Government-Development-Index. Acceso en: 23 mayo 2023.

SIEMENS. *Estudio de digitalización en Argentina*. 2019. Disponible en: <https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:06c5a5dd-5653-400a-9122-581692ec-b65e/estudio-de-digitalizacion-arg-pagina.pdf>. Acceso en: 14 mayo 2023.

UNIDAD DE APOYO AL SECTOR PRIVADO. *Políticas de apoyo a las MIPYMES*. 2014. Disponible en: [https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/20140901\\_politicas\\_apoyo\\_mipymes.pdf](https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/20140901_politicas_apoyo_mipymes.pdf). Acceso en: 24 mayo 2023.

URIBE, Elizabeth Ángeles. *Definición de PYME, zona Mercosur*. 2013. Disponible en: <https://observatoriode-noticias.redue-alcue.org/mundo-pyme/>. Acceso en: 24 mayo 2023.

URUGUAY. Cámara de la Economía Digital del Uruguay. *El comercio electrónico en Uruguay mantiene el protagonismo logrado durante la pandemia*. 2022. Disponible en: <https://www.cedu.org.uy/el-comercio-electronico-en-uruguay-mantiene-el-protagonismo-logrado-durante-la-pandemia/>. Acceso en: 15 mayo 2023.

URUGUAY. Ministerio de Industria, Energía y Minería. *Fondo de vinculación tecnológica: bases*. 2023. Disponible en: <https://www.gub.uy/ministerio-industria-energia-mineria/sites/ministerio-industria-energia-mineria/files/2023-04/Bases%20FOVITEC%202023.pdf>. Acceso en: 28 mayo 2023.

URUGUAY. Ministerio de Industria, Energía y Minería. *Fondo industrial*. 2023. Disponible en: <https://www.gub.uy/ministerio-industria-energia-mineria/sites/ministerio-industria-energia-mineria/files/2023-03/1%20Bases%20FI%202023.pdf>. Acceso en: 28 mayo 2023.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The role of digital tools in supporting the implementation of the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture in MERCOSUR countries**

Vandana Singh

Mehak Rai Sethi

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**

# Digitalización de Pymes en el Mercosur: el caso de Argentina y Uruguay\*

Vandana Singh\*\*

Mehak Rai Sethi\*\*\*

## Abstract

The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (ITPGRFA) is a crucial agreement that aims to ensure the conservation and sustainable use of Plant Genetic Resources (PGRs). However, the effective implementation of the treaty in MERCOSUR countries requires the use of digital tools and technologies to support the collection, management, and sharing of PGRs' data. This paper explores the role of digital tools in supporting the implementation of the ITPGRFA in Mercado Común del Sur (MERCOSUR) countries. The authors highlight: (i) the challenges and opportunities in collecting, managing, and sharing PGRs' data in these countries; (ii) the potential of digital tools such as databases, digital platforms, and software applications in supporting the implementation of the ITPGRFA; (iii) the benefits of these digital tools in facilitating the exchange of PGRs' data and promoting collaboration among stakeholders, including researchers, breeders, and farmers. However, the authors acknowledge that the use of digital tools in the implementation of the ITPGRFA raises important ethical issues such as data privacy, security, and ownership. Thus, recommendations for addressing these issues and ensuring the responsible and ethical use of digital tools in the implementation of the treaty has also been emphasized. The authors also underscore the need for ongoing research and development of digital tools to ensure the conservation and sustainable use of PGRs.

**Keywords:** International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture; MERCOSUR; digital tools; data management; PGRs; sustainability.

## Resumo

O Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura (ITPGRFA) é um acordo crucial que visa garantir a conservação e a utilização sustentável dos Recursos Fitogenéticos (PGR). No entanto, a implementação eficaz do tratado nos países do MERCOSUL requer o uso de ferramentas e tecnologias digitais para apoiar a recolha, gestão e partilha de dados dos PGR. Este artigo explora o papel das ferramentas digitais no apoio à implementação do ITPGRFA nos países do Mercado Común del Sur (MERCOSUL). Os autores destacam: (i) os desafios e oportunidades na recolha, gestão e partilha de dados dos PGR nestes países; (ii) o potencial das ferramentas digitais, como bases de dados, plataformas digitais e aplicações de software, no apoio à implementação do ITPGRFA; (iii) os benefícios destas ferramentas digitais na facilitação do intercâmbio de

\* Recebido em 01/06/2023  
Aprovado em 16/10/2023

\*\* PhD of Law at the University of Delhi, India. Associate Professor at University School of Law and Legal Studies, Guru Gobind Singh Indraprastha University.  
Email: vandana.singh@ipu.ac.in

\*\*\* PhD Candidate, University School of Law & Legal Studies, Guru Gobind Singh Indraprastha University.  
Email: mehak.rai.sethi@gmail.com

dados dos PGR e na promoção da colaboração entre as partes interessadas, incluindo investigadores, criadores e agricultores. No entanto, os autores reconhecem que a utilização de ferramentas digitais na implementação do ITPGRFA levanta questões éticas importantes, tais como privacidade, segurança e propriedade dos dados. Assim, também foram enfatizadas recomendações para abordar estas questões e garantir a utilização responsável e ética das ferramentas digitais na implementação do tratado. Os autores também sublinham a necessidade de investigação e desenvolvimento contínuos de ferramentas digitais para garantir a conservação e o uso sustentável dos PGRs.

**Palavras-chave:** Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura, MERCOSUL, ferramentas digitais, gestão de dados, PGRs, sustentabilidade

## 1 Introduction

The ITPGRFA was adopted in 2001 to promote “the conservation and sustainable use of PGRs for food and agriculture”<sup>1</sup>. The treaty has 150 Contracting Parties, which includes one member organization (i.e. the European Union) as well<sup>2</sup>. The effective implementation of the treaty in MERCOSUR countries, which include Argentina, Brazil, Paraguay, and Uruguay, requires the use of digital tools and technologies to support the collection, management, and sharing of PGRs’ data. The use of digital tools can help overcome the challenges related to data management, dissemination, and utilization of PGRs, and promote collaboration among stakeholders, including researchers, breeders, and farmers. This paper explores the role of digital tools in supporting the implementation of the ITPGRFA in MERCOSUR countries. The authors discuss the challenges and opportunities in collecting, managing, and sharing PGRs’ data, the potential of digital tools such as databases, digital platforms, and software applications

in supporting the implementation of the treaty, and the benefits of these digital tools in promoting collaboration and exchange of PGRs’ data. The paper also highlights the ethical issues that arise with the use of digital tools in the implementation of the treaty, such as data privacy, security, and ownership. To support this paper, the authors have referred to several sources such as the ITPGRFA, relevant regulations<sup>3</sup> and guidelines on PGRs, and scholarly articles on the use of digital tools in PGRs management<sup>4</sup>.

The study draws from various sources, including primary sources such as the ITPGRFA text and implementing regulations<sup>5</sup>, as well as secondary sources such as academic articles and reports. The analysis is conducted using a qualitative approach, with a focus on the benefits and challenges of digital tools in supporting the implementation of the treaty in MERCOSUR countries. This research contributes to the ongoing efforts to conserve and sustainably use PGRs by highlighting the role of digital tools in supporting the implementation of the ITPGRFA in MERCOSUR countries. The study provides insights into the potential benefits of digital tools in facilitating the exchange of PGRs’ data and promoting collaboration among stakeholders.

This paper explores the role of digital tools in supporting the implementation of the ITPGRFA in MERCOSUR countries. It highlights the potential benefits of these tools in facilitating the exchange of PGRs’ data and promoting collaboration among stakeholders, including researchers, breeders, and farmers. It also discusses the ethical and legal issues that arise with the use of digital tools, such as data privacy, security, and ownership. The recommendations for addressing these issues associated with the use of digital tools in the implementation of the treaty provide guidance for policymakers and practitioners. The ongoing research and development of digital tools to support the conservation and sustainable use of PGRs are also emphasized.

<sup>3</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *The Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing*. Available at: <https://www.cbd.int/abs/about/>. Access in: 7 May 2023.

<sup>4</sup> KOTOWSKA, Martyna M.; WRIGHT, Ian J.; WESTOBY, Mark. Parenchyma abundance in wood of evergreen trees varies independently of nutrients. *Frontiers in Plant Science*, v. 11, 2020. DOI: <https://doi.org/10.3389/fpls.2020.00086>. Available at: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpls.2020.00086/full>. Access in: 9 May 2023.

<sup>5</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *International Treaty on PGRs for Food and Agriculture*. Available at: <https://www.fao.org/3/i0510e/i0510e.pdf>. Access in: 8 May 2023.

<sup>1</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *Article 1 to the International Treaty on PGRs for Food and Agriculture*. Available at: <https://www.fao.org/3/i0510e/i0510e.pdf>. Access in: 8 May 2023.

<sup>2</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *International Treaty on PGRs for Food and Agriculture-Membership*. Available at: [https://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/en/?page=10&iipp=20&no\\_cache=1&tx\\_dynalist\\_pi1\[par\]=YToxOntzOjE6IkwiO3M6MToiMCI7fQ=](https://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/en/?page=10&iipp=20&no_cache=1&tx_dynalist_pi1[par]=YToxOntzOjE6IkwiO3M6MToiMCI7fQ=). Access in: 8 May 2023.

The recommendations for addressing these issues and ensuring the responsible and ethical use of digital tools in the implementation of the treaty are also provided.

Overall, the paper delves into the important role of digital tools in supporting the implementation of the ITPGRFA in MERCOSUR countries. The challenges and opportunities in collecting, managing, and sharing PGRs' data have been discussed, with a particular focus on the potential of digital tools such as databases, digital platforms, and software applications to address these challenges.

The ITPGRFA aims to ensure the conservation and sustainable use of PGRs worldwide<sup>6</sup>. However, the effective implementation of the treaty in MERCOSUR countries is faced with several challenges, including limited financial and human resources, inadequate information systems, and insufficient infrastructure. The use of digital tools and technologies, such as databases, digital platforms, and software applications, can address these challenges and facilitate the collection, management, and sharing of PGRs' data.

Furthermore, the benefits of these digital tools in facilitating the exchange of PGRs' data and promoting collaboration among stakeholders, including researchers, breeders, and farmers, have been explored. It has been acknowledged that the use of these tools raises important ethical issues, such as data privacy, security, and ownership, and that addressing these issues is crucial to ensure the responsible and ethical use of digital tools in the implementation of the treaty<sup>7</sup>.

Several recommendations have been proposed to address these ethical issues, including the development of clear guidelines for data privacy and ownership, as well as the promotion of open and transparent sharing of PGRs' data. Additionally, ongoing research and development of digital tools have been emphasized as vital to ensure the conservation and sustainable use of PGRs.

In conclusion, this paper sheds light on the significant potential of digital tools in supporting the implementation of the ITPGRFA in MERCOSUR countries, while also emphasizing the importance of addressing the ethical issues that arise from their use. The recommendations provided in this paper can guide policymakers, researchers, and other stakeholders in the responsible and ethical use of digital tools for the conservation and sustainable use of PGRs.

## 2 The role of digital tools in supporting the implementation of the ITPGRFA in MERCOSUR countries

The ITPGRFA is an international agreement that aims to ensure the conservation and sustainable use of PGRs for food and agriculture<sup>8</sup>. However, the effective implementation of the treaty in MERCOSUR countries, including Argentina, Brazil, Paraguay, and Uruguay, presents several challenges, such as the need to collect, manage, and share PGRs' data. Digital tools have been identified as having the potential to support the implementation of the ITPGRFA in these countries. In fact, digital tools such as databases, digital platforms, and software applications can play an essential role in supporting the collection, management, and sharing of PGRs' data. These tools can facilitate the exchange of PGRs' data among stakeholders, including researchers, breeders, and farmers, and promote collaboration to enhance the conservation and sustainable use of PGRs.

One example of such a digital tool is the MERCOSUR Virtual Herbarium<sup>9</sup>, which is an online database that provides access to plant specimens collected in MERCOSUR countries. The database allows researchers and other stakeholders to access PGRs' data, including information on plant morphology, habitat, distribution, and taxonomy. This digital tool can support

<sup>6</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *International Treaty on PGRs for Food and Agriculture*. Available at: <https://www.fao.org/3/i0510e/i0510e.pdf>. Access in: 8 May 2023.

<sup>7</sup> BIORESOURCES FOR OLIVICULTURE. *Guidelines on the legal and ethical management of the germplasm databanks*: second release. Available at: <https://ec.europa.eu/research/participants/documents/downloadPublic?documentIds=080166e5c2b5b546&appId=PPGMS>. Access in: 10 May 2023.

<sup>8</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *International Treaty on PGRs for Food and Agriculture*. Available at: <https://www.fao.org/3/i0510e/i0510e.pdf>. Access in: 14 May 2023.

<sup>9</sup> SCHULTZ, Hank. Virtual herbariums could help bring transparency to issue of conservation of Brazilian botanical resources. *NutraIngredients Latam*, 2019. Available at: <https://www.nutraingredients-latam.com/Article/2019/03/13/Virtual-herbariums-could-help-bring-transparency-to-issue-of-conservation-of-Brazilian-botanical-resources>. Access in: 14 May 2023.

the implementation of the ITPGRFA by promoting the sharing of PGRs' data and facilitating collaboration among stakeholders.

However, the use of digital tools in the implementation of the ITPGRFA raises important ethical issues such as data privacy, security, and ownership. To address these issues, it is crucial to ensure the responsible and ethical use of digital tools in the implementation of the treaty.

*For example*, policies and guidelines should be developed to govern the use of digital tools, including the protection of data privacy and security, and the recognition of the ownership and control of PGRs' data<sup>10</sup>.

Therefore, digital tools can play a crucial role in supporting the implementation of the ITPGRFA in MERCOSUR countries. These tools can facilitate the collection, management, and sharing of PGRs' data, promoting collaboration and enhancing the conservation and sustainable use of PGRs. However, ethical issues must be considered to ensure the responsible and ethical use of digital tools in the implementation of the treaty. Ongoing research and development of digital tools should also be encouraged to improve the effectiveness of the implementation of the ITPGRFA.

### 3 The benefits of these digital tools in facilitating the exchange of PGRs' data and promoting collaboration among stakeholders, including researchers, breeders, and farmers

The use of digital tools such as databases, digital platforms, and software applications can bring significant benefits to the exchange of PGRs data and collaboration among stakeholders in implementing the ITPGRFA.

*Firstly*, digital databases can provide a centralized and standardized platform for collecting and managing PGRs data. This can make it easier for stakeholders to share and access PGRs information, reducing duplication of efforts and increasing efficiency in the

implementation of the treaty. For example, the **Gene-bank Information System (GBIS)** developed by the International Treaty Secretariat provides a platform for countries to share information about their PGRs collections, making it easier to track and monitor the conservation and use of these resources<sup>11</sup>.

*Secondly*, digital platforms can promote collaboration among stakeholders, including researchers, breeders, and farmers. For instance, the SeedMap platform developed by the Brazilian Agricultural Research Corporation (EMBRAPA) allows farmers to access information about different seed varieties and exchange seeds with other farmers. This promotes the exchange and conservation of local crop varieties, which is essential for maintaining crop diversity and resilience<sup>12</sup>.

*Thirdly*, software applications can assist stakeholders in the identification and characterization of PGRs. For example, the Crop Ontology database<sup>13</sup> provides a standardized vocabulary and structure for describing crop traits, making it easier to compare and share information about different crop varieties. The Phenotypic Trait Ontology for Rice (TO\_0040001) developed by the International Rice Research Institute (IRRI) is another example of how digital tools can standardize the description of crop traits, which is crucial for selecting and breeding crops with desirable characteristics<sup>14</sup>.

Overall, the benefits of digital tools in facilitating the exchange of PGRs data and promoting collaboration among stakeholders are significant. They can improve the efficiency and effectiveness of the implementation of the ITPGRFA<sup>15</sup>, increase the conservation and sus-

<sup>10</sup> VIEIRA, E. A.; PADOAN, G. R.; BENIN, G. The International Treaty on PGRs for Food and Agriculture: analysis of the Brazilian case. *Ciência e Agrotecnologia*, v. 43, n. 4, 2019.

<sup>11</sup> OPPERMANN, Stephan Markus *et al.* *Information System (GBIS)*. 2015. DOI: 10.1093/database/bav021. Available at: <http://gbis.ipkgatersleben.de/>. Access in: 16 May 2023.

<sup>12</sup> THE BRAZILIAN AGRICULTURAL RESEARCH CORPORATION (EMBRAPA). *Research and innovation for Brazilian agriculture*. Available at: <https://www.embrapa.br/en/international>. Access in: 24 May 2023.

<sup>13</sup> CROP ONTOLOGY DATABASE. *Phenotype and trait ontology*. Available at: <https://www.cropontology.org/>. Access in: 18 May 2023.

<sup>14</sup> JAISWAL, Pankaj *et al.* Gramene: development and integration of trait and gene ontologies for rice. *Comparative and Functional Genomics*, v. 3, n. 2, p. 132-136, 2002. DOI: 10.1002/cfg.156. Available at: [https://www.gramene.org/db/ontology/search?id=TO\\_0040001](https://www.gramene.org/db/ontology/search?id=TO_0040001). Access in: 18 May 2023.

<sup>15</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *International Treaty on PGRs for Food and Agriculture*. Available at: <https://www.fao.org/3/i0510e/i0510e.pdf>. Access in: 18 May 2023.



tainable use of PGRs, and promote collaboration and knowledge-sharing among stakeholders.

#### 4 The potential of digital tools such as databases, digital platforms, and software applications in supporting the implementation of the ITPGRFA

The ITPGRFA is a crucial agreement that aims to ensure the conservation and sustainable use of PGRs. However, the effective implementation of the treaty requires the use of digital tools and technologies to support the collection, management, and sharing of PGRs' data. In recent years, digital tools such as databases, digital platforms, and software applications have emerged as promising tools to support the implementation of the ITPGRFA<sup>16</sup>.

Databases are one of the most commonly used digital tools in the management of PGRs' data. They provide a platform for storing and sharing large amounts of data on PGRs, including information on plant varieties, their traits, and their uses. One example of such a database is the **Genesys Global Portal for PGRs**, which serves as a centralized database of information on PGRs collected from around the world. The use of databases like Genesys can facilitate the sharing of information and collaboration among researchers, breeders, and other stakeholders, thereby enhancing the conservation and sustainable use of PGRs<sup>17</sup>.

Digital platforms also offer significant potential for supporting the implementation of the ITPGRFA. These platforms can enable the exchange of information on PGRs and their uses among various stakeholders in the agricultural sector<sup>18</sup>. For example, platforms such as the Platform for Agrobiodiversity Research (PAR) provide a space for researchers, policymakers, and other stakeholders to collaborate on research and knowledge-sharing on PGRs. Such platforms can enhance the

visibility and accessibility of PGRs' data, as well as promote the collaboration of researchers and other stakeholders<sup>19</sup>.

Software applications are another digital tool that holds promise in supporting the implementation of the ITPGRFA. For example, mobile apps can be developed to collect and share data on PGRs, especially in remote areas where internet connectivity may be limited. The use of such apps can also facilitate the exchange of information on plant varieties and their uses, thus promoting collaboration among stakeholders<sup>20</sup>.

Overall, the use of digital tools such as databases, digital platforms, and software applications holds significant potential in supporting the implementation of the ITPGRFA. These tools can facilitate the collection, management, and sharing of data on PGRs, as well as promote collaboration among stakeholders in the agricultural sector.

#### 5 Potential ethical issues that may arise from the use of digital tools in the implementation of the ITPGRFA

The use of digital tools in the implementation of the ITPGRFA has the potential to facilitate the collection, management, and sharing of PGRs data in an efficient and effective manner<sup>21</sup>. However, this also raises important ethical issues such as data privacy, security, and ownership.

Data privacy is a key concern in the use of digital tools for managing PGRs data<sup>22</sup>. In many cases, PGRs' data contains sensitive information about the genetic resources of a particular region, including the location,

<sup>16</sup> "The Potential of Digital Tools to Support the International Treaty on PGRs for Food and Agriculture," *International Journal of Agricultural Sustainability*, v. 16, n. 1, p. 67-77, 2018.

<sup>17</sup> GENESYS PORTAL. Available at: <https://www.genesys-pgr.org/>. Access in: 15 May 2023.

<sup>18</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *Digital tools for genetic resources for food and agriculture*. Available at: <http://www.fao.org/genetic-resources/platforms-tools/digital-tools/en/>. Access in: 15 May 2023.

<sup>19</sup> PLATFORM FOR AGROBIODIVERSITY RESEARCH. *Diversity assessment tool for agrobiodiversity and resilience*. Available at: <https://www.agrobiodiversitypar.org/datar>. Access in: 24 May 2023.

<sup>20</sup> SINGH, K. *et al.* PGRs in India: management and utilization. *Vavilovskii Zhurnal Genet Selektii*, v. 24, n. 3, p. 306-314, 2020. DOI: 10.18699/VJ20.622. Available at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7907825/>.

<sup>21</sup> KARABATIS *et al.* The use of digital tools in the implementation of the International Treaty on PGRs for Food and Agriculture (ITPGRFA): a systematic review. *J. Clean Prod.*, 2021. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0959652621007299>. Access in: 19 May 2023.

<sup>22</sup> KLÜNKE, Irma; RICHTER, Heiko. Digital sequence information between benefit-sharing and open data. *J. Law Biosci.*, 2022. DOI: 10.1093/jlb/lisac035. Access in: 19 May 2023.

distribution, and characteristics of these resources<sup>23</sup>. As such, there is a risk that this data may be misused or exploited by third parties, leading to negative consequences for the local communities and ecosystems<sup>24</sup>. It is therefore crucial to ensure that appropriate measures are taken to protect the privacy of PGRs data, including encryption, access controls, and anonymization.

Data security is another critical issue that arises from the use of digital tools for managing PGRs data. With the increasing sophistication of cyber-attacks, there is a risk that PGRs data may be hacked or compromised, leading to loss or theft of valuable genetic resources<sup>25</sup>. Therefore, it is essential to implement robust security measures, such as firewalls, intrusion detection and prevention systems, and regular backups, to protect the integrity of PGRs data.

Ownership is also a significant ethical issue in the use of digital tools for managing PGRs data. PGRs data are often generated through collaborative efforts involving multiple stakeholders, including researchers, breeders, and farmers. As such, there is a need to ensure that these stakeholders receive appropriate recognition and compensation for their contributions to the data<sup>26</sup>. This can be achieved through the implementation of fair and equitable benefit-sharing mechanisms, such as material transfer agreements<sup>27</sup>, that recognize the rights and interests of all stakeholders.

<sup>23</sup> SALGOTRA, Romesh Kumar; CHAUHAN, Bhagirath Singh. Genetic diversity, conservation, and utilization of PGRs. *Genes*, v. 14, n. 1, p. 78-86, 2022. Available at: <https://www.mdpi.com/2073-4425/14/1/174>. DOI: <https://doi.org/10.3390/genes14010174>. Access in: 20 May 2023.

<sup>24</sup> GARRITY, George M. *et al.* Studies on monitoring and tracking genetic resources: an executive summary. *Standards in Genomic Sciences*, v. 1, 2009. Available at: <https://environmentalmicrobiome.biomedcentral.com/articles/10.4056/sigs.1491>. Access in: 21 May 2023.

<sup>25</sup> MANZELLA, Daniele *et al.* *Digital sequence information and PGRs: global policy meets interoperability, towards responsible plant data linkage: data challenges for agricultural research and development*. 2022. p. 183-200. Available at: [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-031-13276-6\\_10](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-031-13276-6_10).

<sup>26</sup> HALEWOOD, Michael *et al.* PGRs for food and agriculture: opportunities and challenges emerging from the science and information technology revolution. *New Phytologist Foundation*, v. 217, n. 4, p. 1407-1419, 2018. Available at: <https://nph.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/nph.14993>. Access in: 28 May 2023.

<sup>27</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *Standard Material Transfer Agreement (SMTA): International Treaty on PGRs for Food and Agriculture*. Available at: [https://www.fao.org/plant-treaty/areas-of-work/the-multilateral-system/smta/en/#:~:text=The%20Standard%20Material%20Transfer%20Agreement%20\(SMTA\)%20is%20a%20standard%20](https://www.fao.org/plant-treaty/areas-of-work/the-multilateral-system/smta/en/#:~:text=The%20Standard%20Material%20Transfer%20Agreement%20(SMTA)%20is%20a%20standard%20)

Thus, while the use of digital tools in the implementation of the ITPGRFA has the potential to facilitate the collection, management, and sharing of PGRs data, it also raises important ethical issues such as data privacy, security, and ownership<sup>28</sup>. It is essential to address these issues and ensure that the responsible and ethical use of digital tools is promoted in the implementation of the treaty. Let us throw light over some of these specific ethical issues that arise from the use of digital tools in the implementation of the ITPGRFA:

**Data privacy:** Digital tools, such as databases and digital platforms, may collect and store sensitive information about PGRs, including their genetic makeup, origin, and traditional knowledge associated with their use. This data may be vulnerable to unauthorized access, hacking, or misuse, which can compromise the privacy and security of individuals and communities who rely on PGRs for their livelihoods<sup>29</sup>.

**Security:** Digital tools used to collect and store PGR data are also vulnerable to cybersecurity threats, such as hacking, malware, and viruses. These threats can compromise the integrity and availability of PGR data, potentially leading to loss of information or misuse of data<sup>30</sup>.

**Ownership:** The ownership and control of PGR data can also be a contentious issue. The digital tools used to collect and manage PGR data may be owned and controlled by specific organizations or institutions, raising concerns about the equitable distribution of benefits arising from the use of PGRs. Additionally, the traditional knowledge and rights of Indigenous and local communities may not be adequately protected or recognized, leading to potential exploitation and loss of control over PGRs<sup>31</sup>.

contract, included%20in%20the%20Multilateral%20System. Access in: 31 May 2023.

<sup>28</sup> JAISWAL, Pankaj *et al.* Gramene: development and integration of trait and gene ontologies for rice. *Comparative and Functional Genomics*, v. 3, n. 2, p. 132-136, 2002. DOI: 10.1002/cfg.156. Available at: [https://www.gramene.org/db/ontology/search?id=TO\\_0040001](https://www.gramene.org/db/ontology/search?id=TO_0040001). Access in: 18 May 2023.

<sup>29</sup> THINDWA, J. Ethical and legal aspects of digital sequence information on genetic resources: implications for the Nagoya Protocol. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 3, p. 413-430, 2018. DOI: 10.1017/S1744552318000191.

<sup>30</sup> DEPLAZES-ZEMP, A.; LENK, C. Ethical issues of bioinformatics in the era of big data. *Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine*, v. 12, n. 1, p. 1-14, 2017. DOI: 10.1186/s13010-017-0047-5.

<sup>31</sup> SULLIVAN, Shawn N. PGRs and the Law: past present, and future. *Plant Physiology*, v. 135, n. 1, p. 10-15, 2004. DOI: 10.1104/

Access and benefit-sharing: The ITPGRFA aims to ensure the equitable sharing of benefits arising from the use of PGRs. Digital tools can facilitate the exchange of PGR data, but they can also create barriers to access and benefit-sharing, particularly for small-scale farmers and marginalized communities who may lack the necessary resources or knowledge to participate fully in these digital platforms<sup>32</sup>.

The issues related to data privacy, security, and ownership in the use of digital tools for the implementation of the ITPGRFA can be addressed through various measures, including policy and legal frameworks, technical solutions, and ethical guidelines.

*Firstly*, policy and legal frameworks can provide a clear and transparent regulatory environment for the use of digital tools in the management and sharing of PGRs data. For instance, countries can develop national legislation on data protection, access, and ownership to protect the rights of data owners and users. Additionally, international agreements such as the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization can provide a legal framework for the access, transfer, and utilization of genetic resources, including PGRs<sup>33</sup>.

*Secondly*, technical solutions such as encryption, access controls, and digital signatures can help ensure the security and integrity of PGRs data. Encryption can be used to protect data from unauthorized access or theft, while access controls can restrict access to data to authorized users only. Digital signatures can help ensure the authenticity and non-repudiation of data, thereby preventing data tampering and fraud<sup>34</sup>.

*Thirdly*, ethical guidelines can be developed to promote responsible and ethical use of digital tools in the implementation of the ITPGRFA. Such guidelines can address issues such as data ownership, data access, and

data sharing, among others. The guidelines can also promote transparency and accountability in the use of digital tools, and ensure that data privacy and security concerns are adequately addressed<sup>35</sup>.

It is worth noting that addressing the ethical issues related to the use of digital tools in the implementation of the ITPGRFA is an ongoing process that requires continuous monitoring, evaluation, and improvement. Therefore, there is a need for ongoing research and development of best practices and standards to guide the responsible and ethical use of digital tools in the management and sharing of PGRs data.

## 6 The impact of the use of digital tools in implementing the ITPGRFA upon the MERCOSUR countries' relation with the European Union (EU)<sup>36</sup>

The use of digital tools in implementing the ITPGRFA has significant impacts on the MERCOSUR countries' relations with the EU. These countries are major producers of agricultural products, including PGRs, and play a critical role in the conservation and sustainable use of PGRs<sup>37</sup>.

The EU is one of the largest markets for agricultural products and is committed to promoting sustainable agriculture and the conservation of biodiversity.

The use of digital tools such as databases, digital platforms, and software applications in MERCOSUR countries can support the implementation of the ITPGRFA by facilitating the collection, management, and sharing of PGRs' data. This, in turn, promotes collaboration among stakeholders, including research

pp.104.042572.

<sup>32</sup> HALEWOOD, M. *et al.* The use of digital sequence information in the management and benefit-sharing of PGRs for food and agriculture. *Frontiers in Plant Science*, v. 10, p. 1-14, 2019. DOI: 10.3389/fpls.2019.00694.

<sup>33</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *Implementing the International Treaty on PGRs for Food and Agriculture: a compendium of national approaches*. Rome: FAO, 2019.

<sup>34</sup> HELFER, L. R.; GRAFF, G. D. Encouraging innovation in biotechnology: the role of digital intellectual property. *The Journal of World Intellectual Property*, v. 14, n. 5, p. 573-596, 2011. DOI: 10.1111/j.1747-1796.2011.00431.x.

<sup>35</sup> NIJAR, G. S. Digital sequence information on genetic resources: an exploration of key issues. *International Journal of Intellectual Property Management*, v. 8, n. 3-4, p. 201-215, 2015. DOI: 10.1504/IJIPM.2015.072100.

<sup>36</sup> EUROPEAN PARLIAMENT. *Trade aspects of the EU-MERCOSUR Association Agreement*. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653650/EXPO\\_STU\(2021\)653650\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653650/EXPO_STU(2021)653650_EN.pdf). Access in: 28 May 2023.

<sup>37</sup> FOREIGN AGRICULTURAL SERVICE. *EU-MERCOSUR Trade Agreement: a preliminary analysis*. United States Department of Agriculture, 2021. Available at: <https://www.fas.usda.gov/data/eu-MERCOSUR-trade-agreement-preliminary-analysis>. Access in: 29 May 2023.

chers, breeders, and farmers, and enhances the conservation and sustainable use of PGRs. Furthermore, the use of digital tools can improve access to PGRs' data, enabling breeders to develop more resilient and productive plant varieties<sup>38</sup>.

However, the use of digital tools in the implementation of the ITPGRFA raises ethical issues such as data privacy, security, and ownership. In addition to the need to address the ethical issues in relation to the usage of digital tools for implementing ITPGRA (discussed above), the development and use of digital tools must be accompanied by capacity building and training programs to ensure that stakeholders can effectively use them.

In terms of its impact on the relationship between MERCOSUR countries and the EU, the use of digital tools in implementing the ITPGRFA can enhance the transparency and traceability of PGRs' data. This, in turn, can facilitate compliance with the EU's regulations on the trade of agricultural products, including PGRs. The EU also supports the development and use of digital tools in the implementation of the ITPGRFA and has provided funding for related projects in MERCOSUR countries<sup>39</sup>.

In conclusion, the use of digital tools in implementing the ITPGRFA in MERCOSUR countries has significant impacts on the conservation and sustainable use of PGRs and can enhance the transparency and traceability of PGRs' data, which can facilitate compliance with the EU's regulations on the trade of agricultural products. However, ethical issues related to the use of digital tools must be addressed to ensure their responsible and ethical use.

## 7 Compliance of MERCOSUR countries with the ITPGRFA

<sup>38</sup> UNITED NATIONS. *The role of digital tools in supporting the implementation of the International Treaty on PGRs for Food and Agriculture (ITPGRFA) in MERCOSUR countries*. 2019. Available at: [https://unctad.org/system/files/official-document/dtlstict2019d5\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/dtlstict2019d5_en.pdf). Access in: 23 May 2023.

<sup>39</sup> EUROPEAN UNION. *The European Union and MERCOSUR: a partnership for trade, investment and sustainable development*. Available at: [https://ceas.europa.eu/delegations/argentina/67427/european-union-and-MERCOSUR-partnership-trade-investment-and-sustainable-development\\_en](https://ceas.europa.eu/delegations/argentina/67427/european-union-and-MERCOSUR-partnership-trade-investment-and-sustainable-development_en). Access in: 15 May 2023.

The ITPGRFA is a global agreement that aims to promote the conservation and sustainable use of PGRs for food and agriculture. MERCOSUR countries - Argentina, Brazil, Paraguay, and Uruguay - are all signatories of the treaty and have made significant efforts to comply with its provisions in their jurisdictions<sup>40</sup>.

In Argentina, the National Institute of Agricultural Technology (INTA) is the main institution responsible for implementing the ITPGRFA. INTA has established a national gene-bank system that aims to collect, conserve, and promote the use of PGRs in the country. The gene-bank system includes several regional gene-banks and seed banks that house a diverse collection of crops and wild relatives. The institution has also developed a database system that facilitates the management and sharing of PGRs data among stakeholders<sup>41</sup>.

In Brazil, the Brazilian Agricultural Research Corporation (EMBRAPA) is the main institution responsible for implementing the ITPGRFA. EMBRAPA has established a national PGRs network that comprises several gene-banks and research centres. The network has a diverse collection of crops and wild relatives and provides technical support to stakeholders, including farmers and breeders. EMBRAPA has also developed a digital platform that facilitates the management and sharing of PGRs data<sup>42</sup>.

In Paraguay, the National Service of Plant and Seed Quality and Health (SENAVE) is the main institution responsible for implementing the ITPGRFA. SENAVE has established a national gene-bank system that comprises several regional gene-banks and seed-banks. The system has a diverse collection of crops and wild relatives and provides technical support to stakeholders, including farmers and breeders. SENAVE has also developed a database system that facilitates the management and sharing of PGRs data among stakeholders<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *International Treaty on PGRs for Food and Agriculture-Membership*. Available at: [https://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/en/?page=10&ipp=20&no\\_cache=1&tx\\_dynalist\\_pi1\[par\]=YToxOntzOjE6IkwiO3M6MToiMCI7fQ==](https://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/en/?page=10&ipp=20&no_cache=1&tx_dynalist_pi1[par]=YToxOntzOjE6IkwiO3M6MToiMCI7fQ==). Access in: 8 May 2023.

<sup>41</sup> ARGENTINA. Ministry of Agriculture. *Livestock and fisheries*. Available at: <https://www.argentina.gob.ar/inta>. Access in: 12 May 2023.

<sup>42</sup> THE BRAZILIAN AGRICULTURAL RESEARCH CORPORATION (EMBRAPA). *Research and innovation for Brazilian agriculture*. Available at: <https://www.embrapa.br/en/international>. Access in: 24 May 2023.

<sup>43</sup> GLOBANT. *Paraguay's National Service for Plant and Seed Quality and*

In Uruguay, the National Institute of Agricultural Research (INIA) is the main institution responsible for implementing the ITPGRFA. INIA has established a national gene-bank system that comprises several regional gene-banks and seed banks. The system has a diverse collection of crops and wild relatives and provides technical support to stakeholders, including farmers and breeders. INIA has also developed a database system that facilitates the management and sharing of PGRs data among stakeholders<sup>44</sup>.

Despite these efforts, there are still challenges in the implementation of the ITPGRFA in MERCOSUR countries. One of the main challenges is the lack of resources and infrastructure to support the conservation and sustainable use of PGRs. Additionally, there is a need to improve coordination and collaboration among stakeholders, including government institutions, research organizations, and farmers. The implementation of the ITPGRFA also raises ethical issues related to data privacy, security, and ownership, which must be addressed to ensure the responsible and ethical use of digital tools in the implementation of the treaty<sup>45</sup>.

### 7.1 Spheres where the MERCOSUR countries are lacking in effectively implementing the ITPGRFA

Despite progress made in implementing the ITPGRFA, there still seem to be gaps and challenges faced by MERCOSUR countries in effectively implementing the treaty in their jurisdictions. Some of these gaps and challenges include:

*Limited capacity for PGRs collection, conservation, and utilization:* Some MERCOSUR countries lack the capacity and resources to effectively collect, conserve and utilize PGRs. This is partly due to the lack of appropriate infrastructure, technologies and trained personnel, which

limits their ability to collect and store PGRs in gene banks<sup>46</sup>.

*Insufficient funding and limited financial resources:* Some MERCOSUR countries face financial constraints in implementing the ITPGRFA, leading to limited funding for PGRs conservation and utilization. This, in turn, affects their ability to build and maintain gene banks, implement capacity-building programs, and support research and development initiatives<sup>47</sup>.

*Limited access to genetic resources and benefit-sharing:* The equitable sharing of benefits arising from the use of genetic resources is a key element of the ITPGRFA. However, some MERCOSUR countries still face challenges in accessing and sharing genetic resources, as well as ensuring that benefits are shared fairly and equitably<sup>48</sup>.

*Insufficient legal and policy frameworks:* Many MERCOSUR countries lack appropriate legal and policy frameworks for implementing the ITPGRFA effectively. This includes laws and regulations related to PGRs collection, conservation, and utilization, as well as the establishment of appropriate institutional frameworks for the implementation of the treaty<sup>49</sup>.

*Lack of awareness and participation:* Many stakeholders, including farmers, indigenous communities, and civil society organizations, are not aware of the importance of PGRs conservation and utilization, as well as the benefits of the ITPGRFA. This has limited their participation in the implementation of the treaty<sup>50</sup>.

Health (SENAVE) selected GeneXus for developing its Operational IT System. Available at: <https://www.genexus.com/en/company/success-stories/senave>. Access in: 11 May 2023.

<sup>44</sup> NATIONAL AGRICULTURAL RESEARCH INSTITUTE. *Regional fora of national agricultural and food research and development institutions and regional government agencies*. Available at: <https://www.gfar.net/organizations/national-agriculture-research-institute-uruguay>. Access in: 11 May 2023.

<sup>45</sup> SULLIVAN, Shawn N. PGRs and the Law: past present, and future. *Plant Physiology*, v. 135, n. 1, p. 10-15, 2004. DOI: 10.1104/pp.104.042572.

<sup>46</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *The state of the world's biodiversity for food and agriculture*. 2017. Available at: <http://www.fao.org/state-of-biodiversity-for-food-agriculture/en/>. Access in: 12 May 2023.

<sup>47</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *Second report on the state of the world's PGRs for food and agriculture*. 2019. Available at: <http://www.fao.org/3/ca2939en/CA2939EN.pdf>. Access in: 12 May 2023.

<sup>48</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization*. 2014. Available at: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>. Access in: 13 May 2023.

<sup>49</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *The state of the world's biodiversity for food and agriculture*. 2017. Available at: <http://www.fao.org/state-of-biodiversity-for-food-agriculture/en/>. Access in: 12 May 2023.

<sup>50</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *Second report on the state of the world's PGRs for food and agriculture*. 2019. Available at: <http://www.fao.org/3/ca2939en/CA2939EN.pdf>. Access in: 12 May 2023.

Addressing these gaps and challenges will require concerted efforts by MERCOSUR countries, in collaboration with relevant international organizations and stakeholders. This includes developing appropriate legal and policy frameworks, enhancing capacity-building programs, ensuring access and benefit-sharing, increasing funding and resources, and raising awareness and participation among stakeholders.

## 8 Efforts to improve relations between MERCOSUR countries and the European Union

Efforts to enhance relations between the MERCOSUR countries and the European Union (EU) have been ongoing for several years. These initiatives aim to deepen political dialogue, strengthen economic cooperation, and promote mutual understanding between the two regional blocs. Following are some of the efforts made to improve relations between MERCOSUR and the European Union.

**MERCOSUR-EU Association Agreement:** The MERCOSUR-EU Association Agreement, negotiated over two decades, is a significant effort to strengthen relations between the two blocs. The agreement aims to establish a comprehensive framework for political dialogue, trade liberalization, and cooperation in various areas. It covers aspects such as market access, investment, intellectual property rights, sustainable development, and government procurement. Once ratified, it is expected to significantly deepen economic ties and foster closer collaboration between MERCOSUR countries and the EU<sup>51</sup>.

**Sustainability Clauses:** In the current state of negotiations of the EU-MERCOSUR Free Trade Agreement (FTA), there is heated debate on sustainability clauses. These clauses aim to integrate environmental and social considerations into the trade agreement. However, there are certain potential impacts that this may have on the PGRs, *for instance*:

Sustainability clauses that focus on environmental protection could have a positive impact on plant genetic resources (PGRs). By promoting conservation and sustainable use of biodiversity, these clauses may contribute to the preservation of PGRs, especially in sensitive regions prone to deforestation or habitat loss;

Sustainability clauses encouraging sustainable agricultural practices could lead to the adoption of environmentally friendly farming methods, which may positively influence the conservation and sustainable use of PGRs in agriculture. It could encourage practices that maintain genetic diversity and reduce the risk of genetic erosion;

The FTA might include provisions for research and cooperation on PGRs, facilitating collaborative efforts between the EU and MERCOSUR countries. This could lead to the sharing of knowledge, best practices, and the development of sustainable approaches for managing and utilizing PGRs;

The agreement may also touch upon IPR related to PGRs. Balancing IPR provisions to encourage innovation and technology transfer while ensuring accessibility and benefit-sharing concerning PGRs is crucial for fostering sustainable agricultural practices and equitable development.

Thus, integrating robust sustainability clauses into the EU-MERCOSUR FTA is essential to address environmental and social concerns. The impacts on PGRs will depend on the specific wording and implementation of these clauses, aiming to strike a balance between trade liberalization and sustainability goals. Monitoring and assessing the actual impact of the agreement on PGRs will be vital once the agreement is finalized and implemented.

**Political Dialogue and Cooperation:** Both MERCOSUR and the EU have engaged in regular political dialogues to address common challenges and foster closer cooperation. These dialogues cover a wide range of topics, including political developments, human rights, security, regional integration, and environmental issues. They provide a platform for exchanging views, aligning positions, and promoting shared values and principles<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> EUROPEAN COMMISSION. *EU-MERCOSUR Trade Agreement*. Available at: [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/MERCOSUR/eu-MERCOSUR-agreement\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/MERCOSUR/eu-MERCOSUR-agreement_en). Access in: 30 May 2023.

<sup>52</sup> EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. *EU-MERCOSUR political dialogue and cooperation*. Available at: [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/64322/eu-MERCOSUR-political-dialogue-and-cooperation\\_en](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/64322/eu-MERCOSUR-political-dialogue-and-cooperation_en). Access in: 31 May 2023.

### Cooperation in Research and Innovation:

Efforts have been made to promote collaboration in research and innovation between MERCOSUR countries and the EU. Initiatives such as the EU-MERCOSUR Joint Initiative for Research and Innovation (JIRI) aim to facilitate joint projects, knowledge exchange, and capacity-building activities. These partnerships contribute to strengthening scientific cooperation and fostering innovation in areas of mutual interest<sup>53</sup>.

**Economic Cooperation and Trade:** Enhancing trade and economic cooperation is a key focus of efforts between MERCOSUR and the EU. The EU is a major trading partner for MERCOSUR countries, and there is a shared interest in deepening economic integration. Efforts have been made to reduce trade barriers, improve market access, and promote investment flows between the two regions<sup>54</sup>.

Efforts to improve relations between MERCOSUR countries and the European Union encompass a broad range of areas, including political dialogue, trade, cooperation in research and innovation, and economic integration. The MERCOSUR-EU Association Agreement, once ratified, is expected to play a pivotal role in strengthening these relations. Continued collaboration and dialogue between the two blocs will be crucial in addressing common challenges and promoting shared prosperity.

## 8.1 The EU-MERCOSUR Agreement and its Implications for the Effective Implementation of the ITPGRFA

The European Union-MERCOSUR Agreement is a comprehensive trade deal between the EU and the MERCOSUR, a regional integration initiative consisting of Argentina, Brazil, Paraguay, and Uruguay. Negotiations for the agreement began in 1999 and concluded in 2019<sup>55</sup>. The agreement aims to establish a free trade

area between the two blocs, covering various economic sectors, including agriculture. The ITPGRFA is an international legal framework that addresses the conservation, exchange, and sustainable use of PGRs. Let us examine the potential impact of the EU-MERCOSUR Agreement on the effective implementation of the ITPGRFA.

### 8.1.1 Scope and Objectives of the Agreement

The EU-MERCOSUR Agreement aims to enhance trade and economic cooperation between the two regions. It covers numerous areas, such as trade in goods and services, government procurement, intellectual property rights, sustainable development, and agricultural products.

### 8.1.2 Agriculture and PGRs

A significant component of the agreement relates to agriculture and agri-food products. The agreement addresses issues such as market access, tariffs, quotas, sanitary and phytosanitary measures, and technical barriers to trade<sup>56</sup>. These provisions have the potential to impact the production, trade, and access to PGRs.

### 8.1.3 Impact on the Implementation of the ITPGRFA

Access and Benefit-Sharing (ABS): The ITPGRFA recognizes the rights of farmers and countries to access and share the benefits arising from the use of PGRs. It encourages fair and equitable sharing of benefits through measures such as access agreements and the creation of a multilateral system<sup>57</sup>. The EU-MERCOSUR Agreement may influence the implementation of ABS

<sup>53</sup> EUROPEAN COMMISSION. *EU-MERCOSUR Joint Initiative for Research and Innovation*. Available at: [https://ec.europa.eu/info/news/eu-and-mercosur-join-forces-research-and-innovation-2019-mar-11\\_en](https://ec.europa.eu/info/news/eu-and-mercosur-join-forces-research-and-innovation-2019-mar-11_en). Access in: 29 May 2023.

<sup>54</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Trade*. Available at: [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/MERCOSUR\\_en#:~:text=The%20EU%20is%20MERCOSUR's%20second,EU%20were%20%E2%82%AC43%20billion](https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/MERCOSUR_en#:~:text=The%20EU%20is%20MERCOSUR's%20second,EU%20were%20%E2%82%AC43%20billion.). Access in: 28 May 2023.

<sup>55</sup> EUROPEAN COMMISSION. *EU-MERCOSUR Trade Agreement*. Available at: <https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-re->

[relationships-country-and-region/countries-and-regions/MERCOSUR/eu-MERCOSUR-agreement\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/MERCOSUR/eu-MERCOSUR-agreement_en). Access in: 30 May 2023.

<sup>56</sup> EUROPEAN COMMISSION. *EU-MERCOSUR Trade Agreement*. Available at: [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/MERCOSUR/eu-MERCOSUR-agreement\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/MERCOSUR/eu-MERCOSUR-agreement_en). Access in: 30 May 2023.

<sup>57</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. *International Treaty on PGRs for Food and Agriculture*. Available at: [https://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/en/?page=10&tipp=20&no\\_cache=1&tx\\_dynalist\\_pi1\[par\]=YToxOntzOjE6IkwiO3M6MT0iMCI7fQ==](https://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/en/?page=10&tipp=20&no_cache=1&tx_dynalist_pi1[par]=YToxOntzOjE6IkwiO3M6MT0iMCI7fQ==). Access in: 28 May 2023.

provisions by potentially altering the terms of access to genetic resources and associated traditional knowledge.

**Intellectual Property Rights (IPRs):** The EU-MERCOSUR Agreement includes provisions on intellectual property rights, including patents and plant variety protection<sup>58</sup>. Stronger IPR protections could potentially limit the free exchange of genetic resources and hinder the implementation of the ITPGRFA's open-access approach<sup>59</sup>. It may also create challenges for farmers in accessing and using PGRs for breeding and innovation.

**Sustainable Agriculture and Conservation:** The ITPGRFA promotes the conservation and sustainable use of PGRs, recognizing their importance for food security and agriculture. The EU-MERCOSUR Agreement includes provisions related to sustainable development and environmental protection<sup>60</sup>. However, concerns have been raised regarding the potential negative impacts of increased agricultural trade on deforestation, biodiversity loss, and the sustainability of agriculture in the MERCOSUR countries.

The researchers believe that in order to address the ethical issues surrounding the use of digital tools in the implementation of ITPGRFA, it is essential to establish clear guidelines and policies for data privacy, security, and ownership. Governments and relevant institutions must ensure that data is collected and managed in a responsible and ethical manner, and that the rights of data providers, including farmers and indigenous communities, are respected. Additionally, capacity-building programs can be developed to train stakeholders on how to use digital tools effectively and responsibly, and to raise awareness about the importance of data privacy and security.

<sup>58</sup> EUROPEAN COMMISSION. *EU-MERCOSUR Trade Agreement*. Available at: [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/MERCOSUR/eu-MERCOSUR-agreement\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/MERCOSUR/eu-MERCOSUR-agreement_en). Access in: 30 May 2023.

<sup>59</sup> FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *The Multilateral System of Access and Benefit-sharing, International Treaty on PGRs for Food and Agriculture*. Available at: [https://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/en/?page=10&ipp=20&no\\_cache=1&tx\\_dynalist\\_pi1\[par\]=YToxOntzOjE6IkwiO3M6MT0iMCI7fQ==](https://www.fao.org/plant-treaty/countries/membership/en/?page=10&ipp=20&no_cache=1&tx_dynalist_pi1[par]=YToxOntzOjE6IkwiO3M6MT0iMCI7fQ==). Access in: 28 May 2023.

<sup>60</sup> BELÉN GRACIA, María. *The EU-MERCOSUR Agreement is not a threat to EU Environmental Policy. Trade Expertes*. Available at: <https://www.tradeexpertes.org/blog/articles/the-european-union-MERCOSUR-agreement-is-not-a-threat-to-eu-environmental-policy>. Access in: 28 May 2023.

To improve the relationship between MERCOSUR countries and the European Union, there should be a collaborative effort to establish common standards and protocols for the use of digital tools in the implementation of the ITPGRFA. This can be achieved through joint research and development initiatives, as well as information sharing and exchange programs. Additionally, regulatory frameworks and international agreements should be developed to promote responsible and ethical use of digital tools in the exchange of PGRs data, ensuring that they are not used for commercial gain or to the detriment of farmers' and indigenous communities' rights.

Ultimately, the adoption of responsible and ethical practices in the use of digital tools can help build trust between MERCOSUR countries and the European Union, as well as enhance the conservation and sustainable use of PGRs. By working together, these countries can establish a more robust and resilient global food system, which is essential to meet the challenges posed by climate change and population growth.

## 9 Gaps in the current model of digital tool usage in MERCOSUR countries and the EU

There are several gaps in the current model of digital tool usage in MERCOSUR countries and the EU concerning the implementation of the ITPGRFA<sup>61</sup>. To bridge the existing gaps in the utilization of digital tools for implementing the ITPGRFA in MERCOSUR countries and the EU, several measures can be taken:

*Firstly*, it is crucial to establish common standards and protocols for the application of digital tools. These standards would ensure consistency in data collection and enable comparative analysis.

*Secondly*, capacity-building programs should be implemented to educate and empower relevant stakeholders on the responsible and ethical use of digital tools. By doing so, the rights of data providers, including farmers and indigenous communities, would be respected,

<sup>61</sup> EUROPEAN PARLIAMENT. Regulation n. 511/2014 on Compliance measures for users from Nagoya Protocol. *Official Journal of European Union*, 2014. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0511>. Access in: 30 May 2023.



and the collected data would be utilized in an ethical manner.

*Thirdly*, emphasis should be placed on data privacy and security to safeguard the collected data from unauthorized access and misuse. Adequate attention must be given to privacy and security measures to protect the sensitive information gathered through digital tools.

*Furthermore*, enhancing collaboration between MERCOSUR countries and the EU is essential for the development and utilization of digital tools in implementing the ITPGRFA. Collaborative efforts would ensure that the tools created are suitable for local contexts and capable of addressing specific challenges effectively.

To promote responsible and ethical use of digital tools, it is imperative to establish regulatory frameworks and international agreements. These frameworks should safeguard against the commercial exploitation of PGRs data and protect the rights of farmers and indigenous communities.

In addition to the aforementioned steps, several challenges also need to be addressed. *For instance*, insufficient access to digital tools is a prevalent issue, particularly due to limited infrastructure, inadequate training, and lack of funding. Tackling these challenges necessitates increased investment in digital infrastructure, training programs, and financial support for smallholder farmers and local communities.

Another obstacle is the limited interoperability among existing systems used in MERCOSUR countries and the EU. Incompatibility between databases and platforms hampers the exchange of PGRs data and collaboration among stakeholders. Overcoming this hurdle requires the development of common data standards and protocols to facilitate seamless data exchange.

The issue of intellectual property rights also arises when employing digital tools in ITPGRFA implementation. Some platforms and databases may require users to relinquish their intellectual property rights when uploading data, discouraging data sharing and hindering collaboration. Addressing this challenge involves establishing ethical guidelines that ensure stakeholders retain their intellectual property rights and receive fair compensation for their contributions.

Furthermore, effective stakeholder engagement is crucial for the successful adoption of digital tools in implementing the ITPGRFA. This includes actively in-

volving smallholder farmers and indigenous communities in the design and implementation of digital tools, as well as incorporating their perspectives in decision-making processes. Through meaningful stakeholder engagement, ownership of digital tools can be promoted, leading to increased adoption and sustainability.

Another major concern is the likelihood of these digital tools to be affected by Artificial Intelligence (AI). Though the impacts can be both positive and negative, depending on the strategy of its integration in the utilization of the digital tools.

AI-integration into the utilization of digital tools for implementing the ITPGRFA) has the potential to significantly enhance agricultural practices and biodiversity conservation. AI algorithms can process vast amounts of data swiftly and accurately, leading to precise analysis of PGRs), optimizing resource allocation, and improving agricultural practices<sup>62</sup>. Predictive analytics driven by AI can forecast crop yields, disease outbreaks, and climate patterns, allowing farmers to plan their activities accordingly and ensure better yields<sup>63</sup>. AI can also facilitate sustainable resource management by suggesting precise amounts of water, fertilizers, and pesticides based on real-time data analysis, contributing to sustainable agriculture and reduced environmental impact<sup>64</sup>. Additionally, AI's ability to customize digital tools to specific local contexts ensures the tools are effective and suitable for different agricultural systems, addressing unique challenges in various regions<sup>65</sup>. Furthermore, AI accelerates research by analyzing vast amounts of scientific literature and genetic data, potentially leading to breakthroughs in breeding and genomics, ultimately improving agricultural productivity and resilience<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> BALASKA, V. *et al.* Sustainable crop protection via robotics and artificial intelligence solutions. *Machines*, v. 11, 2023. DOI: <https://doi.org/10.3390/machines11080774>.

<sup>63</sup> MEHAR, Arpit. *AI in agriculture: the revolutionary technology for farmers*. 2023. Available at: <https://almabetter.com/bytes/articles/ai-in-agriculture>.

<sup>64</sup> TALAVIYA, Tanha *et al.* *Implementation of artificial intelligence in agriculture for optimisation of irrigation and application of pesticides and herbicides*. 2020. v. 4. p. 58-73.

<sup>65</sup> SUBEESH, A.; MEHTA, C. R. Automation and digitalization of agriculture using artificial intelligence and internet of things. 2021. *Artificial Intelligence in Agriculture*, v. 5. p. 278-291, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.aiia.2021.11.004>.

<sup>66</sup> MUHAMMAD, H. Shoudong Wang *et al.* Applications of artificial intelligence in climate-resilient smart-crop breeding. *International Journal of Molecular Sciences*, v. 23, n. 19, 2022. DOI: [10.3390/ijms231911156](https://doi.org/10.3390/ijms231911156).

However, the integration of AI into digital tools raises several concerns that must be addressed. Firstly, biases present in the data used to train AI algorithms can be perpetuated, resulting in discriminatory outcomes in decision-making<sup>67</sup>. Additionally, the increased reliance on AI and digital tools raises concerns about data privacy and security, risking unauthorized access, misuse, or data breaches, compromising sensitive information, including genetic data and farmers' data<sup>68</sup>. Over-reliance on AI can potentially lead to a decline in traditional agricultural skills and knowledge, creating dependency and exacerbating skill gaps<sup>69</sup>. Moreover, the computational requirements of AI technologies contribute to a larger environmental footprint due to energy-intensive data centers and high computational needs, partially negating the sustainability benefits achieved through optimized resource usage<sup>70</sup>.

To mitigate the negative impacts of AI integration into digital tools, ethical AI development and adherence to transparency and bias-free algorithms are crucial<sup>71</sup>. Stringent data privacy regulations and security protocols should be implemented to safeguard sensitive information<sup>72</sup>. Comprehensive capacity-building programs should be instituted to enhance understanding and skills related to AI and digital tools, focusing on responsible AI use, data privacy, and security measures<sup>73</sup>. Encouraging the development and adoption of energy-efficient AI algorithms and computing infrastructure is essential

to minimize the environmental footprint of AI technologies<sup>74</sup>. Collaborative efforts and informed policies are imperative to ensure the responsible and sustainable implementation of AI in digital tools for agriculture.

Generally, keeping in view all these possibilities, the researchers believe that in order to tackle these gaps comprehensively, it is pertinent to implement strategies such as investing in digital infrastructure and training programs to improve access to digital tools, developing common data standards and protocols to enhance interoperability, establishing ethical guidelines to safeguard intellectual property rights, and ensuring active engagement of stakeholders, particularly smallholder farmers and indigenous communities, in the design and implementation of digital tools. By implementing these measures, the utilization of digital tools in MERCOSUR countries and the EU for applying the ITPGRFA can be significantly enhanced.

To address the gaps in the utilization of digital tools for implementing the ITPGRFA in MERCOSUR countries and the EU, several additional strategies can also be employed.

*Firstly*, it is crucial to focus on the development of open-source and interoperable digital tools that can be easily adapted and adopted by different stakeholders. By embracing open-source solutions, collaboration can be enhanced, ensuring efficient management and sharing of PGRs data while fostering a cooperative environment. Improving access to digital tools in rural areas is essential to empower farmers and rural communities to actively contribute to the ITPGRFA implementation.

Initiatives such as establishing community seed banks and providing tailored training and capacity-building programs can bridge the digital divide, enabling effective participation and harnessing local knowledge for PGRs conservation and utilization.

Strengthening data privacy and security policies is paramount, as clear guidelines and measures such as data encryption, user authentication, and access controls are necessary to ensure responsible and ethical use of digital tools. By prioritizing data protection, stakeholders can have confidence in the confidentiality

<sup>67</sup> MUHAMMAD, H. Shoudong Wang *et al.* Applications of artificial intelligence in climate-resilient smart-crop breeding. *International Journal of Molecular Sciences*, v. 23, n. 19, 2022. DOI: 10.3390/ijms231911156.

<sup>68</sup> PEARCE, Guy. Beware the privacy violations in artificial intelligence applications. *ISACA*, 2023. Available at: <https://www.isaca.org/resources/news-and-trends/isaca-now-blog/2021/beware-the-privacy-violations-in-artificial-intelligence-applications>.

<sup>69</sup> PRICEWATERHOUSECOOPERS. The potential impact of artificial intelligence on UK employment and the demand for skills. *BEIS Research Report*, n. 42, 2021. Available at: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/615d9a1ad3bf7f55fa92694a/impact-of-ai-on-jobs.pdf>.

<sup>70</sup> VINUESA, Ricardo; AZIZPOUR, Hossein. The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals. *Nature Communications*, v. 11, p. 1-10, 2020. Available at: <https://doi.org/10.1038/s41467-019-14108-y>.

<sup>71</sup> MADHAV, Jeyaraman *et al.* Unraveling the ethical enigma: artificial intelligence in healthcare. *Cureus*, v. 15, n. 8, 2023. DOI: 10.7759/cureus.43262.

<sup>72</sup> MADHAV, Jeyaraman *et al.* Unraveling the ethical enigma: artificial intelligence in healthcare. *Cureus*, v. 15, n. 8, 2023. DOI: 10.7759/cureus.43262.

<sup>73</sup> UNESCO. *Ethics of artificial intelligence*. Available at: <https://www.unesco.org/en/artificial-intelligence/recommendation-ethics>.

<sup>74</sup> CHEN, Lin *et al.* Artificial intelligence-based solutions for climate change: a review. *Environmental Chemistry Letters*, v. 21, p. 2525-2557, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10311-023-01617-y>.

and integrity of their data, fostering trust and facilitating collaboration.

Promoting a culture of responsible and ethical data sharing through capacity-building and awareness-raising programs is vital. These initiatives can educate stakeholders on responsible data sharing practices, including proper data attribution, respect for intellectual property rights, and privacy considerations. Cultivating such a culture enhances trust and collaboration, resulting in the effective implementation of the ITPGRFA.

The development of international agreements and frameworks is crucial to guide the responsible and ethical use of digital tools in implementing the ITPGRFA. These agreements should address areas such as data sharing and ownership, ensuring that PGRs data is not exploited for commercial gain without consent or fair compensation. Establishing international regulations and standards creates a harmonized approach, promoting cooperation among countries.

*Lastly*, promoting South-South cooperation among MERCOSUR countries and other developing nations plays a significant role in addressing the gaps in digital tools utilization.

Sharing experiences and best practices enables mutual learning and facilitates the development of more effective digital tools and policies. This cooperation fosters collaboration, enhances technical capacities, and advances the implementation of the ITPGRFA on a broader scale. By incorporating these strategies along with the previously mentioned measures, the gaps in the current model of digital tools usage in MERCOSUR countries and the EU can be effectively addressed. This comprehensive approach ensures the responsible and ethical use of digital tools, enhances collaboration, and promotes the conservation and sustainable utilization of PGRs for food and agriculture.

## 10 Conclusion

The ITPGRFA is a significant agreement aimed at promoting the conservation and sustainable utilization of PGRs. However, effectively implementing this treaty in MERCOSUR countries requires the use of digital tools and technologies to support the collection, management, and sharing of PGR data. Digital tools,

including databases, digital platforms, and software applications, play a vital role in facilitating the exchange of PGR data and promoting collaboration among various stakeholders such as researchers, breeders, and farmers<sup>75</sup>. Nevertheless, the utilization of digital tools in implementing the ITPGRFA raises ethical concerns surrounding data privacy, security, and ownership. These issues can be addressed by implementing appropriate legal frameworks and guidelines, developing secure and transparent data-sharing mechanisms, and establishing clear protocols for data ownership and control.

Furthermore, continuous research and development of digital tools are crucial to ensure the conservation and sustainable utilization of PGRs. Collaborative efforts between researchers, policymakers, and other stakeholders are necessary to identify and address the technical, legal, and ethical challenges associated with the use of digital tools in implementing the ITPGRFA. Overall, the utilization of digital tools in ITPGRFA implementation presents both opportunities and challenges. However, with adequate measures in place, digital tools can play a pivotal role in promoting the conservation and sustainable use of PGRs, thereby contributing to global food security and agricultural sustainability.

Emphasizing the significance of ongoing research and development of digital tools is necessary to ensure the conservation and sustainable use of PGRs. While digital tools have the potential to support the implementation of the ITPGRFA, there is always room for improvement and innovation. Continuous research and development can ensure that digital tools evolve and adapt to meet the changing needs of stakeholders involved in the conservation and sustainable use of PGRs. For example, research can focus on developing more user-friendly and accessible digital tools for various stakeholders, including smallholder farmers. Additionally, research can aim to enhance the accuracy and reliability of digital databases and platforms to ensure the collection and sharing of high-quality data.

Moreover, research efforts should focus on addressing the ethical and legal concerns associated with the use of digital tools in implementing the ITPGRFA. Striking a balance between the need for open access to data

<sup>75</sup> HALEWOOD, M. *et al.* The use of digital sequence information in the management and benefit-sharing of PGRs for food and agriculture. *Frontiers in Plant Science*, v. 10, p. 1-14, 2019. DOI: 10.3389/fpls.2019.00694.

and the protection of intellectual property rights of different stakeholders can be explored through research<sup>76</sup>. Overall, continuous research and development can guarantee that digital tools remain a valuable resource for stakeholders involved in the conservation and sustainable use of PGRs.

## References

- ARGENTINA. Ministry of Agriculture. *Livestock and fisheries*. Available at: <https://www.argentina.gob.ar/inta>. Access in: 12 May 2023.
- BALASKA, V. *et al.* Sustainable crop protection via robotics and artificial intelligence solutions. *Machines*, v. 11, 2023. DOI: <https://doi.org/10.3390/machines11080774>.
- BELÉN GRACIA, María. The EU-MERCOSUR Agreement is not a threat to EU Environmental Policy. *Trade Experettes*. Available at: <https://www.tradeexperettes.org/blog/articles/the-european-union-MERCOSUR-agreement-is-not-a-threat-to-eu-environmental-policy>. Access in: 28 May 2023.
- BIORESOURCES FOR OLIVICULTURE. *Guidelines on the legal and ethical management of the germplasm databanks*: second release. Available at: <https://ec.europa.eu/research/participants/documents/downloadPublic?documentIds=080166e5c2b5b546&appId=PPGMS>. Access in: 10 May 2023.
- CHEN, Lin *et al.* Artificial intelligence-based solutions for climate change: a review. *Environmental Chemistry Letters*, v. 21, p. 2525-2557, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10311-023-01617-y>.
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization*. 2014. Available at: <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>. Access in: 13 May 2023.
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *The Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing*. Available at: <https://www.cbd.int/abs/about/>. Access in: 7 May 2023.
- CROP ONTOLOGY DATABASE. *Phenotype and trait ontology*. Available at: <https://www.cropontology.org/>. Access in: 18 May 2023.
- DEPLAZES-ZEMP, A.; LENK, C. Ethical issues of bioinformatics in the era of big data. *Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine*, v. 12, n. 1, p. 1-14, 2017. DOI: 10.1186/s13010-017-0047-5.
- EUROPEAN COMMISSION. *EU-MERCOSUR Joint Initiative for Research and Innovation*. Available at: [https://ec.europa.eu/info/news/eu-and-MERCOSUR-joint-forces-research-and-innovation-2019-mar-11\\_en](https://ec.europa.eu/info/news/eu-and-MERCOSUR-joint-forces-research-and-innovation-2019-mar-11_en). Access in: 29 May 2023.
- EUROPEAN COMMISSION. *EU-MERCOSUR Trade Agreement*. Available at: [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/MERCOSUR/eu-MERCOSUR-agreement\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/MERCOSUR/eu-MERCOSUR-agreement_en). Access in: 30 May 2023.
- EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. *EU-MERCOSUR political dialogue and cooperation*. Available at: [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/64322/eu-MERCOSUR-political-dialogue-and-cooperation\\_en](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/64322/eu-MERCOSUR-political-dialogue-and-cooperation_en). Access in: 31 May 2023.
- EUROPEAN PARLIAMENT. Regulation n. 511/2014 on Compliance measures for users from Nagoya Protocol. *Official Journal of European Union*, 2014. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0511>. Access in: 30 May 2023.
- EUROPEAN PARLIAMENT. *Trade aspects of the EU-MERCOSUR Association Agreement*. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653650/EXPO\\_STU\(2021\)653650\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/653650/EXPO_STU(2021)653650_EN.pdf). Access in: 28 May 2023.
- EUROPEAN UNION. *The European Union and MERCOSUR: a partnership for trade, investment and sustainable development*. Available at: [https://eeas.europa.eu/delegations/argentina/67427/european-union-and-MERCOSUR-partnership-trade-investment-and-sustainable-development\\_en](https://eeas.europa.eu/delegations/argentina/67427/european-union-and-MERCOSUR-partnership-trade-investment-and-sustainable-development_en). Access in: 15 May 2023.
- FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *Article 1 to the International Treaty on PGRs for Food and Agriculture*. Available at: <https://www.fao.org/3/i0510e/i0510e.pdf>. Access in: 8 May 2023.
- FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *Digital tools for genetic resources for food and agriculture*. Available at: <https://www.fao.org/3/i0510e/i0510e.pdf>. Access in: 8 May 2023.

<sup>76</sup> SULLIVAN, Shawn N. PGRs and the Law: past present, and future. *Plant Physiology*, v. 135, n. 1, p. 10-15, 2004. DOI: 10.1104/pp.104.042572.

- lable at: <http://www.fao.org/genetic-resources/platforms-tools/digital-tools/en/>. Access in: 15 May 2023.
- FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *Implementing the International Treaty on PGRs for Food and Agriculture: a compendium of national approaches*. Rome: FAO, 2019.
- FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *International Treaty on PGRs for Food and Agriculture*. Available at: <https://www.fao.org/3/i0510e/i0510e.pdf>. Access in: 18 May 2023.
- FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *Second report on the state of the world's PGRs for food and agriculture*. 2019. Available at: <http://www.fao.org/3/ca-2939en/CA2939EN.pdf>. Access in: 12 May 2023.
- FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *Standard Material Transfer Agreement (SMTA): International Treaty on PGRs for Food and Agriculture*. Available at: [https://www.fao.org/plant-treaty/areas-of-work/the-multilateral-system/smta/en/#:~:text=The%20Standard%20Material%20Transfer%20Agreement%20\(SMTA\)%20is%20a%20standard%20contract,included%20in%20the%20Multilateral%20System](https://www.fao.org/plant-treaty/areas-of-work/the-multilateral-system/smta/en/#:~:text=The%20Standard%20Material%20Transfer%20Agreement%20(SMTA)%20is%20a%20standard%20contract,included%20in%20the%20Multilateral%20System). Access in: 31 May 2023.
- FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION. *The state of the world's biodiversity for food and agriculture*. 2017. Available at: <http://www.fao.org/state-of-biodiversity-for-food-agriculture/en/>. Access in: 12 May 2023.
- FOREIGN AGRICULTURAL SERVICE. *EU-MERCOSUR Trade Agreement: a preliminary analysis*. United States Department of Agriculture, 2021. Available at: <https://www.fas.usda.gov/data/eu-MERCOSUR-trade-agreement-preliminary-analysis>. Access in: 29 May 2023.
- GARRITY, George M. *et al.* Studies on monitoring and tracking genetic resources: an executive summary. *Standards in Genomic Sciences*, v. 1, 2009. Available at: <https://environmentalmicrobiome.biomedcentral.com/articles/10.4056/sigs.1491>. Access in: 21 May 2023.
- GLOBANT. *Paraguay's National Service for Plant and Seed Quality and Health (SENAVE) selected GeneXus for developing its Operational IT System*. Available at: <https://www.genexus.com/en/company/success-stories/senave>. Access in: 11 May 2023.
- HALEWOOD, M. *et al.* The use of digital sequence information in the management and benefit-sharing of PGRs for food and agriculture. *Frontiers in Plant Science*, v. 10, p. 1-14, 2019. DOI: 10.3389/fpls.2019.00694.
- HALEWOOD, Michael *et al.* PGRs for food and agriculture: opportunities and challenges emerging from the science and information technology revolution. *New Phytologist Foundation*, v. 217, n. 4, p. 1407-1419, 2018. Available at: <https://nph.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/nph.14993>. Access in: 28 May 2023.
- HELPER, L. R.; GRAFF, G. D. Encouraging innovation in biotechnology: the role of digital intellectual property. *The Journal of World Intellectual Property*, v. 14, n. 5, p. 573-596, 2011. DOI: 10.1111/j.1747-1796.2011.00431.x.
- JAISWAL, Pankaj *et al.* Gramene: development and integration of trait and gene ontologies for rice. *Comparative and Functional Genomics*, v. 3, n. 2, p. 132-136, 2002. DOI: 10.1002/cfg.156. Available at: [https://www.gramene.org/db/ontology/search?id=TO\\_0040001](https://www.gramene.org/db/ontology/search?id=TO_0040001). Access in: 18 May 2023.
- KARABATIS *et al.* The use of digital tools in the implementation of the International Treaty on PGRs for Food and Agriculture (ITPGRFA): a systematic review. *J. Clean Prod.*, 2021. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0959652621007299>. Access in: 19 May 2023.
- KLÜNKE, Irma; RICHTER, Heiko. Digital sequence information between benefit-sharing and open data. *J. Law Biosci.*, 2022. DOI: 10.1093/jlb/ljac035. Access in: 19 May 2023.
- KOTOWSKA, Martyna M.; WRIGHT, Ian J.; WESTOBY, Mark. Parenchyma abundance in wood of evergreen trees varies independently of nutrients. *Frontiers in Plant Science*, v. 11, 2020. DOI: <https://doi.org/10.3389/fpls.2020.00086>. Available at: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpls.2020.00086/full>. Access in: 9 May 2023.
- MADHAV, Jeyaraman *et al.* Unraveling the ethical enigma: artificial intelligence in healthcare. *Cureus*, v. 15, n. 8, 2023. DOI: 10.7759/cureus.43262.
- MANZELLA, Daniele *et al.* *Digital sequence information and PGRs: global policy meets interoperability, towards responsible plant data linkage: data challenges for agricultural research and development*. 2022. p.

- 183-200. Available at: [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-031-13276-6\\_10](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-031-13276-6_10).
- MEHAR, Arpit. *AI in agriculture: the revolutionary technology for farmers*. 2023. Available at: <https://almabetter.com/bytes/articles/ai-in-agriculture>.
- MUHAMMAD, H. Shoudong Wang *et al.* Applications of artificial intelligence in climate-resilient smart-crop breeding. *International Journal of Molecular Sciences*, v. 23, n. 19, 2022. DOI: 10.3390/ijms231911156.
- NATIONAL AGRICULTURAL RESEARCH INSTITUTE. *Regional fora of national agricultural and food research and development institutions and regional government agencies*. Available at: <https://www.gfar.net/organizations/national-agriculture-research-institute-uruguay>. Access in: 11 May 2023.
- NIJAR, G. S. Digital sequence information on genetic resources: an exploration of key issues. *International Journal of Intellectual Property Management*, v. 8, n. 3-4, p. 201-215, 2015. DOI: 10.1504/IJIPM.2015.072100.
- OPPERMANN, Stephan Markus *et al.* *Information System (GBIS)*. 2015. DOI: 10.1093/database/bav021. Available at: <http://gbis.ipk-gatersleben.de/>. Access in: 16 May 2023.
- PEARCE, Guy. Beware the privacy violations in artificial intelligence applications. *ISACA*, 2023. Available at: <https://www.isaca.org/resources/news-and-trends/isaca-now-blog/2021/beware-the-privacy-violations-in-artificial-intelligence-applications>.
- PLATFORM FOR AGROBIODIVERSITY RESEARCH. *Diversity assessment tool for agrobiodiversity and resilience*. Available at: <https://www.agrobiodiversitypar.org/datar>. Access in: 24 May 2023.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS. The potential impact of artificial intelligence on UK employment and the demand for skills. *BEIS Research Report*, n. 42, 2021. Available at: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/615d9a1ad3bf7f55fa92694a/impact-of-ai-on-jobs.pdf>.
- SALGO'TRA, Romesh Kumar; CHAUHAN, Bhagirath Singh. Genetic diversity, conservation, and utilization of PGRs. *Genes*, v. 14, n. 1, p. 78-86, 2022. DOI: <https://doi.org/10.3390/genes14010174>. Available at: <https://www.mdpi.com/2073-4425/14/1/174>. Access in: 20 May 2023.
- SCHULTZ, Hank. Virtual herbariums could help bring transparency to issue of conservation of Brazilian botanical resources. *NutraIngredients Latam*, 2019.
- SINGH, K. *et al.* PGRs in India: management and utilization. *Vavilovskii Zhurnal Genet Seleksii*, v. 24, n. 3, p. 306-314, 2020. DOI: 10.18699/VJ20.622. Available at: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7907825/>.
- SUBEESH, A.; MEHTA, C. R. Automation and digitalization of agriculture using artificial intelligence and internet of things. *Artificial Intelligence in Agriculture*, v. 5, p. 278-291, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.aiaa.2021.11.004>.
- SULLIVAN, Shawn N. PGRs and the Law: past present, and future. *Plant Physiology*, v. 135, n. 1, p. 10-15, 2004. DOI: 10.1104/pp.104.042572.
- TALAVIYA, Tanha *et al.* *Implementation of artificial intelligence in agriculture for optimisation of irrigation and application of pesticides and herbicides*. 2020. v. 4.
- THE BRAZILIAN AGRICULTURAL RESEARCH CORPORATION (EMBRAPA). *Research and innovation for Brazilian agriculture*. Available at: <https://www.embrapa.br/en/international>. Access in: 24 May 2023.
- THINDWA, J. Ethical and legal aspects of digital sequence information on genetic resources: implications for the Nagoya Protocol. *International Journal of Law in Context*, v. 14, n. 3, p. 413-430, 2018. DOI: 10.1017/S1744552318000191.
- UNESCO. *Ethics of artificial intelligence*. Available at: <https://www.unesco.org/en/artificial-intelligence/recommendation-ethics>.
- UNITED NATIONS. *The role of digital tools in supporting the implementation of the International Treaty on PGRs for Food and Agriculture (ITPGREA) in MERCOSUR countries*. 2019. Available at: [https://unctad.org/system/files/official-document/dtlstict2019d5\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/dtlstict2019d5_en.pdf). Access in: 23 May 2023.
- VIEIRA, E. A.; PADOAN, G. R.; BENIN, G. The International Treaty on PGRs for Food and Agriculture: analysis of the Brazilian case. *Ciência e Agrotecnologia*, v. 43, n. 4, 2019.
- VINUESA, Ricardo; AZIZPOUR, Hossein. The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals. *Nature Communications*, v. 11, p. 1-10, 2020. Available at: <https://doi.org/10.1038/s41467-019-14108-y>.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**La digitalización en la facilitación del comercio del Mercosur:** el caso de la ventanilla única de comercio exterior en Uruguaycountries

**Digitalização na facilitação comercial do Mercosul:** o caso da janela única para o comércio exterior no Uruguai

Natalia Melgar

Natalia De María

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

# La digitalización en la facilitación del comercio del Mercosur: el caso de la ventanilla única de comercio exterior en Uruguaycountries\*

## Digitalização na facilitação comercial do Mercosul: o caso da janela única para o comércio exterior no Uruguai

Natalia Melgar\*\*

Natalia De María\*\*\*

### Resumen

El Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio (OMC), vigente desde el año 2017, busca disminuir los sobrecostos del comercio a partir de la reducción, simplificación y armonización de procedimientos y trámites. En los últimos años el Mercosur ha realizado esfuerzos por contribuir a la digitalización del bloque, promoviendo la facilitación del comercio a través del uso de recursos digitales. En línea con ello los miembros suscribieron acuerdos sobre facilitación del comercio sobre comercio electrónico, entre otras medidas, sumadas a aquellas realizadas a nivel nacional, destacándose la implementación de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE) de Uruguay. Si bien existe vasta literatura que provee evidencia sobre la reducción de estos costos a partir de la aplicación de estas medidas, el objetivo de este artículo es mostrar como las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs) y en particular la digitalización contribuye a estos procesos. Los resultados indican que, si bien el Mercosur ha aprobado normas en estos temas, es imprescindible el diseño de una estrategia concreta y factible que permita reducir las asimetrías internas del bloque y definir el posicionamiento del Mercosur en todos los aspectos que contribuyen a la facilitación del comercio.

**Palabras clave:** Mercosur; facilitación del comercio; digitalización; comercio internacional; ventanilla única de comercio exterior; interoperabilidad transfronteriza; Uruguay.

### Abstract

The Agreement on Trade Facilitation of the World Trade Organization WTO, in force since 2017, seeks to reduce additional costs that are linked to trade by reducing, simplifying, and harmonizing procedures and paperwork. The Mercosur has made efforts to contribute to its digitalization by promoting the facilitation of trade using digital resources, which is reflected in lower costs and less time required. In line with this objective and following the

\* Recibido em 01/06/2023  
Aprovado em 12/09/2023

\*\* Profesora e investigadora en la Universidad Católica del Uruguay (UCU) en el Instituto de Negocios Internacionales y coordinadora de los talleres finales de grado de la Facultad de Ciencias Empresariales de la UCU. Doctora en Economía por la Universidad de Granada (España); Magíster en Economía Internacional y Licenciada en Economía por la Universidad de la República (Uruguay). Sus líneas de investigación se vinculan principalmente al comercio internacional, procesos de integración, complementariedad productiva y relaciones internacionales. Integra el Sistema Nacional de Investigadores de Uruguay (SNI).  
Email: natalia.melgar@ucu.edu.uy

\*\*\* Licenciada en Negocios Internacionales e Integración (UCU), Magíster en Relaciones Internacionales (UDELAR), actualmente realizando el Doctorado en Relaciones Internacionales en la Universidad Complutense de Madrid (España) y la Especialización en Economía y Negocios con Asia Pacífico e India por la Universidad Tres de Febrero (Argentina). Se desempeña como profesora de alta dedicación en el Instituto de Negocios Internacionales de UCU, focalizando su investigación en temas de comercio internacional e integración económica, y como coordinadora de los talleres finales de grado de la Facultad de Ciencias Empresariales de la UCU. Integra el Sistema Nacional de Investigadores de la ANII.  
Email: ndemaria@ucu.edu.uy



commitments assumed in the WTO, Mercosur's Member States signed the Agreement on Trade Facilitation and the Agreement on Electronic Commerce, among other measures. Moreover, other measures were carried out at the national level as the implementation of the Single Window of Foreign Trade in Uruguay. Even when there is vast literature that provides evidence on the reduction of costs from the application of these measures, the objective of this article is to show how the Information and Communication Technologies and in particular, the digitalization contributes to these processes. Furthermore, the results indicate that although the Mercosur approved provisions on these issues, it is essential to design a concrete and feasible strategy that allows reducing the bloc's internal asymmetries and defining Mercosur's position in all aspects that contribute to trade facilitation.

**Keywords:** Mercosur; trade facilitation; digitalization; international trade; single window for foreign trade; cross-border interoperability; Uruguay.

## 1 Introducción

El comercio internacional implica múltiples costos de transacción que, al trasladarse al precio del producto afectan la competitividad, la posibilidad de inserción internacional y el bienestar de las personas<sup>1</sup>. Desde hace décadas, a través del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y luego la OMC algunos sobrecostos vinculados principalmente a barreras arancelarias se han reducido notoriamente. Sin embargo, las transacciones vinculadas al comercio internacional involucran procedimientos y trámites que insumen tiempo y costos.

La facilitación del comercio implica la reducción, simplificación y armonización de estos procedimientos de forma tal de reducir el impacto negativo en el comercio internacional tanto por los costos de transacción que estos involucran como por los plazos que pudieran requerir. Piermartini y Maggi<sup>2</sup>, considerando 118 países,

encuentran una correlación negativa entre la aplicación de medidas de facilitación de comercio y los costos de esta actividad.

En opinión de Wilson<sup>3</sup>, la gran diversidad de normas y/o procedimientos, así como la larga lista de requisitos que se deben cumplir son obstáculos al comercio que “engrosan” las fronteras. El autor demuestra que la reducción de estos costos y la disminución del tiempo requerido tiene un impacto significativo en el comercio. Según datos de la OMC, los costos del comercio pueden llegar a representar el equivalente a un arancel *ad valorem* de 134% en países con altos niveles de ingresos y de 219% en países en vías de desarrollo (OMC, 2015). Arvis *et al.*<sup>4</sup>, Hendy y Zaki<sup>5</sup> y Hornok y Koren<sup>6</sup> demuestran que los procedimientos aduaneros causan retrasos innecesarios y son un costo relevante del comercio que reducen en forma significativa los márgenes de ganancias. En línea con esto, Hoekman y Nicita<sup>7</sup> demuestran que si los costos asociados al comercio internacional (importación o exportación) se reducen 10%, este se incrementa 4,8%.

La reducción, simplificación y/o armonización de procedimientos implica una disminución significativa de tiempo y costos, lo cual impacta en los flujos de exportaciones e importaciones de cada país, así como en la recepción de Inversión Extranjera Directa (IED), por lo tanto, implica también un impacto positivo en

GTAP data. *WTO Note*, 2022. Disponible en: <http://tradecosts.wto.org/docs/TCI%20and%20TFI.pdf>. Acceso en: 6 abr. 2023.

<sup>3</sup> WILSON, Norbert. *What a difference a day makes: an estimate of potential gains from trade facilitation*. 2007. Disponible en: <https://ageconsearch.umn.edu/record/9958/>. Acceso en: 7 marzo 2023.

<sup>4</sup> ARVIS, Jean; DUVAL, Yann; SHEPHERD, Ben; UTOK-THAM, Chorthip. Trade costs in the developing world: 1995-2010. *Policy Research Working Papers*, enero 2013. DOI: /10.1596/1813-9450-6309. Disponible en: <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/1813-9450-6309>. Acceso en: 7 marzo 2023.

<sup>5</sup> HENDY, Rana; ZAKI, Chahir. Trade facilitation and firms exports: evidence from customs data. *International Review of Economics & Finance*, v. 75, p. 197-209, 2021. DOI: 10.1016/j.iref.2021.03.023. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1059056021000630>. Acceso en: 9 marzo 2023.

<sup>6</sup> HORNOK, Cecília; KOREN, Miklós. Administrative barriers to trade. *Journal of International Economics*, v. 96, p. 110-122, 2015. DOI: 10.1016/j.jinteco.2015.01.002. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0022199615000033>. Acceso en: 9 marzo 2023.

<sup>7</sup> HOEKMAN, Bernard; NICITA, Alessandro. Trade policy, trade costs, and developing country trade. *Policy Research Working Paper 4797*, 2008. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/6e7dc837-c129-51e6-bdea-c82d37444f69>. Acceso en: 9 marzo 2023.

<sup>1</sup> ANDERSON, James; VAN WINCOOP, Eric. Trade Costs. *Journal of Economic Literature*, v. 42, n. 3, p. 691-751, 2004. DOI: 10.1257/0022051042177649. Disponible en: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/0022051042177649>. Acceso en: 6 abr. 2023.

<sup>2</sup> PIERMARTINI, Roberta; MAGGI, Federica. How much does trade facilitation matter in total trade costs? estimates based on

el crecimiento económico que, según la OMC, podría beneficiar más a los países en desarrollo que a los países desarrollados<sup>8</sup>. La significativa contribución de la digitalización en este proceso es innegable y podría incorporarse como un determinante clave para explicar ventajas comparativas o competitividad y, por lo tanto, la posibilidad de un país o región de insertarse en las cadenas globales de valor.

Por lo tanto, son clave tanto el rol del gobierno como de los organismos internacionales. A nivel gubernamental deben considerarse las necesidades de infraestructura y calidad de los servicios, así como la generación de la capacidad institucional que cada contexto requiera. A nivel internacional, es fundamental el rol de los organismos internacionales y de los acuerdos regionales entre países o bloques dado que, por ejemplo, la estandarización y armonización de normas y procesos a nivel global contribuye a reducir costos de transacción y de acceso a la información. La convergencia regulatoria entre los países miembros de un bloque tiene un impacto positivo y significativo como ha ocurrido en el caso de la Unión Europea<sup>9</sup> mientras que en el caso del Mercosur los diversos marcos regulatorios han sido un obstáculo frecuente en diversos temas<sup>10</sup>.

El objetivo de este artículo es analizar la relevancia de la digitalización en el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio (AFC) de la OMC y en particular, examinar en qué medida el Mercosur ha avanzado en este sentido. Por último, se considera como la VUCE en Uruguay ha contribuido a reducir costos y plazos.

## 2 El Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC y la digitalización

En los últimos años, el avance de las TICs y en particular, de la digitalización ha implicado un cambio en el modo de realizar negocios y en particular, en las transacciones vinculadas al comercio internacional. Si bien este proceso no es reciente, la pandemia causada por la COVID-19 ha acelerado estos cambios como es el caso de la expansión del comercio electrónico. Además, ha implicado el rediseño de normas, acuerdos y políticas públicas de modo de contemplar este aspecto.

Este proceso implica que tanto las empresas, los gobiernos, los organismos internacionales, entre otros, incluyan herramientas de modo de agilizar los procedimientos. La facilitación del comercio no es la excepción, sino un claro ejemplo en el cual las nuevas tecnologías agilizan trámites y procedimientos administrativos de forma tal de disminuir costos y plazos que vuelven al comercio internacional mucho más ágil y sustentable de forma tal de maximizar su contribución al crecimiento económico<sup>11</sup>.

Como prueba de ello, el tema fue considerado en la OMC. Los primeros avances se dieron en el año 2013 cuando los miembros del organismo concluyeron las negociaciones del AFC durante la Conferencia Ministerial de Bali<sup>12</sup>. Se estableció que este acuerdo entraría en vigor cuando fuese ratificado por dos tercios de los países miembros de la OMC (164) y esto ocurrió en febrero de 2017. Hasta el 2023 son 154 los países que han ratificado el AFC, entre ellos se encuentran Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, los miembros del Mercosur con excepción de Venezuela.

Moisé *et al.*<sup>13</sup> señala que la aplicación de medidas de facilitación del comercio, reducirían 10% los costos del comercio en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y entre

<sup>8</sup> OMC. *Informe sobre el comercio mundial 2015*. Acelerar el comercio: ventajas y desafíos de la aplicación del acuerdo sobre facilitación del comercio de la OMC. 2015. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/res\\_s/booksp\\_s/world\\_trade\\_report15\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/world_trade_report15_s.pdf). Acceso en: 9 marzo 2023.

<sup>9</sup> SOUZA, Leonardo; FREITAS, Cinthia. A construção da ciber-soberania na União Europeia: a cibersegurança e a integração do ciberespaço europeu. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 3, p. 256-270, 2022. DOI: 10.5102/rdi.v19i3.8434. Acceso en: 9 marzo 2023.

<sup>10</sup> CAMPOS, Rafael. O MERCOSUL e a política ambiental: modelos, inconsistências e alternativas. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 103-128, 2012. DOI: 10.5102/rdi.v19i3.1879. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8675/pdf>. Acceso en: 9 marzo 2023.

<sup>11</sup> FRANKEL, Jeffrey; ROMER, David. Does trade cause growth? *American Economic Review*, v. 89, n. 3, p. 379-399, 1999. DOI: 10.1257/aer.89.3.379. Disponible en: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/aer.89.3.379>. Acceso en: 9 marzo 2023.

<sup>12</sup> OMC. *Facilitación del comercio*. 2013. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/tradfa\\_s/tradfa\\_s.htm#IV](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tradfa_s.htm#IV). Acceso en: 15 marzo 2023.

<sup>13</sup> MOÏSÉ, Evdokia; SORESCU, Silvia. Trade facilitation indicators: the potential impact of trade facilitation on developing countries' trade. *OECD Trade Policy Working Papers*, n. 144, 2013.

13% y 16% en las economías en desarrollo. OCDE<sup>14</sup>, estimó que a través del AFC, los costos del comercio podrían reducirse hasta un 14,1% en los países de bajos ingresos, 15,1% en aquellos de ingreso medio y 12,9% en países de ingreso alto. En línea con esto, Duval y Utoktham<sup>15</sup> muestran que este conjunto de medidas implica una reducción significativa en los costos del comercio y los autores resaltan el rol tanto de la digitalización como de los acuerdos regionales en la profundización y aceleración de este proceso.

El AFC se estructura en tres secciones e implica la reducción o eliminación de algunos obstáculos al comercio internacional que en múltiples casos deriva en el mejor aprovechamiento de las TICs, lo cual requiere inversión de los gobiernos en infraestructura digital y en las herramientas que permitan simplificar, armonizar y modernizar, por ejemplo, todos los procedimientos aduaneros involucrados.

La Sección I del AFC contiene disposiciones para simplificar, estandarizar y agilizar el movimiento, levante y despacho de aduanas de bienes (incluidos aquellos en tránsito). Dada la relevancia del tema, la Sección II incluye reglas para tratamientos especiales y diferenciales. Por ejemplo, calendarios diferentes de aplicación según la capacidad técnica y financiera del país. La Sección III incorpora los acuerdos institucionales y disposiciones finales. Además, se prevé brindar asistencia técnica y cooperación en este proceso<sup>16</sup>.

Para ello, en noviembre de 2014, entró en funcionamiento el Mecanismo para el Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC con el objetivo de garantizar el apoyo a los países en desarrollo y países menos adelantados. Además, diversos organismos internacionales se comprometieron a participar brindando asistencia técnica, entre ellos el Centro de Comercio Internacional, la OCDE, la Conferencia de las Naciones Unidas para

Europa en representación de las Comisiones Regionales de las Naciones Unidas, el Grupo del Banco Mundial y la Organización Mundial de Aduanas (OMA)<sup>17</sup>.

El AFC establece que toda la información necesaria debe estar publicada con el objetivo de que todas las partes interesadas puedan acceder fácilmente y de manera no discriminatoria. Además, dispone que cierta información se facilite y actualice a través de internet (en la medida de lo posible). Más aún, el AFC incluye que cada país miembro desarrolle servicios de información, según los recursos disponibles, de modo de ser capaces de responder a solicitudes de los agentes involucrados en el proceso.

Estas disposiciones podrían implicar la existencia de al menos un sitio en internet (por ejemplo, una ventanilla única) donde se publique toda la legislación aduanera, documentos y formularios, se detallen todos los procedimientos (para la exportación, importación o tránsito) e información de todos los organismos u oficinas involucradas. Desde el sector público, este aspecto implica múltiples desafíos que van desde la inversión en infraestructura para el desarrollo de plataformas adecuadas, la creación de agencias u oficinas responsables de coordinar e implementar esta actividad, la capacitación de los agentes involucrados y otros avances en materia de digitalización como lo es la firma digital o el uso de formularios digitales que implica una reducción relevante de plazos y costos<sup>18</sup>.

Además, este proceso de digitalización podría incluir el otorgamiento de certificados digitales como es el caso del certificado de origen ampliando los múltiples impactos positivos del proceso de digitalización<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> OCDE. *The WTO trade facilitation agreement: potential impact on trade costs*. 2014. Disponible en: <http://www.oecd.org/trade/facilitation/The%20WTO%20Trade%20Facilitation%20Agreement%20%E2%80%93%20Potential%20Impact%20on%20Trade%20Costs.pdf>. Acceso en: 15 marzo 2023.

<sup>15</sup> DUVAL, Yann; UTOKTHAM, Chorthip. Has the WTO trade facilitation agreement helped reduce trade costs?: an ex-post analysis. *UNESCAP Trade, Investment and Innovation Working Paper*, n. 2, 2022.

<sup>16</sup> OMC. *Protocolo de enmienda del acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*. 2014. Disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/L/940.pdf&Open=True>. Acceso en: 15 marzo 2023.

<sup>17</sup> OMC. *El mecanismo para el acuerdo sobre facilitación del comercio de la OMC*. 2014. Disponible en: <https://www.tfafacility.org/es/el-mecanismo>. Acceso en: 20 marzo 2023.

<sup>18</sup> EJONES, Francis; AGBOLA, Frank; MAHMOOD, Amir. Do regional trade agreements promote international trade? new empirical evidence from the East African community. *The Journal of International Trade & Economic Development*, v. 30, n. 7, p. 1020-1053, 2021. DOI: 10.1080/09638199.2021.1930110. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09638199.2021.1930110>. Acceso en: 20 marzo 2023.

<sup>19</sup> LIN, Faqin. Estimating the effect of the internet on international trade. *The Journal of International Trade & Economic Development*, v. 24, n. 3, p. 409-428, 2015. DOI: 10.1080/09638199.2014.881906. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09638199.2014.881906>. Acceso en: 20 marzo 2023.

<sup>20</sup> MILNER, Chris; MORRISSEY, Oliver; RUDAHERANWA, Nicodemus. Policy and non-policy barriers to trade and implicit taxation of exports in Uganda. *Journal of Development Studies*, v. 37, n. 2, p. 67-90, 2000. DOI: 10.1080/713600069. Disponible en: <https://>

Más aún, a través de la cooperación entre aduanas y de la OMC u otros organismos internacionales involucrados en el proceso, los países menos adelantados en la incorporación de las TICs y procesos de digitalización podrían incorporar las buenas prácticas ya adoptadas por países con más experiencia en estos temas y así, la reducción de las asimetrías podría tomar menos tiempo. Además, a partir de esta cooperación, la armonización de estos procesos digitales podría estar garantizada, contribuyendo a reducir los plazos inherentes a estas transacciones internacionales.

Por otro lado, con el objetivo de acelerar los procedimientos de levante y despacho de bienes se prevé que se puedan adelantar trámites, lo cual también podría requerir la coordinación de procedimientos entre distintas agencias u oficinas, así como la disponibilidad de los documentos en forma electrónica. En línea con esto, se plantea también implementar medidas de forma tal que sea posible adelantar el pago de las obligaciones que correspondan. En este sentido, las TICs juegan un rol clave no solo como herramienta para generar estos pagos sino también en brindar la seguridad necesaria. La ciberseguridad se vuelve esencial para proteger a todas las partes involucradas en el proceso brindando garantías sin convertirse en una barrera. En este proceso la cooperación internacional también puede contribuir significativamente.

Por último, se destaca el rol de los acuerdos regionales en la promoción e implementación de estas medidas. En los últimos años, varios procesos de negociación lo han incorporado o se han negociado acuerdos complementarios. En 2019, Estados Unidos y Japón firmaron el Acuerdo Comercial Digital (ACD) que establece reglas de alto nivel en esta área<sup>21</sup>. En 2020, Australia y Singapur firmaron el Acuerdo de Economía Digital<sup>22</sup> y Chile, Nueva Zelanda y Singapur suscribieron el Acuerdo de Asociación de Economía Digital<sup>23</sup>. En 2021 y

2022, nuevos ACDs fueron firmados por Corea del Sur y Singapur<sup>24</sup> y por Reino Unido y Singapur<sup>25</sup>, respectivamente. Por lo tanto, si bien son avances relevantes, la lista de países involucrados es reducida y en general, son países desarrollados.

### 3 Facilitación del comercio en el Mercosur y digitalización

Con el objetivo de contribuir a la digitalización del bloque y promover la facilitación del comercio entre los miembros, el Mercosur ha trabajado para lograr avances en materia tecnológica que contribuyan a desarrollar una economía digital sólida con base en la transformación digital del bloque. Más allá de los esfuerzos nacionales de cada uno de los Estados miembros, se hace necesario el esfuerzo conjunto para dar marco a la estrategia digital del Mercosur de cara a las tendencias mundiales y en línea con los compromisos asumidos a nivel internacional. Utilizando una muestra de empresas uruguayas, Volpe et al.<sup>26</sup> muestran que un aumento de dos días en la duración de las inspecciones de exportación reduce las exportaciones en un 16,4%. Además, las exportaciones serían un 5,9% mayores si pudieran procesarse en un día.

Siguiendo las tendencias internacionales hacia la digitalización, las empresas en el Mercosur han hecho un esfuerzo por lograr una transformación digital, la cual se vio acelerada a raíz de la pandemia de la COVID-19 que produjo un gran salto hacia el uso de las TICs, tanto para las empresas como para los consumidores. La pandemia afectó profundamente el comercio internacional y el Mercosur no quedó exento de dicha situación, la

www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/713600069. Acceso en: 20 marzo 2023.

<sup>21</sup> UNITED STATES. United States Trade Representative. *Agreement between the United States and Japan concerning digital trade*. 2019. Disponible en: [https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/japan/Agreement\\_between\\_the\\_United\\_States\\_and\\_Japan\\_concerning\\_Digital\\_Trade.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/japan/Agreement_between_the_United_States_and_Japan_concerning_Digital_Trade.pdf). Acceso en: 1 abr. 2023.

<sup>22</sup> AUSTRALIAN DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE. *Australia-Singapore digital economy agreement*. 2020. Disponible en: <https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/australia-singapore-digital-economy-agreement.pdf>. Acceso en: 1 abr. 2023.

<sup>23</sup> NEW ZEALAND FOREIGN AFFAIRS & TRADE. *Digital economy partnership agreement*. 2020. Disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/DEPA/DEPA-Signing-Text-11-June-2020-GMT-v3.pdf>. Acceso en: 1 abr. 2023.

govt.nz/assets/Trade-agreements/DEPA/DEPA-Signing-Text-11-June-2020-GMT-v3.pdf. Acceso en: 1 abr. 2023.

<sup>24</sup> MINISTRY OF TRADE AND INDUSTRY OF SINGAPORE. *Korea-Singapore Digital Partnership Agreement*, 2021. Disponible en: <https://www.mti.gov.sg/Trade/Digital-Economy-Agreements/KS-DPA>. Acceso en: 1 abr. 2023

<sup>25</sup> SINGAPORE. Ministry of Trade and Industry of Singapore. *The United Kingdom-Singapore digital economy agreement*. 2022. Disponible en: <https://www.mti.gov.sg/Trade/Digital-Economy-Agreements/UKSDEA>. Acceso en: 1 abr. 2023.

<sup>26</sup> VOLPE, Martincus; CARBALLO, Jerónimo; GRAZIANO, Alejandro. Customs as Doorkeepers: what are their effects on international trade? *United States International Trade Commission*, 2013. Disponible en: [http://www.usitc.gov/research\\_and\\_analysis/documents/Customs\\_as-Doorkeepers-What\\_Are\\_Their\\_Effects\\_on\\_International\\_Trade.pdf](http://www.usitc.gov/research_and_analysis/documents/Customs_as-Doorkeepers-What_Are_Their_Effects_on_International_Trade.pdf). Acceso en: 1 abr. 2023.

recuperación va de la mano de múltiples factores como la capacidad productiva, la competitividad, un aumento de la productividad, la integración de las cadenas productivas y también de la integración regional<sup>27</sup>.

Más allá del esfuerzo a nivel empresarial para lograr una transformación digital, las empresas deben tener un entorno que propicie dichos cambios y que las incentive para invertir e innovar, lo cual está dado por las iniciativas a nivel nacional pero también regional. Las empresas deben contar con un ecosistema externo que facilite sus operaciones comerciales con el exterior, ya sea que operen por comercio electrónico o no, y que ese entorno promueva la eficiencia y eficacia en el comercio, lo cual termina derivando en una disminución de los tiempos y los costos asociados a los procesos, y en un aumento de la competitividad.

A nivel nacional, los países del Mercosur han implementado sus VUCE, no obstante, cada caso está en un nivel distinto de implementación, estando atrasados en cuanto a la interoperabilidad entre ellas, lo cual demuestra la diferencia entre los distintos organismos encargados de la facilitación del comercio con relación a su conexión con plataformas de intercambio de información<sup>28</sup>. Más allá de esas diferencias, se destaca el esfuerzo de los cuatro miembros en haber establecido sus VUCE de acuerdo con los compromisos asumidos en el AFC de la OMC.

Conforme a la necesidad de llevar la integración regional hacia la digitalización y aprovechar las oportunidades que esta trae tanto para los países como para las empresas y las personas es que, en la Cumbre de Presidentes de julio de 2017 en Mendoza, Argentina, los países miembros se comprometieron a renovar la agenda

de trabajo digital, para incluir en ella temas relacionados a la economía digital. Acorde a ello, en diciembre de 2017, el Consejo del Mercado Común (CMC) crea el Grupo Agenda Digital (GAD) a través de la Decisión 27/2017 para que gestione la Agenda Digital del Mercosur. Su objetivo apunta a promover un mercado digital libre y seguro, que permita facilitar el comercio tanto para las empresas como para los ciudadanos, mediante infraestructuras de conectividad confiables, intercambio de información y mecanismos de cooperación<sup>29</sup>. Con la finalidad de alcanzar las mencionadas metas, el GAD realizará propuestas de políticas e iniciativas que serán contenidas en sus planes de acción de carácter bianual.

En línea con lo establecido en el Plan de Acción 2018-2020 del GAD, el CMC aprobó la Decisión N° 18/2018 sobre El Uso de la Firma Digital en el ámbito de la Estructura Institucional del Mercosur y se suscribió el Acuerdo de Reconocimiento Mutuo de Certificados de Firma Digital del Mercosur a partir de la Decisión N°11/2019, por el cual se reconocen mutuamente los certificados de firma digital otorgados por entidades de servicios de certificación acreditados o certificados licenciados. Dichas firmas tendrán el mismo valor jurídico que las firmas manuscritas, cumpliendo con determinadas condiciones estipuladas en el acuerdo y siguiendo los estándares internacionales<sup>30</sup>. Asimismo, los miembros han comenzado a trabajar sobre un posible Acuerdo sobre Seguridad Cibernética y se firmaron el AFC del Mercosur y el Acuerdo sobre Comercio Electrónico del Mercosur.

**Cuadro 1** – Principales decisiones vinculadas a digitalización y facilitación del comercio

Año	Decisión	Tema
2017	27/2017	Agenda Digital del Mercosur.
2018	18/2018	Uso de firma digital en el ámbito de la estructura institucional del Mercosur.
2019	11/2019	Acuerdo de Reconocimiento Mutuo de Certificados de Firma Digital del Mercosur.
	29/2019	Acuerdo sobre Facilitación del Comercio del Mercosur.
2020	15/2020	Acuerdo sobre Comercio Electrónico del Mercosur.

**Fuente:** elaboración propia a partir de Mercosur.

Vale notar que las Decisiones 27/2017, 11/2019, 29/2019 y 15/2020 reglamentan aspectos de la organización o funcionamiento del bloque y, por lo tanto, no necesitan ser incorporadas al ordenamiento jurídico de

<sup>27</sup> KATZ, Raúl. Desarrollo de um ecosistema digital em el Mercosur: retos y oportunidades para um entorno habilitador y convergente. En: MANCINI, Luciana (org.). *El Mercosur frente al cambio tecnológico y la transformación digital: elementos para el análisis*. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2021. p. 59. Disponible en: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/ciencia-tecnologia-e-inovacao/mercosur-cambio-tecnologico-transformacion-digital.pdf>. Acceso en: 2 abr. 2023.

<sup>28</sup> DE ASTARLOA, Bernardo Díaz. El comercio electrónico como instrumento para potenciar la integración comercial de las pymes del Mercosur: oportunidades y desafíos pendientes. En: MANCINI, Luciana (org.). *El Mercosur frente al cambio tecnológico y la transformación digital: elementos para el análisis*. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2021. p. 49. Disponible en: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/ciencia-tecnologia-e-inovacao/mercosur-cambio-tecnologico-transformacion-digital.pdf>. Acceso en: 2 abr. 2023.

<sup>29</sup> MERCOSUR. *Agenda digital del Mercosur*. 2017. Disponible en: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3474>. Acceso en: 2 abr. 2023.

<sup>30</sup> MERCOSUR. *Acuerdo de reconocimiento mutuo de certificados de firma digital del Mercosur*. 2019. Disponible en: [https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/75396\\_DEC\\_011-2019\\_ES\\_Acuerdo%20Firma%20Digital.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/75396_DEC_011-2019_ES_Acuerdo%20Firma%20Digital.pdf). Acceso en: 2 abr. 2023.

los Estados Parte. Por otro lado, la Decisión 18/2018 requiere que cada Estado la incorpore en su ordenamiento jurídico y hasta el momento solo Uruguay lo ha hecho a través del Decreto 397/19<sup>31</sup>.

Además, el Grupo del Mercado Común (GMC) también ha aprobado Resoluciones que contribuyen a este proceso. Por un lado, la Resolución 22/2004 sobre el Uso de Firma Digital en el Ámbito de la Secretaría del Mercosur y la Resolución 01/2020 sobre el Procedimiento Operativo para el Uso de Firma Digital en el Ámbito de la Estructura Institucional del Mercosur. Ninguna de ellas requiere la incorporación al ordenamiento jurídico de los Estados Parte. Por otro lado, la Resolución 37/2019 sobre la Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico que ha sido incorporada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

Por último, la Comisión de Comercio del Mercosur ha aprobado dos Directivas en este tema vinculadas a certificados de origen digital. La última de ellas fue la Directiva 04/2010 que derogó a la Directiva 30/2009 (que no se encuentra vigente) y ha sido incorporada al ordenamiento jurídico de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay<sup>32</sup>.

Cabe señalar que la digitalización es un tema que ocupa a todos los procesos de integración, de hecho, la Unión Europea lidera el proceso de digitalización europeo, contribuyendo a mejorar el propio proceso a través de las posibilidades que ofrecen las nuevas herramientas tecnológicas<sup>33</sup>. Las instituciones de la UE apuntan a consolidar el desarrollo digital y lograr que esta sea la “Década Digital” de Europa. En esta línea se firmó en diciembre de 2022, la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales lo que demuestra el compromiso del bloque hacia la transformación digital, centrada en las personas y las empresas, así como también se aprobó el programa estratégico de la Década

Digital para 2030<sup>34</sup> que promueve una digitalización que favorezca a los ciudadanos y las empresas en sus procesos de transformación, así como su interacción con los servicios públicos. Asimismo, la Unión ha trabajado en las siguientes regulaciones que contribuyen a la digitalización del bloque: Ley de Servicios Digitales, la Ley Europea de Chips, Ley de Mercados Digitales, la Identidad Digital Europea, la Estrategia Europea de Datos, así como promover la inteligencia artificial<sup>35</sup>. No obstante, la Unión Europea posee un desarrollo de regulaciones digitales más profundo que el Mercosur, sería positivo para este último contar con la cooperación de la UE como ejemplo de transformación digital y facilitación del comercio a través de plataformas tecnológicas.

### 3.1 Acuerdo sobre facilitación del comercio del Mercosur

El AFC del Mercosur fue aprobado el 4 de diciembre de 2019 a partir de la Decisión 29/2019 del CMC. Dado que la Decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los miembros por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del bloque, es que se encuentra vigente desde su fecha de aprobación.

En sintonía con el AFC de la OMC, y siguiendo las directrices de la OMA, el acuerdo busca fortalecer la integración regional facilitando además el comercio intrazona. Sus disposiciones están contenidas en 21 artículos.

<sup>31</sup> CENTRO DE INFORMACIÓN OFICIAL. *Decreto 397/019*. 2019. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/397-2019>. Acceso en: 2 abr. 2023.

<sup>32</sup> BARTESAGHI, Ignacio. *Mercosur: Su desarrollo normativo frente a las tendencias mundiales*. Montevideo: Grupo Magro Editores, 2020.

<sup>33</sup> TROITIÑO, David Ramiro. La estrategia de las instituciones de la Unión Europea ante el reto de la digitalización. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, [S. l.], v. 131, n. 2, p. 17-34, 2022. DOI: <https://doi.org/10.24241/rcai.2022.131.2.17>. Disponible en: [https://www.cidob.org/es/articulos/revista\\_cidob\\_d\\_afers\\_internacionals/131/la\\_estrategia\\_de\\_las\\_instituciones\\_de\\_la\\_union\\_europea\\_ante\\_el\\_reto\\_de\\_digitalizacion](https://www.cidob.org/es/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/131/la_estrategia_de_las_instituciones_de_la_union_europea_ante_el_reto_de_digitalizacion). Acceso en: 2 abr. 2023.

<sup>34</sup> ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. *Decisión (UE) 2022/2481 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se establece el programa estratégico de la década digital para 2030*. 2022. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81885>. Acceso en: 29 mayo 2023.

<sup>35</sup> COMISIÓN EUROPEA. *Una Europa adaptada a la era digital*. 2023. Disponible en: [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age\\_es](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_es). Acceso en: 29 mayo 2023.

**Cuadro 2** – Articulado del AFC del Mercosur

Artículo 1	Objetivo y Alcance.
Artículo 2	Principios Generales.
Artículo 3	Transparencia.
Artículo 4	Oportunidad para formular observaciones. Consultas.
Artículo 5	Despacho de mercaderías.
Artículo 6	Automatización.
Artículo 7	Requisitos y datos de documentación.
Artículo 8	Resoluciones Anticipadas.
Artículo 9	Gestión de Riesgo.
Artículo 10	Mercaderías Perecederas.
Artículo 11	Contro Aduanero. Auditoría posterior al Despacho.
Artículo 12	Uso e intercambio de documentos en formato electrónico.
Artículo 13	Tasas y cargas en relación con la importación y la exportación.
Artículo 14	Tránsito.
Artículo 15	Admisión temporal para reexportación en el mismo Estado Parte.
Artículo 16	Gestión Coordinada de Fronteras.
Artículo 17	Operador Económico Autorizado.
Artículo 18	Ventanilla Única de Comercio Exterior.
Artículo 19	Cooperación y Asistencia Técnica.
Artículo 20	Comité.
Artículo 21	Disposiciones finales.

**Fuente:** elaboración propia a partir de Mercosur.

Dentro de sus objetivos, el acuerdo busca agilizar y simplificar los procesos vinculados a la importación, exportación y tránsito de bienes, mediante medidas que faciliten el movimiento y libre circulación de los productos, a través de la cooperación e intercambio entre los países miembros. Asimismo, se establece que los procedimientos aduaneros o relacionados al comercio deben promover la previsibilidad y la transparencia, haciendo uso de las tecnologías de la información para que su control sea más eficiente y eficaz<sup>36</sup>.

Los principios que rigen el establecimiento de las medidas en pro de la facilitación del comercio entre los miembros del bloque son:

- a) transparencia, eficiencia, simplificación, armonización y coherencia de los procedimientos comerciales; b) administración coherente, imparcial, previsible y razonable de las leyes, reglamentos y decisiones administrativas pertinentes para el comercio internacional de mercaderías; c) la mejor utilización posible de las tecnologías de la información; d) aplicación de controles basados en la gestión de riesgos; e) cooperación dentro de cada Estado Parte entre las autoridades aduaneras y otras autoridades fronterizas; y f) consultas entre los Estados Partes y sus respectivas comunidades empresariales<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> MERCOSUR. *Acuerdo sobre facilitación del comercio del Mercosur*. 2019. Disponible en: [https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/75425\\_DEC\\_029\\_2019\\_ES\\_Acuerdo%20Facilitacion%20Comercio.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/75425_DEC_029_2019_ES_Acuerdo%20Facilitacion%20Comercio.pdf). Acceso en: 15 mayo 2023.

<sup>37</sup> MERCOSUR. *Acuerdo sobre facilitación del comercio del Mercosur*. 2019. Disponible en: [https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/75425\\_DEC\\_029\\_2019\\_ES\\_Acuerdo%20Facilitacion%20Comercio.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/75425_DEC_029_2019_ES_Acuerdo%20Facilitacion%20Comercio.pdf). Acceso en: 15 mayo 2023.

De cara a promover la transparencia y siguiendo los lineamientos de la OMC, el acuerdo establece que los miembros se comprometen a publicar toda la información relativa a las medidas y procedimientos relacionados a la importación, exportación y tránsito de mercaderías como sobre la facilitación del comercio, así como también los cambios que puedan darse en los mismos. Además, deben asegurar servicios de información para consultas en los dos idiomas del bloque, español y portugués, procurando que la respuesta pueda ser en el mismo idioma de la pregunta. Por otra parte, los Estados parte deberán asegurar un procedimiento simplificado de despacho de las mercaderías, manteniendo la eficiencia.

Con ánimo de promover la digitalización y automatización, en el acuerdo se establece la importancia del uso de las tecnologías de la información siguiendo estándares internacionales, estableciendo sistemas electrónicos accesibles para sus usuarios, asegurando el procesamiento de la información y datos antes de la llegada de la mercadería para agilizar su despacho. Asimismo, se deberá prever la implementación de trámites mediante documentos electrónicos y la posibilidad de digitalización de documentos complementarios a las declaraciones aduaneras, así como instrumentos de validación de estos, pagos electrónicos de derechos de aduanas, impuestos, tasas y costos relativos a las operaciones aduaneras.

Con el objetivo de promover el intercambio de datos entre las aduanas de los países miembros del Mercosur, se procura trabajar en la interoperabilidad de los sistemas electrónicos, y se buscará que las entidades emisoras de permisos de transporte internacional de carga avancen en la integración informática para agilizar y facilitar el intercambio de los mencionados permisos.

El artículo 12, hace referencia al uso de documentos electrónicos en las operaciones de exportación, importación y tránsitos, adoptar estándares internacionales para los modelos, la emisión y la recepción de documentos en formato electrónico, así como promover el reconocimiento mutuo de documentos en formato electrónico. El tratamiento para las operaciones de tránsito se define en el artículo 14, el cual establece la implementación del Sistema Informático de Tránsito Internacional Aduanero (SINTIA) para la Informatización del Manifiesto Internacional de Carga / Declaración de Tránsito Aduanero y el seguimiento de la operación

entre los países miembros del bloque, estableciendo un plazo de un año desde la entrada en vigor del acuerdo para su puesta en práctica.

El acuerdo, además, incluye disposiciones relativas a mercaderías perecederas, controles de los procedimientos por parte de las autoridades aduaneras y cooperación y asistencia técnica.

Conforme a los esfuerzos de digitalización del bloque de la mano con las disposiciones de la OMC, el AFC del Comercio del Mercosur incorpora un artículo relativo a las VUCE, promoviendo su implementación con el objetivo de agilizar y facilitar el comercio a través de un único punto de entrada para la gestión de la documentación de comercio exterior. Debe haber interoperabilidad entre las VUCE para intercambiar información, asegurando la confidencialidad y protección de los datos intercambiados. Asimismo, deberán basarse en el Modelo de Datos de la OMC, siguiendo los estándares internacionales, contando con programas informáticos para la transferencia y procesamiento electrónico de la información.

### 3.2 Acuerdo sobre comercio electrónico del Mercosur

Este acuerdo fue aprobado a través de la Decisión N°15/2020 y constituye el marco jurídico para facilitar el desarrollo del comercio electrónico en el bloque. El texto parte del reconocimiento del potencial económico y las oportunidades que brinda el comercio electrónico, para lo cual consideran relevante contar con normativas claras, transparentes y previsibles, la interoperabilidad y la innovación, facilitar el acceso al comercio electrónico para las pequeñas y medianas empresas (PyMEs) y garantizar la seguridad de los usuarios<sup>38</sup>. El Acuerdo está vigente desde su aprobación el 28 de enero de 2021.

<sup>38</sup> MERCOSUR. *Acuerdo sobre el comercio electrónico del Mercosur*. 2021. Disponible en: <https://www.mercosur.int/documento/acuerdo-sobre-comercio-electronico-del-mercosur/>. Acceso en: 15 mayo 2023.

**Cuadro 3** – Articulado del Acuerdo sobre el Comercio Electrónico del Mercosur

Artículo 1	Definiciones.
Artículo 2	Ámbito de aplicación y disposiciones generales.
Artículo 3	Derechos Aduaneros.
Artículo 4	Autenticación y firmas electrónicas avanzadas o firmas digitales.
Artículo 5	Protección al consumidor en línea.
Artículo 6	Protección de los datos personales.
Artículo 7	Transferencia transfronteriza de información por medios electrónicos.
Artículo 8	Ubicación de las instalaciones informáticas.
Artículo 9	Principios sobre el acceso y uso de internet para el comercio electrónico.
Artículo 10	Comunicaciones comerciales directas no solicitadas.
Artículo 11	Facilitación del comercio electrónico.
Artículo 12	Cooperación.
Artículo 13	Revisión.
Artículo 14	Entrada en vigor.
Artículo 15	Enmiendas.
Artículo 16	Denuncia.
Artículo 17	Depositario.

**Fuente:** elaboración propia a partir de Mercosur.

En el texto se establece la importancia de no imponer derechos aduaneros a las transmisiones electrónicas, el reconocimiento legal de las firmas electrónicas autorizadas, el fomentar la interoperabilidad de la firma electrónica avanzada o firma digital y compromisos nacionales para asegurar la protección de los datos personales de los usuarios de comercio electrónico. Asimismo, se establece que cada uno de los miembros deberá proteger a los usuarios contra las comunicaciones comerciales directas no solicitadas.

El artículo 11, refiere a la relevancia que tiene la facilitación del comercio por medios electrónicos para el desarrollo del comercio electrónico, ajustándose a lo que establece para ello el Mercosur. Además, se hace referencia a compartir información y experiencias.

El Acuerdo sobre Comercio Electrónico del Mercosur ha sido un paso importante que se suma a la creación del GAD y la reactivación del Subgrupo de Trabajo N°13 sobre Comercio Electrónico en el año 2017. A nivel nacional, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, en el año 2019 en Davos, firmaron la declaración para comenzar las negociaciones sobre comercio electrónico en la OMC; y Argentina y Uruguay también forman parte del foro Amigos del Comercio Electrónico para el Desarrollo con miras al intercambio de experiencias<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> DE ASTARLOA, Bernardo Díaz. El comercio electrónico como instrumento para potenciar la integración comercial de las pymes del Mercosur: oportunidades y desafíos pendientes. En: MANCINI, Luciana (org.). *El Mercosur frente al cambio tecnológico y la transformación digital: elementos para el análisis*. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2021. p. 49. Disponible en: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/ciencia-tecnologia-e-inovacao/mercosur-cambio-tecnologico-transformacion-digital.pdf>. Acceso en: 2 abr. 2023.



## 4 El caso de la VUCE en Uruguay

La VUCE constituye un instrumento relevante para la facilitación del comercio, dado que a través de ella se procesan numerosos trámites relacionados a la operativa del comercio exterior. Esta herramienta habilita el procesamiento electrónico de documentación desde un solo punto de entrada, fomentando la eficiencia, la transparencia y derivando en una sustancial disminución de los tiempos y costos asociados al comercio exterior.

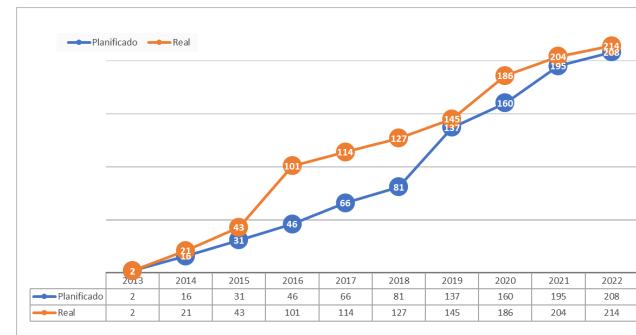
La implementación de las VUCE requiere un máximo esfuerzo por parte de los Estados para simplificar y armonizar los procesos, comprometiendo a las distintas entidades que participan de los procesos de comercio exterior. Como se mencionó en los apartados anteriores, la necesidad de implementación de las VUCE se establece en el AFC de la OMC. En Uruguay este acuerdo fue internalizado en junio de 2016 mediante la Ley 19.414<sup>40</sup>. Sin embargo, en este país, el proceso hacia la implementación de este sistema se inicia en el año 2007 a partir de la modernización de la Dirección Nacional de Aduanas (DNA), proyecto financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). En 2010 comienza a realizarse una planificación estratégica identificando las acciones que debería tomar la DNA para contribuir a la facilitación del comercio y promover la competitividad<sup>41</sup>. El proyecto hacia la VUCE se inicia en marzo de 2011, pero es en enero de 2012 cuando se firma su acta constitutiva, definiendo su estructura y financiamiento.

Son la DNA y la Comisión Interministerial de Asuntos para el Comercio Exterior (CIACEX), las instituciones que lideran el proyecto financiado por el BID. La VUCE se crea a partir de la Ley de Rendición de Cuentas N° 19.149 del 2013<sup>42</sup>, integrando el Instituto de Promoción de Inversiones y Exportaciones – Uruguay XXI<sup>43</sup>.

Para el funcionamiento de este tipo de instrumentos se hace necesaria la cooperación institucional entre

los distintos organismos del Estado y la articulación entre los actores vinculados a la operativa del comercio exterior, con el fin de facilitar el comercio, mejorar la competitividad y promover la facilidad para hacer negocios. Es a partir de 2013 que entra en funcionamiento la VUCE en Uruguay, sumando año a año multiplicidad de procesos, alcanzando en 2022 a superar los procesos reales (2014) a aquellos planificados (208), lo que denota que el funcionamiento ha ido más allá de lo esperado en cuanto a la incorporación de trámites a través del sistema. Asimismo, desde 2013 ha aumentado la cantidad de usuarios, de trámites disponibles y de servicios ofrecidos por la VUCE.

**Gráfico 1** – Evolución de la cantidad de procesos disponibles en la VUCE Uruguay



**Fuente:** Elaboración propia a partir de datos de VUCE. Resultados alcanzados, diciembre 2022.

Según datos la VUCE<sup>44</sup>, de 253 procesos disponibles, 214 se encuentran implementados, lo que significa un 85% del total. Asimismo, el 81% de las operaciones de comercio exterior cuenta con trámites a través de VUCE, y el 91% de las agencias identificadas (32), son agencias integradas al sistema (29). Con relación a la cantidad de usuarios que utilizan el sistema, en 2013 cuando comenzó su funcionamiento totalizaban 73, alcanzando en 2022 los 71.242, entre los que se encuentran 2.595 usuarios de organismos públicos, 852 despachantes de aduanas y 67.795 empresas y personas físicas<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> URUGUAY. *Ley n° 19.414*. 2016. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/19414>. Acceso en: 6 sept. 2023.

<sup>41</sup> VUCE. *Acerca de la VUCE: antecedentes*. 2023. Disponible en: <https://vuce.gub.uy/acerca-de-vuce/>. Acceso en: 25 mayo 2023.

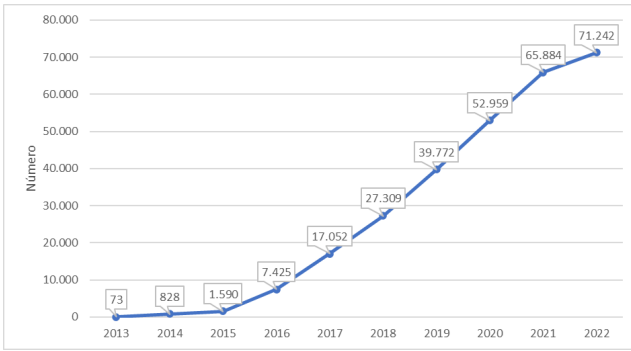
<sup>42</sup> URUGUAY. *Ley n° 19.149*. 2013. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/19149>. Acceso en: 17 mayo 2023.

<sup>43</sup> VUCE. *Acerca de la VUCE: antecedentes*. 2023. Disponible en: <https://vuce.gub.uy/acerca-de-vuce/>. Acceso en: 25 mayo 2023.

<sup>44</sup> VUCE. *Resultados VUCE 2022*. 2023. Disponible en: <https://vuce.gub.uy/wp-content/uploads/2023/03/RESULTADOS-VUCE-Dic-2022.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2023.

<sup>45</sup> VUCE. *Resultados VUCE 2022*. 2023. Disponible en: <https://vuce.gub.uy/wp-content/uploads/2023/03/RESULTADOS-VUCE-Dic-2022.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2023.

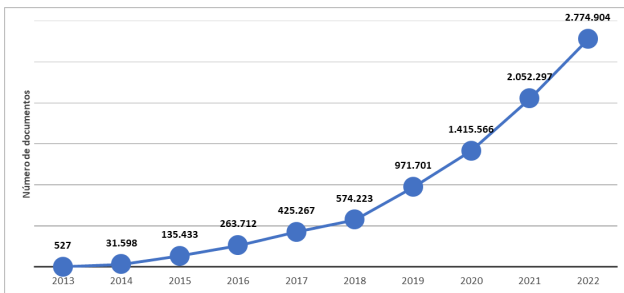
**Gráfico 2** – Evolución del número de usuarios (acumulado)



**Fuente:** Elaboración propia a partir de datos de VUCE. Resultados alcanzados, diciembre 2022.

Los documentos emitidos a través de la VUCE también se han incrementado exponencialmente, pasando de 527 en 2013 a 2.774.904 en 2022<sup>46</sup>.

**Gráfico 3** – Evolución de los documentos emitidos por la VUCE en Uruguay



**Fuente:** Elaboración propia a partir de datos de VUCE. Resultados alcanzados, diciembre 2022.

#### 4.1 Impactos de la implementación de la VUCE

En Uruguay, los impactos de la implementación de la VUCE se miden en tres dimensiones: sector privado, sector público y medioambiente. Para evaluar la satisfacción de los usuarios se realiza una encuesta para conocer las opiniones sobre la calidad y funcionamiento del sistema.

En lo que refiere al sector privado el Informe de Resultados de la VUCE en 2022, menciona que para el sector privado ha generado resultados positivos que significan, según las estimaciones, en un ahorro de más de US\$ 50 millones. Asimismo, la reducción de los tras-

lados, las horas de trabajo invertidas por trabajador y los tiempos de las gestiones derivan en un ahorro de más de 4 millones de horas de trabajo y US\$ 20 por trámite realizado en la VUCE.

Según los resultados de la encuesta realizada en noviembre de 2022 a los usuarios privados, el 95% consideró que han mejorado los trámites automatizados, el 91% manifestó que la plataforma es buena o muy buena y el 93% señaló que el servicio es bueno o muy bueno.

Para el sector público, el ahorro se deduce de la gestión de los trámites y las horas administrativas que lleva emitir la documentación. Esta reducción se estima en aproximadamente US\$ 23,4 millones, además significó 1,4 millones de horas de trabajo menos y US\$ 8,4 ahorrados por trámite realizado en VUCE. El impacto en el sector público se ha medido a través de la cantidad de horas que lleva realizar un trámite. La primera medición se realizó en 2016 y como resultado dio un promedio de 30,6 horas por trámite, la cual ha disminuido a un promedio de 19,9 horas en 2022. A partir de este indicador se pudo saber la eficiencia para el sector público, pero también la reducción de los tiempos que implica para el sector privado.

Los impactos relacionados al medioambiente se relacionan directamente al uso del papel. En Uruguay la VUCE mide esos impactos a través de los árboles, uso de agua y consumen energía eléctrica. Para su cálculo se utiliza el supuesto de que 500 hojas de papel significan el 6% de un árbol, 150 litros de agua y 28kw/h de energía. De los resultados presentados surge que con la eliminación del papel desde la implementación de la VUCE en Uruguay se han ahorrado más de 58,3 millones de hojas de papel, se han salvado más de 7.000 árboles, se han economizado más de 17,5 millones de litros de agua y se han ahorrado más de 3,2 millones de kw/h de energía eléctrica<sup>47</sup>.

En Uruguay, el presupuesto de funcionamiento de la VUCE que ascendió a US\$ 1.296.864 en 2022 es cubierto con el costo de los trámites que se cobran a los usuarios, lo que promueve la autosostenibilidad del proyecto. Adicionalmente, se considera importante la cooperación interinstitucional, habiendo firmado a diciembre de 2022 28 acuerdos entre las diferentes instituciones que participan de la iniciativa.

<sup>46</sup> VUCE. *Resultados VUCE 2022*. 2023. Disponible en: <https://vuce.gub.uy/wp-content/uploads/2023/03/RESULTADOS-VUCE-Dic-2022.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2023.

<sup>47</sup> VUCE. *Resultados VUCE 2022*. 2023. Disponible en: <https://vuce.gub.uy/wp-content/uploads/2023/03/RESULTADOS-VUCE-Dic-2022.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2023.

El sistema VUCE también brinda capacitación a los usuarios, alcanzando más de 8.500 usuarios capacitados desde su implementación en 2013, tanto a nivel público como privado.

## 4.2 Interoperabilidad transfronteriza

Como se mencionó en apartados anteriores, la facilitación del comercio implica estandarización, simplificación y armonización, para lo cual se hace necesaria la interconexión e interoperabilidad entre las instituciones encargadas de las operaciones de comercio exterior. En el caso de Uruguay, la puesta en funcionamiento de la VUCE ha tenido resultados favorables para los usuarios tanto públicos como privados con relación a un ahorro de tiempos y costos, pero para que todo el ecosistema en torno a la facilitación del comercio tenga un efecto más allá de las fronteras nacionales, se hace imperante la interoperabilidad transfronteriza de aduanas y VUCE.

En Uruguay, en 2020 se lograron desarrollar los instrumentos de comunicación para la recepción y envío del Certificado de Origen Digital (COD), siguiendo los estándares de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). La plataforma utilizada para interoperabilidad es la del BID, denominada IOPack. Chile fue el primer país con el cual se implementó el intercambio de dichos certificados desde 2020 (500 COD), y desde 2021 se sumó México (1.215 COD), dándoles en ambos casos la misma validez que los documentos físicos. Según datos de VUCE, a diciembre de 2022, se habían intercambiado 199.946 Certificados de Origen con Brasil, 120.358 con Argentina y 4.539 con Paraguay.

Con relación a otros trámites, la VUCE uruguaya se encuentra realizando las pruebas para el intercambio de certificados zoosanitarios con los países de la Alianza del Pacífico. En la actualidad ya se encuentra disponible el intercambio de este tipo de certificados con Argentina, Chile, Colombia e Israel y se está avanzando a incluir otros países como Brasil, Estados Unidos, Paraguay y Perú<sup>48</sup> (VUCE, 2023).

<sup>48</sup> VUCE. *Resultados VUCE 2022*. 2023. Disponible en: <https://vuce.gub.uy/wp-content/uploads/2023/03/RESULTADOS-VUCE-Dic-2022.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2023.

## 5 Conclusiones

La facilitación del comercio permite una gran reducción en los costos de transacción vinculados a la operativa de aduanas y la contribución de la digitalización en este proceso es innegable. Por lo tanto, para los países en desarrollo y más rezagados en la incorporación de los procesos de digitalización, la cooperación juega un rol fundamental tanto en aspectos financieros (por ejemplo, recursos para generar la infraestructura necesaria) como en el aprendizaje de buenas prácticas ya implementadas por aquellos países más adelantados en estos aspectos.

El dinamismo de la innovación tecnológica requiere que los avances sean permanentes y que la armonización y actualización del marco regulatorio sea no solo constante sino también, que las normas tengan cierta flexibilidad de modo de tener la capacidad de adaptarse al cambio constante y la incertidumbre que esto genera.

Además, existen aspectos no contemplados en el AFC como el comercio de servicios, la logística o servicios de distribución que influyen en los costos del comercio y cuya simplificación y/o armonización es esperable que implique también una reducción significativa de estos costos y los procesos de digitalización contribuirían a esto.

Por lo tanto, es necesario que los esfuerzos continúen para ampliar la aplicación de medidas de facilitación de comercio aprovechando las oportunidades que generan las TICs. Para ello, el ámbito multilateral a través de organismos internacionales como la OMC es fundamental, así como lo es la inclusión de estas disposiciones en los acuerdos regionales. Además, en este proceso la cooperación internacional también juega un rol esencial para reducir las asimetrías digitales entre los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo las cuales podrían volverse una barrera en sí misma al comercio internacional y/o la inserción de aquellos países rezagados en las cadenas globales de valor.

El Mercosur ha realizado esfuerzos por promover la transformación digital del bloque a través de la implementación de una serie de acuerdos y la creación del GAD. Si bien se apunta a lograr una economía digital convergente, aún queda por delante trabajar en la adecuación de los marcos normativos y las políticas públicas de los Estados miembros. Sería positivo para el Mercosur la influencia de la Unión Europea en su proceso

de transformación digital centrado en las personas y las empresas, que apunta a promover su digitalización y facilitar su entorno a través de los servicios públicos digitales como lo es la facilitación del comercio a través de ventanillas únicas. La cooperación de la UE que posee un camino más profundo en cuanto a las regulaciones de temas digitales, sería un aporte muy valioso para el bloque sudamericano.

La armonización y convergencia de las regulaciones tiene especial importancia para promover un ecosistema digital en la integración regional y para poder aprovechar los beneficios derivados del proceso. De la misma manera, esas oportunidades se dan a través del desarrollo del comercio electrónico, para lo cual se debe adecuar el entorno empresarial, a través de iniciativas estatales y regionales de cara a la transformación digital de los procesos del sector público. Con relación a ello surgen el instrumento de las VUCE en los países del Mercosur, que, si bien los cuatro Estados miembro las han implementado, la interoperabilidad entre ellas aún no se ha logrado, lo cual afecta su funcionamiento según lo estipulado en los compromisos asumidos en el marco del Mercosur y la OMC. No obstante, hay avances en la interconexión entre las VUCE de los países del Mercosur, al momento solo los Certificados de Origen son procesados a través de la conexión entre ellas, por lo cual se hace necesario trabajar en la incorporación de más documentos digitales.

## Referencias

ANDERSON, James; VAN WINCOOP, Eric. Trade costs. *Journal of Economic Literature*, v. 42, n. 3, p. 691-751, 2004. DOI: 10.1257/0022051042177649. Disponible en: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/0022051042177649>. Acceso en: 6 abr. 2023.

ARVIS, Jean; DUVAL, Yann; SHEPHERD, Ben; UTOKTHAM, Chorthip. Trade costs in the developing world: 1995-2010. *Policy Research Working Papers*, enero 2013. DOI: /10.1596/1813-9450-6309. Disponible en: <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/1813-9450-6309>. Acceso en: 7 marzo 2023.

AUSTRALIAN DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS AND TRADE. *Australia-Singapore digital economy*

*agreement*. 2020. Disponible en: <https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/australia-singapore-digital-economy-agreement.pdf>. Acceso en: 1 abr. 2023.

BARTESAGHI, Ignacio. *Mercosur: su desarrollo normativo frente a las tendencias mundiales*. Montevideo: Grupo Magro Editores, 2020.

CAMPOS, Rafael. O MERCOSUL e a política ambiental: modelos, inconsistências e alternativas. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 103-128, 2012. DOI: 10.5102/rdi.v19i3.1879. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8675/pdf>. Acceso en: 9 marzo 2023.

CENTRO DE INFORMACIÓN OFICIAL. *Decreto 397/019*. 2019. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/397-2019>. Acceso en: 2 abr. 2023.

COMISIÓN EUROPEA. *Una Europa adaptada a la era digital*. 2023. Disponible en: [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age\\_es](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_es). Acceso en: 29 mayo 2023.

DE ASTARLOA, Bernardo Díaz. El comercio electrónico como instrumento para potenciar la integración comercial de las pymes del Mercosur: oportunidades y desafíos pendientes. En: MANCINI, Luciana (org.). *El Mercosur frente al cambio tecnológico y la transformación digital: elementos para el análisis*. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2021. p. 49. Disponible en: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/ciencia-tecnologia-e-inovacao/mercosur-cambio-tecnologico-transformacion-digital.pdf>. Acceso en: 2 abr. 2023.

DUVAL, Yann; UTOKTHAM, Chorthip. Has the WTO trade facilitation agreement helped reduce trade costs?: an ex-post analysis. *UNESCAP Trade, Investment and Innovation Working Paper*, n. 2, 2022.

EJONES, Francis; AGBOLA, Frank; MAHMOOD, Amir. Do regional trade agreements promote international trade? new empirical evidence from the East African community. *The Journal of International Trade & Economic Development*, v. 30, n. 7, p. 1020-1053, 2021. DOI: 10.1080/09638199.2021.1930110. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09638199.2021.1930110>. Acceso en: 20 marzo 2023.

ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. *Decisión (UE) 2022/2481 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de*

- diciembre de 2022 por la que se establece el programa estratégico de la década digital para 2030. 2022. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81885>. Acceso en: 29 mayo 2023.
- FRANKEL, Jeffrey; ROMER, David. Does trade cause growth? *American Economic Review*, v. 89, n. 3, p. 379-399, 1999. DOI: 10.1257/aer.89.3.379. Disponible en: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/aer.89.3.379>. Acceso en: 9 marzo 2023.
- HENDY, Rana; ZAKI, Chahir. Trade facilitation and firms exports: evidence from customs data. *International Review of Economics & Finance*, v. 75, p. 197-209, 2021. DOI: 10.1016/j.iref.2021.03.023. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1059056021000630>. Acceso en: 9 marzo 2023.
- HOEKMAN, Bernard; NICITA, Alessandro. Trade policy, trade costs, and developing country trade. *Policy Research Working Paper 4797*. 2008. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/entities/publication/6e7dc837-c129-51e6-bdea-c82d37444f69>. Acceso en: 9 marzo 2023.
- HORNOK, Cecília; KOREN, Miklós. Administrative barriers to trade. *Journal of International Economics*, v. 96, p. 110-122, 2015. DOI: 10.1016/j.jinteco.2015.01.002. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0022199615000033>. Acceso en: 9 marzo 2023.
- KATZ, Raúl. Desarrollo de um ecosistema digital em el Mercosur: retos y oportunidades para um entorno habilitador y convergente. En: MANCINI, Luciana (org). *El Mercosur frente al cambio tecnológico y la transformación digital*. elementos para el análisis. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2021. p. 59. Disponible en: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/ciencia-tecnologia-e-inovacao/mercosur-cambio-tecnologico-transformacion-digital.pdf>. Acceso en: 2 abr. 2023.
- LIN, Faqin. Estimating the effect of the internet on international trade. *The Journal of International Trade & Economic Development*, v. 24, n. 3, p. 409-428, 2015. DOI: 10.1080/09638199.2014.881906. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09638199.2014.881906>. Acceso en: 20 marzo 2023.
- MERCOSUR. *Acuerdo de reconocimiento mutuo de certificados de firma digital del Mercosur*. 2019. Disponible en: [https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/75396\\_DEC\\_011-2019\\_ES\\_Acuerdo%20Firma%20Digital.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/75396_DEC_011-2019_ES_Acuerdo%20Firma%20Digital.pdf). Acceso en: 2 abr. 2023.
- MERCOSUR. *Acuerdo sobre el comercio electrónico del Mercosur*. 2021. Disponible en: <https://www.mercosur.int/documento/acuerdo-sobre-comercio-electronico-del-mercosur/>. Acceso en: 15 mayo 2023.
- MERCOSUR. *Acuerdo sobre facilitación del comercio del Mercosur*. 2019. Disponible en: [https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/75425\\_DEC\\_029\\_2019\\_ES\\_Acuerdo%20Facilitacion%20Comercio.pdf](https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/75425_DEC_029_2019_ES_Acuerdo%20Facilitacion%20Comercio.pdf). Acceso en: 15 mayo 2023.
- MERCOSUR. *Agenda digital del Mercosur*. 2017. Disponible en: <https://normas.mercosur.int/public/normativas/3474>. Acceso en: 2 abr. 2023.
- MILNER, Chris; MORRISSEY, Oliver; RUDAHERANWA, Nicodemus. Policy and non-policy barriers to trade and implicit taxation of exports in Uganda. *Journal of Development Studies*, v. 37, n. 2, p. 67-90, 2000. DOI: 10.1080/713600069. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/713600069>. Acceso en: 20 marzo 2023.
- MOÏSÉ, Evdokia; SORESCU, Silvia. Trade facilitation indicators: the potential impact of trade facilitation on developing countries' trade. *OECD Trade Policy Working Papers*, n. 144, 2013.
- NEW ZEALAND FOREIGN AFFAIRS & TRADE. *Digital economy partnership agreement*. 2020. Disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/DEPA/DEPA-Signing-Text-11-June-2020-GMT-v3.pdf>. Acceso en: 1 abr. 2023.
- OCDE. *The WTO trade facilitation agreement: potential impact on trade costs*. 2014. Disponible en: <http://www.oecd.org/trade/facilitation/The%20WTO%20Trade%20Facilitation%20Agreement%20%E2%80%93%20Potential%20Impact%20on%20Trade%20Costs.pdf>. Acceso en: 15 marzo 2023.
- OMC. *El mecanismo para el acuerdo sobre facilitación del comercio de la OMC*. 2014. Disponible en: <https://www.tfafacility.org/es/el-mecanismo>. Acceso en: 20 marzo 2023.
- OMC. *Facilitación del comercio*. 2013. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/tradfa\\_s/tradfa\\_s.htm#IV](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tradfa_s/tradfa_s.htm#IV). Acceso en: 15 marzo 2023.
- OMC. *Informe sobre el comercio mundial 2015*. Acelerar el comercio: ventajas y desafíos de la aplicación del acuer-

- do sobre facilitación del comercio de la OMC. 2015. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/res\\_s/booksp\\_s/world\\_trade\\_report15\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/world_trade_report15_s.pdf). Acceso en: 9 marzo 2023.
- OMC. *Protocolo de enmienda del acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*. 2014. Disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/WT/L/940.pdf&Open=True>. Acceso en: 15 marzo 2023.
- PIERMARTINI, Roberta; MAGGI, Federica. How much does trade facilitation matter in total trade costs? estimates based on GTAP data. *WTO Note*, 2022. Disponible en: <http://tradedcosts.wto.org/docs/TCI%20and%20TFI.pdf>. Acceso en: 6 abr. 2023.
- SINGAPORE. Ministry of Trade and Industry of Singapore. *Korea-Singapore digital partnership agreement*. 2021. Disponible en: <https://www.mti.gov.sg/Trade/Digital-Economy-Agreements/KSDPA>. Acceso en: 1 abr. 2023.
- SINGAPORE. Ministry of Trade and Industry of Singapore. *The United Kingdom-Singapore digital economy agreement*. 2022. Disponible en: <https://www.mti.gov.sg/Trade/Digital-Economy-Agreements/UKSDEA>. Acceso en: 1 abr. 2023.
- SOUZA, Leonardo; FREITAS, Cinthia. A construção da cibersoberania na União Europeia: a cibersegurança e a integração do ciberespaço europeu. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 3, p. 256-270, 2022. DOI: 10.5102/rdi.v19i3.8434. Acceso en: 9 marzo 2023
- TROITINÑO, David Ramiro. La estrategia de las instituciones de la Unión Europea ante el reto de la digitalización. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, [S. l.], v. 131, n. 2, p. 17-34, 2022. DOI: <https://doi.org/10.24241/rcai.2022.131.2.17>. Disponible en: [https://www.cidob.org/es/articulos/revista\\_cidob\\_d\\_afers\\_internacionals/131/la\\_estrategia\\_de\\_las\\_instituciones\\_de\\_la\\_union\\_europea\\_ante\\_el\\_reto\\_de\\_digitalizacion](https://www.cidob.org/es/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/131/la_estrategia_de_las_instituciones_de_la_union_europea_ante_el_reto_de_digitalizacion). Acceso en: 2 abr. 2023.
- UNITED STATES. United States Trade Representative. *Agreement between the United States and Japan concerning digital trade*. 2019. Disponible en: [https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/japan/Agreement\\_between\\_the\\_United\\_States\\_and\\_Japan\\_concerning\\_Digital\\_Trade.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/japan/Agreement_between_the_United_States_and_Japan_concerning_Digital_Trade.pdf). Acceso en: 1 abr. 2023.
- URUGUAY. *Ley n° 19.149*. 2013. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/19149>. Acceso en: 17 mayo 2023.
- URUGUAY. *Ley n° 19.414*. 2016. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes/ley/19414>. Acceso en: 6 sept. 2023.
- VOLPE, Martincus; CARBALLO, Jerónimo; GRAZIANO, Alejandro. Customs as Doorkeepers: what are their effects on international trade? *United States International Trade Commission*, 2013. Disponible en: [http://www.usitc.gov/research\\_and\\_analysis/documents/Customs\\_as-Doorkeepers-What\\_Are\\_Their\\_Effects\\_on\\_International\\_Trade.pdf](http://www.usitc.gov/research_and_analysis/documents/Customs_as-Doorkeepers-What_Are_Their_Effects_on_International_Trade.pdf). Acceso en: 1 abr. 2023.
- VUCE. *Acerca de la VUCE: antecedentes*. 2023. Disponible en: <https://vuce.gub.uy/acerca-de-vuce/>. Acceso en: 25 mayo 2023.
- VUCE. *Resultados VUCE 2022*. 2023. Disponible en: <https://vuce.gub.uy/wp-content/uploads/2023/03/RESULTADOS-VUCE-Dic-2022.pdf>. Acceso en: 25 mayo 2023.
- WILSON, Norbert. *What a difference a day makes: an estimate of potential gains from trade facilitation*. 2007. Disponible en: <https://ageconsearch.umn.edu/record/9958/>. Acceso en: 7 marzo 2023.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Brecha digital y educación:** una computadora por niño en Uruguay

**Digital gap and education:** one computer per child in Uruguay

Natalia De María

Ignacio Bartesaghi

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

# Brecha digital y educación: una computadora por niño en Uruguay\*

## Digital gap and education: one computer per child in Uruguay

Natalia De María\*\*

Ignacio Bartesaghi\*\*\*

### Resumen

En el año 2007, Uruguay implementó el Plan de Conectividad Educativa de Informática Básica para el Aprendizaje en Línea, denominado Plan Ceibal, lo que supuso otorgar una computadora para cada niño de las escuelas públicas. La iniciativa, además de favorecer a reducir la brecha digital, impactó positivamente en la educación del país a través del uso de las Tecnologías de Información y Comunicaciones (TICs), fomentando a su vez la equidad y la inclusión social. El artículo tiene como objetivo analizar las implicancias de la implementación del programa de Negroponte “One Laptop per-Child” adaptado a Uruguay. Se plantea como hipótesis que su implementación no solo contribuyó a reducir la brecha digital, sino que también tuvo resultados favorables en la educación. Además de la revisión bibliográfica especializada, se utilizó el método de la entrevista a autoridades relacionadas a la educación y a Ceibal para la obtención de información primaria. Los resultados obtenidos indican que, a lo largo de su implementación, el Plan Ceibal fue transformándose en un programa de mayor amplitud, ya no solo relacionado con la brecha digital, sino también cumpliendo un papel central en la educación, para lo cual fue adaptando su modelo operativo e institucional.

**Palabras clave:** brecha digital; Uruguay; Negroponte; Plan Ceibal; digitalización; educación; innovación.

### Abstract

In 2007, Uruguay implemented the Basic Computer Education Connectivity Plan for Online Learning, known as Plan Ceibal, which involved providing a computer for every child in public schools. The initiative not only helped to reduce the digital divide, but also benefited the country's education through Information and Communication Technologies (ICTs) promoting equity and social inclusion. The article aims to analyze the implications of the implementation of the Negroponte program “One Laptop per-Child” adapted to Uruguay. It is hypothesized that its implementation not only contributed to reducing the digital divide, but also had favorable results in education. In addition to the specialized bibliographic review, the method of interviewing authorities related to education and Ceibal was used to obtain primary information. The results obtained indicate that throughout its implementation,

\* Recibido em 01/06/2023  
Aprovado em 18/09/2023

\*\* Candidato a Doctor en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid, Magíster en Relaciones Internacionales por la Universidad de la República (Uruguay). Investigadora del Instituto de Negocios Internacionales de la Universidad Católica del Uruguay y profesora de alta dedicación de la misma universidad. Integra el Sistema Nacional de Investigadores de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII) de Uruguay. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5583-0114>  
Email: [ndemaria@ucu.edu.uy](mailto:ndemaria@ucu.edu.uy)

\*\*\* Posdoctorado en Relaciones Internacionales por la Universidad de Valencia, Doctorado en Relaciones Internacionales por la Universidad de La Plata (Argentina), Magíster en Integración y Comercio Internacional por la Universidad de Montevideo. Director del Instituto de Negocios Internacionales de la UCU y profesor de alta dedicación en las áreas de integración y comercio internacional. Integra el Sistema Nacional de Investigadores de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación del Uruguay. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3413-3595>  
Email: [ibartesa@ucu.edu.uy](mailto:ibartesa@ucu.edu.uy)



Plan Ceibal was transformed into a broader program, not only with the digital divide but also playing a significant role in education, for which it was adapting its operating model and institutional.

**Keywords:** digital divide; Uruguay; Negroponte; Plan Ceibal; digitalization; education; innovation.

## 1 Introducción

El desarrollo económico y los avances sociales han estado históricamente asociados a los adelantos tecnológicos, como fue el conocido caso de los impactos generados por las revoluciones industriales o el boom de internet en la década del noventa. En la actualidad se atraviesa un nuevo desafío relacionado con los impactos esperados por los avances en la robótica y la inteligencia artificial, de la cual también se esperan cambios estructurales. Las tecnologías digitales han transformado la cultura global, siendo difícil hablar de acceso a la cultura sin la presencia de internet<sup>1</sup>.

En este nuevo mundo con tendencias que se han acelerado por los avances tecnológicos, los debates vinculados con la brecha digital adquieren especial relevancia. La brecha digital hace referencia a la disparidad existente entre las personas en términos de acceso, uso y habilidades relacionadas con las tecnologías digitales, es decir, la disponibilidad física de infraestructura tecnológica, por ejemplo, el tener una computadora o conectividad a internet, las habilidades digitales de las personas, lo que se relaciona con el conocimiento para el uso de esos recursos tecnológicos y la capacidad para la utilización de esas herramientas digitales.

Las potencias centrales siguen liderando en tecnología y en innovaciones, las que, si bien continúan dominando, enfrentan la competencia de las economías emergentes, en especial de China e India. El resto de los países, o gran parte de ellos se resignan a aceptar las nuevas reglas del juego, pero buscan tener la capacidad de adaptarse rápidamente a las nuevas tecnologías para su desarrollo propio. Es allí donde acortar la brecha tecnológica adquiere un rol preponderante.

El caso de la política de Estado seguida por Uruguay con la implementación del programa OLPC a través del Plan Ceibal, el cual realizó varios ajustes a su realidad nacional, así como el contar con instituciones fuertes y una definición política al más alto nivel, favoreció sin duda el éxito del programa, el de mayor alcance y desarrollo de todos los países que decidieron implantar la idea original propuesta por Negroponte. La política de Ceibal fue pensada naturalmente para las nuevas generaciones e inicialmente centrada en la brecha digital, pero debe tenerse en cuenta que a nivel de políticas de Estado, el país ya había implementado algunas iniciativas y disposiciones que favorecieron la generación de un entorno digital, como ocurrió con los incentivos para la producción de software, lo que redundó en el correr de los años en la conformación de una industria de avanzada en este sector de servicios, con un claro perfil exportador al mundo desarrollado<sup>2</sup>. Esta legislación, junto a la creación de nuevas instituciones asociadas a la innovación y el desarrollo, mencionadas en los próximos apartados, han generado sinergias con otros sectores tecnológicos en el país, lo que también impactó en la captación de inversiones en el sector servicios.

El artículo se plantea como objetivo analizar los impactos de la implementación del Plan Ceibal en Uruguay con relación a su aporte a disminuir la brecha digital y la mejora de la educación. En tal sentido, surge como hipótesis que la ejecución del Plan Ceibal, además de contribuir a reducir la brecha digital, tuvo resultados positivos en la educación.

La presente investigación, de carácter exploratoria y descriptiva se basará en fuentes secundarias a partir de revisión bibliográfica especializada, así como también primarias. Para ello se utilizará el método de la entrevista a autoridades relacionadas a la educación y a Ceibal: Adriana Aristimuño, Directora Sectorial de Planificación Educativa y Directora Ejecutiva de Políticas Educativas del Consejo Directivo Central de la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP) y Leandro Folgar, Presidente de Fundación Ceibal y Plan Ceibal.

Los resultados obtenidos indican que, a lo largo de su implementación, el Plan Ceibal fue transformándose en un programa de mayor amplitud, ya no solo con

<sup>1</sup> CARRASCO MEDINA, Janny. A propósito del carácter universal del acceso a la cultura en internet: un análisis desde el prisma internacional y la experiencia del ordenamiento jurídico cubano, 2020. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 343-356. DOI: 10.5102/rdi.v17i3.6723. Acceso en: 10 set. 2023.

<sup>2</sup> URUGUAY XXI. *Uruguay, Hub de negocios e innovación*. 2021. Disponible en: <https://www.uruguayxxi.gub.uy/es/centro-informacion/articulo/presentacion-uruguay-hub-de-negocios-e-innovacion-1-latinoamerica/>. Acceso en: 06 abr. 2023.

el objetivo de disminuir la brecha digital, sino también cumpliendo un papel central en la educación, para lo cual fue adaptando su modelo operativo e institucional.

## 2 One Laptop per Child

### 2.1 Antecedentes a nivel internacional

Nicholas Negroponte, es un científico estadounidense fundador del Media Lab del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT, según su sigla en inglés), un laboratorio de fama mundial del que han surgido diversos proyectos de éxito global. Uno de ellos, del consagrado profesor del MIT, fue el denominado *One Laptop Per Child* (OLPC), que contó en su desarrollo con el apoyo del pedagogo Seymour Papert.

El proyecto planteaba un objetivo sencillo y claro, producir computadoras de bajo coste, las que tendrían determinadas características para asegurar que todos los niños puedan acceder a ellas. Dicha propuesta fue lanzada por Negroponte en el Foro Económico de Davos en 2005, para luego dar paso a la creación de la Fundación OLPC que captó el apoyo de varias organizaciones a nivel mundial.

El proyecto, que fue definido como de alcance humanitario y sin fines de lucro, consideró que las computadoras se transformarían en poderosas herramientas para los niños, ya sea en lo relacionado con el proceso de aprendizaje, así como en lo que refiere a la disminución de la brecha digital. Las computadoras ampliarían el poder de comunicación e interacción, lo que impulsa la capacidad de expresión y habilita los procesos propios de aprendizaje.

Negroponte entiende que la educación de calidad universal es esencial para proveer justicia, con una sociedad equilibrada y económicamente viable. Acceder a computadoras portátiles puede significar brindar beneficios reales a las sociedades. En ese sentido, el programa fue defendido por sus creadores como de transformación social, por lo que su alcance supera ampliamente la entrega de una computadora<sup>3</sup>.

La producción de los dispositivos comenzó en el año 2006 como un plan piloto, para pasar a la producción a gran escala a partir de 2007. El MIT otorgó licencias a empresas tecnológicas para producirlas, en especial con una primera asociación con la empresa Quanta, que tiene sede en Taiwán y produce en la ciudad de Songjiang en China. En cuanto al precio por unidad, las computadoras no lograron cumplir con el precio unitario inicialmente planteado de menos de US\$ 100 por unidad.

Al respecto de los costos asociados al programa, se trata de uno de los principales debates planteados a la hora de evaluar el éxito de OLPC, ya no solo porque no alcanzó el precio de producción unitario planificado, sino también porque no se dimensionó apropiadamente las inversiones asociadas para que el programa sea desarrollado en países de contextos muy críticos. No se trata solo de la herramienta, sino que las inversiones deben ser cuantiosas en el acceso a internet, el servicio de mantenimiento, logístico y especialmente en la formación de los profesores que deben incorporar el uso de las computadoras en sus clases. La valoración de estos costos asociados llevó a que países como Nigeria, una de las apuestas de Negroponte por su tamaño, desistiera de desarrollar el programa por el nivel de inversión que le suponía al Estado<sup>4</sup>.

Uruguay fue el primero en implementar el plan a gran escala, siendo el país del mundo que ha adquirido un mayor número de computadoras hasta la fecha<sup>5</sup>. Al respecto, como se analizará más adelante, eso no implica que el contacto siga siendo directo con la Fundación OLPC, sino que actualmente el Estado uruguayo se provee de varias empresas tecnológicas que ya están en el negocio de estos dispositivos de bajo costo (Folgar, comunicación personal, 11 de mayo de 2023). Etiopía fue otro de los países pioneros en la implementación del plan piloto de OLPC, donde la fundación registró evidencia positiva en sus primeros meses de aplicación, especialmente en lo referido a la disponibilidad de material de aprendizaje a través de las computadoras. Ahora bien, pronto comenzaron a visualizarse las dificultades técnicas respecto a la reparación de las computadoras, el acceso a internet, las funcionalidades del *software*, entre

<sup>3</sup> OLPC. *About OLPC, Where it all began*. 2023. Disponible en: <https://laptop.org/aboutolpc/>. Acceso en: 08 abr. 2023.

<sup>4</sup> KRAEMER, Kenneth; DEDRICK, Jason; SHARMA, Pratul. One laptop per child: vision vs. reality, 2009. *Communications of the ACM*, v. 52, n. 6. DOI:10.1145/1516046.1516063.

<sup>5</sup> OLPC. *About OLPC, Where it all began*, 2023. Disponible en: <https://laptop.org/aboutolpc/>. Acceso en: 08 abr. 2023.

otros asuntos de difícil gestión para los países de menor desarrollo.

Inicialmente, las computadoras conocidas como XO incorporaban *softwares* y prestaciones de acceso libre que estaban previamente definidas (sistema operativo Fedora Linux con una interfaz gráfica especialmente diseñada llamada Sugar), además de incluir algunas prestaciones de seguridad. Se le reconoce a las computadoras iniciales innovaciones concretas en *hardware*, su fuente de alimentación, el acceso a la red y su pantalla, pero también se destaca su carcasa en cuanto a la capacidad de soportar golpes, suciedad y humedad, así como las características de su teclado<sup>6</sup>.

Este aspecto tiene que ver con que, desde un inicio, el plan estaba definido para entornos muy carenciados, con el foco puesto en algunas economías africanas. Las computadoras se han ido modificando a lo largo de los años y fueron incorporando más prestaciones para ser más amigables a los entornos tecnológicos operativos de los distintos países. Por otro lado, se buscó una mejora en su diseño y otras prestaciones operativas, con el objetivo de seguir bajando los costos de producción.

De hecho, Seymour Papert uno de sus fundadores junto a Negroponte, plantea que su visión es que la *laptop* se vuelva tan económica que todos los niños del mundo puedan acceder a ella, buscando que cada uno de ellos tenga la posibilidad de descubrir y desarrollar su propio potencial, pero también insistía con que el éxito del programa depende de generar el apropiado ecosistema que haga posible el buen uso de la herramienta<sup>7</sup>.

Este punto plantea un profundo debate, ya que el solo hecho de entregar una computadora por niño no garantiza acortar la brecha digital, pero mucho menos favorece los procesos de aprendizaje. Como plantea Folgar (comunicación personal, 11 de mayo de 2023), si bien es evidente que la sola entrega de la computadora no tiene efectos satisfactorios en disminuir la brecha digital, lo que además fue demostrado empíricamente en el caso de Ceibal (indicadores de uso de las computadoras del 10%), la entrega masiva de dispositivos a todos los niños en edad escolar, sí se transforma en una

condición necesaria, aunque la misma no sea suficiente. Al respecto, desde el sitio web de la Fundación OLPC se hace hincapié a este tema, entendiendo que para tener éxito en la implementación del programa se deberán considerar los siguientes aspectos:

- Componente tecnológico.
- Desarrollo profesional de los profesores.
- Certificaciones profesionales.
- Consultoría.
- Monitoreo de los procesos de aprendizaje.
- Logística y entrega.
- Estrategias personalizadas.
- Entrenamiento del equipo principal.
- Laptops y certificaciones.
- Aplicaciones educativas personalizadas.
- Otros.

La importancia de entender el programa como un paso que va mucho más allá de la entrega de una computadora por niño queda en evidencia con la definición que los creadores hacen de cómo el mismo colabora con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), en particular con el 4, “Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos”<sup>8</sup>.

Folgar (comunicación personal, 11 de mayo de 2023) entiende que OLPC no cumplió ciertamente con su objetivo inicial, en especial el poder entregar computadoras a gran escala al precio inicialmente planificado. Por otro lado, puede decirse que el número de computadoras fue menor al calculado por Negroponte, en particular porque grandes países como Nigeria y Brasil no implementaron el plan. Además de Uruguay, OLPC tuvo cierto éxito en Perú y en menor medida en México. Debido a las dificultades para cumplir sus objetivos centrales, OLPC llegó a implementar un programa donde comprando una computadora en Estados Unidos se

<sup>6</sup> KRAEMER, Kenneth; DEDRICK, Jason; SHARMA, Prakul. One laptop per child: vision vs. reality, 2009. *Communications of the ACM*, v. 52, n. 6. DOI:10.1145/1516046.1516063. Acceso en: 20 abr. 2023.

<sup>7</sup> OLPC. *About OLPC, Where it all began*. 2023. Disponible en: <https://laptop.org/aboutolpc/>. Acceso en: 08 abr. 2023.

<sup>8</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. 2023. Disponible en: [https://www.undp.org/sustainable-development-goals/no-poverty?gclid=CjwKCAjwg-GjBhBnEiwAMUvNW8lLnYuGD2aE9lBb-wd58CmprE-H63o59s8xMQNyNFz4XKHN71XWJcxoCGdwQAvD\\_BwE](https://www.undp.org/sustainable-development-goals/no-poverty?gclid=CjwKCAjwg-GjBhBnEiwAMUvNW8lLnYuGD2aE9lBb-wd58CmprE-H63o59s8xMQNyNFz4XKHN71XWJcxoCGdwQAvD_BwE). Acceso en: 23 abr. 2023.

enviaba una a un país en desarrollo, el que tuvo un éxito moderado.

Más allá de estas dificultades, sí debe reconocerse el impacto que tuvo OLPC en la industria tecnológica, donde los otros grandes actores, los que incluso criticaron la iniciativa de Negroponte desde su lanzamiento, comenzaron a competir con computadoras de características similares a bajo costo, lo que también se trató de un efecto que parece no haber sido dimensionado adecuadamente. Al respecto de los nuevos actores, actualmente existen diversos proveedores de esta tecnología, la que naturalmente difiere sustancialmente en cuanto a las computadoras inicialmente diseñadas por el MIT (la XO), incluso, y es el caso de Uruguay, que en algunos años ha entregado tabletas en lugar de pequeñas computadoras.

## 2.2 Los procesos de aprendizaje

La bibliografía sobre el impacto de la implementación de OLPC en los procesos de aprendizaje es amplia, si bien no existe un consenso en que los efectos hayan sido positivos en los procesos de aprendizaje. Previo al lanzamiento del programa, sí existía evidencia sobre la relación favorable entre el uso de computadoras y el aprendizaje, en particular en lo que refiere al ajuste de los contenidos de acuerdo con la demanda de cada estudiante<sup>9,10</sup>.

Más recientemente se arrojan resultados similares en Fullan y Longworthy<sup>11</sup>, donde se argumenta que la interacción generada por las computadoras tiene incidencia en la motivación del alumno y por tanto en su proceso de aprendizaje autodirigido. Por otro lado, otros autores plantean que es necesaria una mayor instrucción fuera del aula para amplificar el éxito en el uso de la tecnología<sup>12</sup>. También se demostró que existen tiempos impro-

ductivos crecientes en el uso de las computadoras de parte de los usuarios<sup>13</sup>.

En lo que refiere al impacto en las diversas áreas de aprendizaje, allí los resultados son otra vez poco concluyentes. Por ejemplo, respecto al uso de las computadoras en lengua y matemáticas, se han evidenciado resultados positivos en la utilización de un *software* específico en matemáticas, si bien se aclara que los efectos son de corta duración<sup>14</sup>. Otros autores encuentran resultados positivos en matemáticas, pero no en lengua<sup>15</sup>.

Entre los estudios realizados, hay que destacar algunos en Perú y otros en Uruguay que no arrojan resultados definitivos en lo que refiere al impacto positivo en la enseñanza, además de que el mismo es dispar dependiendo el área de estudio. En el caso de Perú, los resultados de Santiago, et. al<sup>16</sup>, muestran pocas diferencias entre los niños que han recibido computadoras y aquellos que no las recibieron.

En el caso uruguayo los estudios evidencian que el programa Ceibal no tuvo impactos en la puntuación alcanzada en lectura y matemática. Los autores se preguntan sobre la interacción entre las computadoras y los maestros, las dificultades técnicas que aún existen en términos de infraestructura, como por ejemplo en el acceso a internet, el rol del maestro y si realmente la implementación del programa modificó el proceso de enseñanza – aprendizaje. De todas formas, cabe aclarar que el estudio especifica que más allá de no encontrar mejoras en las habilidades de lectura y matemáticas, eso no implica que existan avances en otras habilidades cognitivas<sup>17</sup>.

tion. *American Economic Journal: Economic Policy*, v. 1, n. 1, p. 52-74, 2009.

<sup>13</sup> BELO, Rodrigo; FERREIRA, Pedro; TELANG, Rahul. Broadband in School: Impact in Student Performance. *Management Science*, v. 60, n. 2, p. 265-282, 2013.

<sup>14</sup> BANERJEE, Abhijit; COLE, Shawn; DUFLO, Esther; LINDEN, Leigh. Remedying Education: Evidence from Two Randomized Experiments in India. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 122, n. 3, p. 1235-1264, 2007.

<sup>15</sup> CARRILLO, Paul; ONOFA, Mercedes; PONCE, Juan. Information Technology and Student Achievement: Evidence from a Randomized Experiment in Ecuador. *Serie de documentos de trabajo del Banco Interamericano de Desarrollo*, Washington D. C., n. 223, 2010

<sup>16</sup> SANTIAGO, Ana et al. Evaluación experimental del Programa “Una laptop por niño” en Perú. *Aportes*, n. 5, 2010. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/viewer/Evaluaci%C3%B3n-Experimental-del-Programa-Una-Laptop-por-Ni%C3%B1o-en-Per%C3%BA.pdf>. Acceso en: 02 mayo 2023.

<sup>17</sup> MELO, Gioia de; MACHADO, Alina; MIRANDA, Alfonso. El impacto en el aprendizaje del programa Una Laptop por Niño. La

<sup>9</sup> HORNBECK, David. Technology and Students at Risk of School Failure. In: SHEEKEY, Arthur D. (ed.). *Education Policy and Telecommunications Technologies*. Washington D. C.: Departamento de Educación de los Estados Unidos, 1991.

<sup>10</sup> KOEDINGER, Kenneth; ANDERSON, John; HADLEY, William. Intelligent Tutoring Goes to School in the Big City. *International Journal of Artificial Intelligence in Education*, v. 8, p. 30-43, 1997. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/2834538\\_Intelligent\\_Tutoring\\_Goes\\_To\\_School\\_in\\_the\\_Big\\_City](https://www.researchgate.net/publication/2834538_Intelligent_Tutoring_Goes_To_School_in_the_Big_City). Acceso en: 30 abr. 2023.

<sup>11</sup> FULLAN, Michael; LANGWORTHY, María. *Towards a New End: New Pedagogies for Deep Learning*. 2013.

<sup>12</sup> BARROW, Lisa; MARKMAN, Lisa; ROUSE, Cecilia. Technology's Edge: The Educational benefits of Computer Aided Instruc-

Otros estudios sobre el caso de Brasil y Uruguay coinciden en la importancia de superar los problemas técnicos y de infraestructura relacionadas con las *laptops*, como es el caso del acceso a internet donde las empresas de telefonía deben jugar un rol determinado, especialmente si son empresas públicas, como lo es en el caso de Uruguay. De acuerdo con las entrevistas realizadas, Adriana Aristimuño y Leandro Folgar consideran que fue preponderante para superar las debilidades que enfrentaba el entorno en términos de conectividad en las escuelas, especialmente en las rurales, donde fue necesario instalar antenas de uso casi exclusivo de una única escuela que podría tener un número bajo de estudiantes. Se calcula que la empresa del Estado invirtió millones de dólares asociados a la operativa del plan, las que tienen que ver con las conexiones externas y no internas, tareas que fue tomando Ceibal dentro de su plan de controlar el acceso y la calidad de internet de todas las escuelas del país, función que lo ha transformado en la mayor empresa de la región que realiza esa tarea de forma simultánea para miles de escuelas en Uruguay (Folgar, comunicación personal, 11 de mayo de 2023).

Estos aspectos de carácter técnico siguen centrados en las máquinas y en que las mismas otorguen al estudiante las prestaciones mínimas para operar y dar comienzo al primer efecto de acortar la brecha digital, la que no debe limitarse al niño, dado que también es relevante en las familias, si se tiene en cuenta que en muchos casos no se cuenta con otra computadora en el hogar. Por tanto, el ecosistema tecnológico es muy desafiante, por el propio funcionamiento de las máquinas, su mantenimiento y reparación a tiempo, la logística de compra, las definiciones respecto a los proveedores internacionales y las garantías para obtener repuestos en tiempo y forma.

Al respecto de dichos puntos, Uruguay cuenta con una estrategia definida, ya sea en lo que refiere a la herramienta propiamente dicha (gestión de las computadoras), como también en aquellos aspectos vinculados con el uso de las computadoras por parte de los profesores, los contenidos de los programas educativos, los programas instalados en las máquinas, la formación docente propia para el Ceibal, pero también la formación tecnológica que reciben los profesores en su proceso

formativo general (Folgar, comunicación personal, 11 de mayo de 2023).

Los estudios indican que, de no atender a las ya mencionadas dificultades técnicas, se estaría afectando la utilización real de la herramienta, ya sea en las propuestas pedagógicas como en las desigualdades en lo que refiere al acceso a las tecnologías<sup>18</sup>. A su vez, las conclusiones repiten la importancia otorgada por De Melo et. al.<sup>19</sup> a la formación de los maestros, así como la capacidad de adaptación de cada escuela para adecuar sus propias condiciones y lograr el mejor uso de las computadoras.

Los resultados de este último estudio coinciden con la posición de la Fundación OLPC, la que como fue señalado anteriormente, entienden al programa con mayor amplitud que la entrega de una computadora, especificando que la misma debe estar acompañada por un ecosistema que haga posible la consecución de los objetivos.

En ese sentido, el caso de Uruguay con Ceibal parece ser emblemático, ya que comenzó con entregas masivas de computadoras y otros dispositivos, con la premisa de que solo el hecho de entregar una computadora a cada niño en edad escolar, generaría un impacto en la brecha digital (cabe recordar que cuando se lanza el programa OLPC aún no se había dado la explosión de las redes sociales ni otros desarrollos tecnológicos que están hoy disponibles en el mercado como los teléfonos inteligentes), lo que si bien ocurrió de cierta forma, no fue al menos en los primeros años medido adecuadamente. Posteriormente, el Plan Ceibal sí comenzó a avanzar en ese sentido, confirmando que las computadoras estaban siendo utilizadas de forma poco frecuente por los alumnos y menos aún por los profesores, los que en casi todos los países donde avanzó el OLPC se mostraron reticentes frente al proyecto.

evidencia de Uruguay. *El trimestre económico*, v. 84, n. 334, p. 383-409, 2017. DOI: <https://doi.org/10.20430/ete.v84i334.305>. Acceso en: 03 mayo 2023.

<sup>18</sup> SILVA, Verónica; LORENZI, Giovanni. Los programas Una computadora por niño en Brasil y Uruguay: estudio de casos. *Revista Actualidades Investigativas en Educación*, v. 13, n. 13, p. 1-32, 2013. Disponible en: <https://kerwa.ucr.ac.cr/handle/10669/17380>. Acceso en: 03 mayo 2023.

<sup>19</sup> MELO, Gioia de; MACHADO, Alina; MIRANDA, Alfonso. El impacto en el aprendizaje del programa Una Laptop por Niño. La evidencia de Uruguay. *El trimestre económico*, v. 84, n. 334, p. 383-409, 2017. DOI: <https://doi.org/10.20430/ete.v84i334.305>. Acceso en: 03 mayo 2023.

## 3 Plan CEIBAL

### 3.1 Antecedentes y creación

El Plan Ceibal surge en Uruguay como una política pública a partir de la experiencia del programa OLPC, no obstante, como se mencionó anteriormente, Uruguay no contaba con las características de país de menor desarrollo a los cuales apuntaba la iniciativa. Más allá del importante paso dado a través de la implementación del Plan Ceibal, Uruguay venía desarrollando políticas relacionadas a las TICs desde la década de los años 90, con un fuerte impulso a partir de los 2000, propiciando condiciones para incorporar al país a la Sociedad de la Informática y el Conocimiento (SIC), así como también políticas que apuntaban a la incorporación de las TICs en el sistema educativo uruguayo<sup>20</sup>.

En el año 2000 como primera iniciativa se crea el Comité Nacional para la Sociedad de la Información, dependiente de la Presidencia de la República, que funcionó hasta el año 2003<sup>21</sup>. Asimismo, con el objetivo de dar un marco institucional al enfoque hacia la innovación, en el año 2006 se crean la Agencia para el Gobierno de Gestión Electrónica y Sociedad de la Información y el Conocimiento (AGESIC) y la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII).

La AGESIC, junto a otros organismos del Estado<sup>22</sup> como el Ministerio de Educación y Cultura (MEC) e incluso Ceibal, participan de la elaboración de la Agenda Digital del país, en la cual las tecnologías vinculadas a la educación se encuentran en un lugar importante dentro de sus cometidos. En la Agenda Digital 2025 se

apunta a la educación en varias de sus metas, por ejemplo, en el Objetivo I, denominado Ciudadanía digital, se enfoca en la incorporación de “la enseñanza de competencias y habilidades digitales en la educación formal a través de su consideración en todos los ciclos educativos y con énfasis en los centros con vulnerabilidad social y educativa”<sup>23</sup>. Asimismo, dentro del Objetivo II, Integración a la comunidad, se menciona la necesidad de “implementar modalidades pedagógicas combinadas en todos los ciclos de la educación formal, que, con la mediación de la tecnología, aseguren aprendizajes de calidad y contribuyan a la integración de los centros, las familias, y la comunidad”<sup>24</sup>.

De la misma manera, con la meta de incorporar las TICs a la educación, Uruguay comenzó en la década de los 90 a implementar distintas iniciativas, y, no obstante, no todas tuvieron éxito o continuidad, fueron esfuerzos en pro de incorporar y mejorar la informática educativa, proveer de salas de informática a los centros educativos y fomentar el uso de estos recursos por parte de los docentes<sup>25</sup>. La mayor parte de estas iniciativas y proyectos era liderada por la ANEP.

Según lo ha comentado en numerosas entrevistas Miguel Brechner, expresidente de Ceibal y en aquel entonces presidente del Laboratorio Tecnológico del Uruguay (LATU), el presidente Tabaré Vázquez le concedió 15 minutos de reunión, en los cuales logró presentarle la idea y convencerlo de la importancia e implicancias que podría tener para el país. Si bien el proyecto es lanzado en 2006, el Plan Ceibal se crea a partir del Decreto 144/007 del año 2007 aprobado por el presidente Vázquez. El objetivo principal establecido en el decreto apunta a proporcionar un ordenador a cada niño en edad escolar, así como también a los maestros de escuelas públicas del país, además de otorgar capacitación a los docentes y crear propuestas educativas en línea con dichas herramientas<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> JARA, Ignacio. *Revisión comparativa de iniciativas nacionales de aprendizaje móvil en América Latina: El caso del Plan Ceibal de Uruguay*. UNESCO, 2016. Disponible en: <https://siteal.iiep.unesco.org/investigacion/1720/revision-comparativa-iniciativas-nacionales-aprendizaje-movil-america-latina-caso>. Acceso en: 07 mayo 2023.

<sup>21</sup> HINOSTROZA, Enrique; JARA, Ignacio; BRUN, Mario. Uruguay Case Study. In: KOZMA, R. (ed.), *Transforming Education: The Power of ICT Policies*. 2010. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000211842>. Acceso en: 10 mayo 2023.

<sup>22</sup> Organismos responsables de la elaboración de la Agenda Digital Uruguay 2025: Administración Nacional de Educación Pública, Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento, y organismos, Banco de Previsión Social, Ministerio de Desarrollo Social, Ministerio de Educación y Cultura, Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, Ministerio de Industria, Energía y Minería, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Salud Pública, Ministerio del Interior, Plan Ceibal, Universidades.

<sup>23</sup> AGESIC. *Agenda Uruguay Digital 2025*. AGESIC, 2020. Disponible en: <https://www.gub.uy/uruguay-digital/comunicacion/publicaciones/agenda-uruguay-digital-2025>. Acceso en: 15 mayo 2023.

<sup>24</sup> AGESIC. *Agenda Uruguay Digital 2025*. AGESIC, 2020. Disponible en: <https://www.gub.uy/uruguay-digital/comunicacion/publicaciones/agenda-uruguay-digital-2025>. Acceso en: 15 mayo 2023.

<sup>25</sup> JARA, Ignacio. *Revisión comparativa de iniciativas nacionales de aprendizaje móvil en América Latina: El caso del Plan Ceibal de Uruguay*. UNESCO. Disponible en: <https://siteal.iiep.unesco.org/investigacion/1720/revision-comparativa-iniciativas-nacionales-aprendizaje-movil-america-latina-caso>. Acceso en: 07 mayo 2023.

<sup>26</sup> IMPO. *Decreto 144/007*. Creación del Proyecto Ceibal “Proyecto de Conectividad Educativa de Informática Básica para el Aprendi-

En el discurso de lanzamiento del proyecto Tabaré Vázquez señaló:

Los principios estratégicos que encierra este proyecto es la equidad, igualdad de oportunidades para todos los niños y todos los jóvenes, democratización del conocimiento, también de la disponibilidad de útiles para aprender y de un aprendizaje, no solo en lo que respecta a la educación que se les da en la Escuela sino aprender el mismo, a utilizar una tecnología moderna<sup>27</sup>.

Es así como el proyecto fue presentado destacando su papel central en la inclusión social, apuntando a la universalización de los conocimientos y acceso a la TICs, lo que contribuiría a disminuir la brecha digital y posibilitar un mayor y mejor acceso a la información de contenidos educativos, pedagógicos, culturales y sociales por parte de la población a través de los dispositivos entregados<sup>28</sup>.

Con el apoyo presidencial, la iniciativa comienza a implementarse ese mismo año a partir de la entrega de los primeros dispositivos a alumnos escolares y docentes, asimismo, se comienza a brindar conectividad a los centros educativos. La primera fase comienza con la entrega de dispositivos en la Escuela N° 24 de Cardal, en el Departamento de Florida, otorgando las primeras computadoras donadas por OLPC a niños y maestros, además de brindar conectividad al centro educativo y zonas cercanas. Ese mismo año se continuó con la adjudicación de dispositivos en todo Florida y al año siguiente, en 2008, al resto de los departamentos del país. El cronograma de entrega se culminó en 2010, finalizando en Montevideo. Además de las escuelas públicas, el proyecto preveía que los niños que concurrían a instituciones educativas privadas también pudieran tener acceso a los dispositivos adquiriéndolos a precio de costo.

El objetivo principal en esta primera instancia apuntaba a promover la equidad y el acceso universal a las tecnologías. Si bien al principio tuvo algunos cuestionamientos, principalmente desde las Asambleas Técnicas Docentes,

luego se fueron diluyendo y cada vez más los docentes fueron incorporando las herramientas que brindaban los dispositivos<sup>29</sup>. En esta primera instancia, la gestión del proyecto fue encomendada al LATU, lo que permitió realizar directamente la adquisición de los dispositivos.

### 3.2 Evolución del proyecto

Con el proyecto ya en curso, y luego de la primera fase centrada en la distribución de dispositivos y conectividad, a partir del año 2010 comienza a implementarse la segunda etapa, caracterizada por el acceso a plataformas, así como también al desarrollo profesional de los docentes, por ejemplo, a través de capacitación e incorporación de programas educativos basados en las tecnologías. Asimismo, se comienza a incorporar la educación media, otorgando *laptops* a profesores y estudiantes de este nivel educativo. Además, se abordaron desafíos técnicos como la mejora de la conectividad y fallas y roturas de los dispositivos, entre otros. Por otro lado, se identificó el problema que, si bien la dotación de *laptops* era amplia, el uso por parte de los maestros no era tan extendido en las aulas, lo que derivó en iniciativas para enfatizar la dimensión educativa y formación, además del acompañamiento y creación de nuevas plataformas de apoyo a diversas áreas de la enseñanza como por ejemplo matemáticas e inglés.

La siguiente fase, que comienza a desarrollarse tres años después, se enfoca principalmente en el aprendizaje profundo, apuntando a la aplicación de metodologías orientadas a cada alumno. Además, la extensión del aprendizaje y la enseñanza fuera del aula, así como también una clara orientación hacia la pedagogía. Desde el año 2020 está en vigor la cuarta fase del plan, centrada en un enfoque sistémico, apuntando al aprendizaje híbrido y promoviendo el diseño de buenas prácticas docentes a través del perfeccionamiento en pedagogía y uso de tecnologías<sup>30</sup>.

Es así como el proyecto, en un primer momento basado en el modelo 1x1, ha ido evolucionando, hasta lle-

zaje en Línea". 2007.

<sup>27</sup> VÁZQUEZ, Tabaré. *Palabras del Presidente de la República, Tabaré Vázquez en el lanzamiento de equidad para el acceso a la información digital*. 2006. Disponible en: [http://archivo.presidencia.gub.uy/\\_web/noticias/2006/12/2006121402.htm](http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/noticias/2006/12/2006121402.htm). Acceso en: 15 mayo 2023.

<sup>28</sup> RIVOIR, Ana Laura; LAMSCHTEIN, Susana. *Cinco años del plan Ceibal: Algo más que una computadora para cada niño*. UNICEF, 2012. Disponible en: [https://digital.fundacionceibal.edu.uy/jspui/bitstream/123456789/138/1/Cinco%20años%20del%20Plan%20Ceibal%20Algo%20más%20que%20una%20computadora%20%20para%20cada%20niños\\_Rivoir\\_2012.pdf](https://digital.fundacionceibal.edu.uy/jspui/bitstream/123456789/138/1/Cinco%20años%20del%20Plan%20Ceibal%20Algo%20más%20que%20una%20computadora%20%20para%20cada%20niños_Rivoir_2012.pdf). Acceso en: 18 mayo 2023.

<sup>29</sup> RIVERA VARGAS, Pablo; COBO ROMANÍ, Cristóbal. Plan Ceibal en Uruguay: una política pública que conecta inclusión e innovación. In: *Políticas Públicas para la Equidad Social*. Santiago de Chile: Colección Políticas Públicas, Universidad de Santiago de Chile, 2018. DOI: <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.34994.50886/1>. Acceso en: 18 mayo 2023.

<sup>30</sup> CEIBAL. *Aprendiendo del Futuro*. Ceibal, 2022. Disponible en: <https://bibliotecapais.ceibal.edu.uy/info/aprendiendo-del-futuro-00021486>. Acceso en: 20 mayo 2023.

gar a ser Ceibal en la actualidad un centro de innovación educativa. Dentro de las distintas experiencias centradas en OLPC, Ceibal ha sido la primera ejecutada a nivel nacional, generando impactos en diversas áreas, no solo en la educación sino también en acercar la tecnología a los hogares y las familias de los niños, contribuyendo así a la reducción de la brecha digital en el país. Como lo expresa su actual misión institucional, Ceibal apunta a integrar las tecnologías a la innovación con el fin de promover procesos de innovación, inclusión y crecimiento personal<sup>31</sup>.

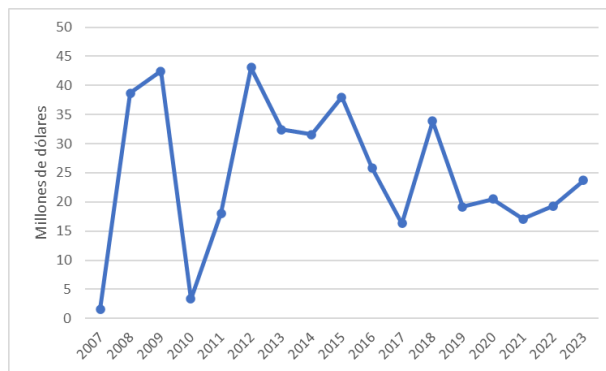
Según datos de Ceibal<sup>32</sup>, entre 2007 y diciembre de 2022 se entregaron 2.769.165 *laptops* y *tablets*, 642.553 dispositivos fueron actualizados, alcanzando a la totalidad de estudiantes y docentes de Educación Primaria y Educación Media Básica al 31 de diciembre de 2022. Según los datos que presenta la institución, se contabilizan 24.155 *laptops* en modalidad biblioteca para apoyo de docentes y estudiantes al 31 de diciembre de 2022.

Con relación a la conectividad, a diciembre de 2022, 2.993 centros educativos poseen red *wifi*, lo que representa el 100% de las instituciones educativas del país. Además, el 99,9% de la matrícula, lo que significa 777.000 personas usuarias, que acceden a internet con banda ancha a diciembre de 2022, 1.549 centros educativos cuentan con equipamiento de videoconferencia (89 de ellos con dos salas) y 120 salas de videoconferencia para Teaching Points en cinco países a diciembre de 2022. Adicionalmente, 130 locales educativos y 8.000 personas usuarias acceden a la red de videoconferencia vía red móvil a diciembre de 2022<sup>33</sup>.

Con relación a los dispositivos XO, como se mencionó anteriormente, los primeros entregados fueron donados por OLPC. La primera adquisición fue de 100.000 ordenadores portátiles, siendo la primera licitación internacional otorgada al modelo XO del MIT. En una primera instancia los dispositivos comienzan a importarse a través del LATU, pero a partir de 2010 las adquisiciones las realiza directamente el Centro Ceibal. Según datos obtenidos de Trade Map, como se muestra en el gráfico 1, de las compras de la partida 8471 del Sistema Armonizado, realizadas por el Centro Ceibal, correspondiente a los ordenadores portátiles, el año 2012

fue el que registró una mayor importación de dichos bienes según su valor, totalizando US\$ 43,1 millones. Cabe destacar que en los primeros cinco meses de 2023 ya se registraron importaciones de dispositivos por parte del Centro Ceibal, de un valor superior a las registradas en todo el año 2022. De los datos surge que el 99% de las adquisiciones de ordenadores portátiles por parte de Ceibal es procedente de China.

**Gráfico 1** - Evolución de las importaciones de computadoras del Centro Ceibal



**Fuente:** elaboración propia a partir de SmartDATA.

Cabe señalar que, para la adquisición anual de dispositivos, como lo explicó Folgar (comunicación personal, 11 de mayo de 2023), en marzo de cada año se comienzan a entregar los ordenadores a los estudiantes, una vez se finaliza este proceso se comienza a estimar la demanda del año siguiente, en base a los estudiantes que no tienen dispositivos, ya sea porque recién ingresan en el sistema o porque se les va a cambiar el mismo, lo cual se realiza aproximadamente cada tres años. El presidente de Ceibal explicó que se estima que entran a la educación primaria 40 mil niños anualmente, a los que se suman otros 40 mil aproximadamente a los que se les va a cambiar el dispositivo en el tercer año escolar, a lo cual se adiciona los de bachillerato, a quienes antes no se les entregaba. Estas estimaciones rondan los 120 mil dispositivos por año aproximadamente. Además, se estima un porcentaje adicional de ordenadores que son desarmados para utilizar las piezas que luego servirán para la reparación de otros. Generalmente, en el mes de octubre se abre la licitación internacional para los proveedores interesados.

Como se mencionó anteriormente, el foco principal de Ceibal es la inclusión digital, comprendiendo tanto una forma para posibilitar el acceso a la educación y la cultura, como también para disminuir la brecha digital en Uru-

<sup>31</sup> CEIBAL. *Qué es Ceibal*. Ceibal, 2023a. Disponible en: <https://ceibal.edu.uy/institucional/que-es-ceibal/>. Acceso en: 20 mayo 2023.

<sup>32</sup> CEIBAL. *Ceibal en Cifras*. Ceibal, 2023b. Disponible en: <https://ceibal.edu.uy/datos/ceibal-en-cifras/>. Acceso en: 21 mayo 2023.

<sup>33</sup> CEIBAL. *Ceibal en Cifras*. Ceibal, 2023b. Disponible en: <https://ceibal.edu.uy/datos/ceibal-en-cifras/>. Acceso en: 20 mayo 2023.



guay<sup>34</sup>. En tal sentido y a raíz de la constante evaluación de las dificultades y debilidades que se iban encontrando en el camino, el proyecto ha ido evolucionando hasta transformarse en un centro de innovación educativa. Asimismo, ha ido adaptando su ecosistema para seguir creciendo y contribuyendo a su cometido principal. En 2015 se crea la Fundación Ceibal con el objetivo de “desarrollar proyectos de investigación, innovación y divulgación sobre tecnología y aprendizaje, en colaboración con la comunidad educativa y académica nacional e internacional”<sup>35</sup>. Para cumplir con su fin, se vincula directamente con espacios e instituciones internacionales de intercambio en temas vinculados a educación, innovación y tecnologías, promoviendo la investigación en dichos ámbitos.

Otro salto importante en la evolución de Ceibal fue la incorporación a la Red Global de Aprendizajes, una iniciativa de colaboración internacional motivada por el interés en la búsqueda de nuevas pedagogías a través de acciones conjuntas y promoción de la investigación. Uruguay participa de la iniciativa a través de la ANEP y Ceibal, junto con: Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Inglaterra, Escocia, Finlandia, Hong Kong, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Países Bajos, Taiwán, Estados Unidos y Vietnam.

Asimismo, se produce un cambio institucional en cuanto a la dependencia de Ceibal, pasando de estar en la órbita de Presidencia de la República a la del MEC. Por otro lado, de acuerdo con lo informado por Aristimuño se destaca el rol significativo dado a Ceibal en la reforma educativa en curso en Uruguay con relación a los procesos de aprendizaje. Estos hechos confirman la transformación de Ceibal en los últimos años.

## 4 Contribución a la brecha digital y la educación del Plan Ceibal

En la actualidad Uruguay posee los mejores indicadores de conectividad de América Latina. Al respecto, se posicionó en el año 2020 como número uno en la región

<sup>34</sup> JARA, Ignacio. *Revisión comparativa de iniciativas nacionales de aprendizaje móvil en América Latina: El caso del Plan Ceibal de Uruguay*. UNESCO, 2016. Disponible en: <https://siteal.iiep.unesco.org/investigacion/1720/revision-comparativa-iniciativas-nacionales-aprendizaje-movil-america-latina-caso>. Acceso en: 07 abr. 2023.

<sup>35</sup> FUNDACIÓN CEIBAL. *Acerca de Fundación Ceibal*. Ceibal, 2023. Disponible en: <https://fundacionceibal.edu.uy/acerca-de/>. Acceso en: 25 mayo 2023.

en penetración de internet, adopción de TICs, cantidad de hogares y empresas conectados por fibra óptica<sup>36</sup>. Según datos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), organismo especializado de las Naciones Unidas para las TIC que mide el desarrollo digital de los países, en el año 2022, el 95% de la población de Uruguay estaba cubierta por una red móvil, el 95% contaba con al menos una red móvil 3G y el 94% por una red 4G<sup>37</sup>. Asimismo, los datos del organismo de Naciones Unidas señalan que en 2022 el 91% de los hogares uruguayos contaban con acceso a internet y el 60% poseían un computador en el hogar, mientras que en relación al uso, el 90% de la población utilizó internet<sup>38</sup>.

Cabe señalar que la política hacia la digitalización de Uruguay abarca diversas áreas del Estado más allá de la educación. Esto se ve reflejado en el Índice de Gobierno Digital de Naciones Unidas, donde Uruguay ocupó el puesto 35 de 193 países, posicionándose tercero en las Américas, solo por debajo de Estados Unidos y Canadá<sup>39</sup>. Se trata de un resultado en línea con otros esfuerzos realizados por el Estado y especialmente si se tiene en cuenta que el subíndice de mayor crecimiento fue el de la dimensión capital humano. Asimismo, según el Speedtest Global Index, en julio de 2023, Uruguay se ubicó en el cuarto puesto de 143 países respecto a la velocidad de internet móvil y en el puesto 121 de 183 Estados con relación a la velocidad de internet fijo<sup>40</sup>.

Estos datos se refuerzan con los resultados del Digital Development Compass, que evalúa la preparación digital de cada país a través de cinco etapas de desarrollo digital. Los resultados arrojan que Uruguay se encuentra en la cuarta etapa, contando con claras fortalezas en la trans-

<sup>36</sup> URUGUAY XXI. *Uruguay, Hub de negocios e innovación*. 2021. Disponible en: <https://www.uruguayxxi.gub.uy/es/centro-informacion/articulo/presentacion-uruguay-hub-de-negocios-e-innovacion-1-latinoamerica/>. Acceso en: 06 abr. 2023.

<sup>37</sup> UNION INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. *Digital Development Dashboard*. 2023. Disponible en: [https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/DDD/ddd\\_URY.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/DDD/ddd_URY.pdf). Acceso en: 30 mayo 2023.

<sup>38</sup> UNION INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. *Digital Development Dashboard*. 2023. Disponible en: [https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/DDD/ddd\\_URY.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/DDD/ddd_URY.pdf). Acceso en: 30 mayo 2023.

<sup>39</sup> UNITED NATIONS. *E-Government Survey 2022: The Future of Digital Government*. UN, 2022. Disponible en: <https://desapublications.un.org/sites/default/files/publications/2022-09/Web%20version%20E-Government%202022.pdf>. Acceso en: 10 set. 2023.

<sup>40</sup> OOKLA. *Speedtest Global Index*. 2023. Disponible en: <https://www.speedtest.net/global-index/uruguay#mobile>. Acceso en: 30 mayo 2023.

formación digital y con elementos fundamentales establecidos, además de señalar en el pilar “personas”, que el país cuenta con un alto nivel de alfabetización digital <sup>41</sup>.

En el ámbito del Mercado Común del Sur (Mercosur), Uruguay es el país que se posiciona mejor, tanto en acceso a la conectividad como en uso de internet. Con relación al porcentaje de personas que utilizan internet, además de haber aumentado significativamente, Uruguay se posiciona en primer lugar con 90,1%, seguido por Argentina y posteriormente Brasil y Paraguay.

En tanto a la cantidad de suscripciones de banda ancha fija cada 100 habitantes la situación se repite, mostrando una diferencia significativa respecto a sus socios del bloque. Cabe señalar que de los Estados parte del Mercosur, Argentina ha sido el único que ha implementado un programa de OLPC a partir de 2011, pero solo en algunas provincias del país, entre ellas Buenos Aires. Asimismo, las inversiones públicas en el sector de TICs han acompañado los ritmos internacionales para ofrecer servicios de calidad mundial.

**Cuadro 1** – Porcentaje de personas que utilizan internet

	Año	
	2007	2021
Argentina	25,9	87,2
Brasil	30,9	80,7
Paraguay	11,2	77,0
Uruguay	34,0	90,1
Promedio Mercosur	25,5	83,7

**Fuente:** elaboración propia a partir de datos de International Telecommunication Union (ITU) y Banco Mundial.

**Cuadro 2** – Cantidad de suscripciones de banda ancha fija cada 100 habitantes

	Año	
	2007	2021
Argentina	6,5	23,2
Brasil	4,0	19,4
Paraguay	0,2	10,8
Uruguay	5,0	32,3
Promedio Mercosur	3,9	21,4

<sup>41</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Digital Development Compass: Uruguay*. 2022. Disponible en: <https://www.digitaldevelopmentcompass.org/country/URY>. Acceso en: 01 jun. 2023.

**Fuente:** elaboración propia a partir de datos de y Banco Mundial.

Es en este contexto que Uruguay generaliza el acceso a computadoras e internet desde la edad escolar, con el objetivo principal de acortar la brecha tecnológica, para luego introducir cambios al programa relacionados con la educación, lo que convierte el caso de este pequeño país de Sudamérica en una referencia a nivel mundial.

Según datos obtenidos del Observatorio Territorio Uruguay de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP), en Base a la Encuesta Continua de Hogares, en el año 2007, el 28,2% de los hogares en Uruguay contaba con una computadora o *laptop*, mientras que en 2019 ascendió a 68,2%. Con relación a la conectividad, en 2007 el 15,8% de los hogares contaba con conexión a internet, situación que mejoró profundamente dado que en 2019 el 69,3% contaba con conectividad. Si bien los datos mencionados corresponden a la disponibilidad de computadoras y acceso a internet en los hogares de todo el país más allá de Ceibal, los mismos indicarían que el proyecto favorece a las tendencias generales mostradas por Uruguay sobre la disminución de la brecha digital en el aspecto de acceso.

**Cuadro 3** – Hogares con computadoras o laptops y hogares con conexión a internet, por Departamento, en Uruguay

Departamento	Hogares con computadora o laptop (%)		Hogares con conexión a internet (%)	
	Año 2007	Año 2019	Año 2007	Año 2019
Montevideo	37,9	74,6	23,9	79,4
Artigas	11,3	61,3	5,2	53,0
Canelones	24,9	67,6	12,2	66,3
Cerro Largo	13,7	53,4	4,3	56,9
Colonia	25,3	65,2	13,1	62,0
Durazno	16,8	63,7	6,6	48,7
Flores	18,3	70,4	9,8	65,0
Florida	23,8	61,7	8,4	75,8
Lavalleja	15,8	63,7	6,4	71,3
Maldonado	25,7	63,0	14,4	70,1
Paysandú	22,7	69,0	10,7	55,5
Río Negro	18,4	63,5	9,5	61,2
Rivera	14,5	60,1	5,3	55,9
Rocha	19,5	56,0	10,5	54,0
Salto	22,3	64,3	10,2	57,0
San José	20,7	64,7	8,6	65,6
Soriano	19,9	63,7	10,2	75,3
Tacuarembó	16,3	60,0	6,2	46,9
Treinta y Tres	14,7	54,9	4,5	48,7
Total País	28,2	68,2	15,8	69,3

**Fuente:** elaboración propia a partir de datos del Observatorio Territorio Uruguay - OPP en base a INE (Encuesta Continua de Hogares). Base: Total hogares.

El Plan Ceibal ha sido una experiencia que ha favorecido en distintos aspectos a Uruguay, ha promovido la universalización de las TICs en la educación, ha fomentado la inclusión social, así como también la digital. A partir de su contribución se ha llegado a crear un ecosistema de cooperación entre distintas instituciones estatales que ha derivado en un sistema que, además de favorecer a la dis-

minución de la brecha digital, también apunta a la innovación pedagógica, según las entrevistas realizadas a Folgar y Aristimuño. Es claro que muchos desafíos en materia de educación y formación digitales dependen de la regulación estatal y la creación de un sistema para su desarrollo<sup>42</sup>.

Es claro que, en el caso de Uruguay, más allá de que en un principio no contaba con las características de los países a los cuales apuntaba el proyecto de OLPC, su implementación se vio facilitada por una serie de factores propios, más allá del inicial apoyo presidencial y de la ciudadanía en general. El tamaño del país, así como de su población, en ese momento de tres millones de habitantes, facilitaron la implantación del proyecto según el cronograma establecido inicialmente. Adicionalmente, la solidez institucional, el momento de crecimiento por el que pasaba la economía uruguaya y la importante participación de la empresa de telecomunicaciones ANTEL, son otros de los factores que favorecieron la implementación y éxito inicial<sup>43</sup>.

Folgar (comunicación personal, 11 de mayo de 2023) expresa que en Uruguay se dieron varios factores que contribuyeron al proyecto de Ceibal, entre ellos la estabilidad política y la convicción de que no se podían permitir fallar en una apuesta tan ambiciosa, factores que hicieron que Uruguay acertara la brecha digital en cuanto a que todos los estudiantes tenían un dispositivo y un digno acceso a internet en sus comicios. Asimismo, señaló la importancia de ANTEL, siendo que en 2023 se logró llegar al 100% de las escuelas conectadas con alta velocidad a internet, estando por arriba de cualquier país de la región y la mayoría de los países del mundo.

Se puede afirmar que la implementación y desarrollo del Plan Ceibal ha contribuido también a acortar la brecha digital en Uruguay. Según datos del Observatorio Territorio Uruguay – OPP, en 2007 el 14,9% de los hogares uruguayos contaban con al menos una computadora del Plan Ceibal, mientras que en 2019 ascendía a 24,3%, siendo Flores el departamento que tiene una participación mayor, de 37,7% sobre el total de hogares.

**Cuadro 4** – Hogares con al menos una computadora del Plan Ceibal (%), por departamento en Uruguay

Departamento	Hogares con al menos una computadora del Plan Ceibal (%)	
	Año 2007	Año 2019
Montevideo	6,6	17,6
Artigas	30,8	36,8
Canelones	13,3	24,7
Cerro Largo	24,4	29,6
Colonia	19,3	29,0
Durazno	23,4	31,1
Flores	19,9	37,7
Florida	26,7	29,5
Lavalleja	20,6	32,3
Maldonado	16,3	24,6
Paysandú	25,2	36,2
Río Negro	26,3	33,4
Rivera	27,5	33,8
Rocha	19,8	27,2
Salto	27,0	32,0
San José	23,2	27,2
Soriano	27,0	29,2
Tacuarembó	26,0	35,1
Treinta y Tres	25,4	28,0
Total País	14,9	24,3

**Fuente:** elaboración propia a partir de datos del Observatorio Territorio Uruguay - OPP en base a INE (Encuesta Continua de Hogares). Base: Total hogares.

Con relación a la brecha digital, Aristimuño (comunicación personal, 23 de abril de 2023) consideró que en Uruguay se ha reducido significativamente, se ha generalizado la conectividad, se ha dado más y mejor acceso, incluso en las escuelas rurales donde había mayores problemas, las que en la actualidad tienen prácticamente una conectividad total. La incorporación de las TICs a las aulas no es un fin en sí mismo, es importante la propuesta pedagógica que lleva a que su uso potencie el aprendizaje, los nuevos conocimientos, destrezas y competencias<sup>44</sup>, además la continua formación docente garantiza la sostenibilidad del proyecto. En el caso de Uruguay, existen buenas relaciones entre todo el ecosistema innovador vinculado a la educación, que ha contribuido al desarrollo del proyecto, por ejemplo, entre la ANEP, Ceibal, el Ministerio de Educación y Cultura y la ANII.

<sup>42</sup> SMART, Sebastián; MCMANUS, Alberto Coddou. Closing the gap between UNGPs and content regulation/moderation practices. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 2, p. 268-293, 2022. DOI: 10.5102/rdi.v19i2.8380. Acceso en: 04 set. 2023.

<sup>43</sup> VAILLANT, Denise. *Las políticas TIC en los sistemas educativos de América Latina*. Caso Uruguay. UNICEF, 2013. Disponible en: [https://graphos.com.uy/MARIA/VAILLANT/wp-content/uploads/2022/01/Políticas\\_TIC\\_en\\_los\\_sistemas\\_educativos\\_de\\_America\\_Latina\\_CASO\\_URUGUAY.pdf](https://graphos.com.uy/MARIA/VAILLANT/wp-content/uploads/2022/01/Políticas_TIC_en_los_sistemas_educativos_de_America_Latina_CASO_URUGUAY.pdf). Acceso en: 25 mayo 2023.

<sup>44</sup> VAILLANT, Denise. *Las políticas TIC en los sistemas educativos de América Latina*. Caso Uruguay. UNICEF, 2013. Disponible en: [https://graphos.com.uy/MARIA/VAILLANT/wp-content/uploads/2022/01/Políticas\\_TIC\\_en\\_los\\_sistemas\\_educativos\\_de\\_America\\_Latina\\_CASO\\_URUGUAY.pdf](https://graphos.com.uy/MARIA/VAILLANT/wp-content/uploads/2022/01/Políticas_TIC_en_los_sistemas_educativos_de_America_Latina_CASO_URUGUAY.pdf). Acceso en: 25 mayo 2023.

Con relación a los impactos generados por Ceibal en los procesos de aprendizaje, Adriana Aristimuño (comunicación personal, 27 de abril de 2023) comentó que, si bien es difícil establecer una relación causal, el proyecto en Uruguay ha sido sometido a evaluaciones tanto nacionales como internacionales, que han demostrado el aporte en cuanto a la reducción de la brecha digital desde lo social, aspecto en el que no hay dudas. Igualmente, señaló que existen otras certezas relacionadas al impacto, por ejemplo, en el pensamiento computacional, más allá de lo que podría ser en las áreas disciplinares más clásicas como lengua o matemática donde también hay investigaciones, algunas de ellas ya mencionadas.

Por otro lado, Leandro Folgar (comunicación personal, 11 de mayo de 2023) señaló que, en un inicio, la promesa era acortar la brecha digital, garantizar el acceso a las tecnologías a toda la población y que Uruguay lo logró. Sin embargo, el tipo de dispositivos entregados en un inicio y en la actualidad son distintos, teniendo otras prestaciones. OLPC prometía una equivalencia, haciendo hincapié que tenían otros sistemas operativos, pero finalmente no eran los mismos que los utilizados en otros dispositivos disponibles en el mercado, por lo cual, no estaban entregando ni el poder computacional, ni la experiencia de conectividad y de uso. A pesar de las problemáticas vinculadas al proyecto de OLPC, se considera que Negroponte logró un cometido muy importante que fue bajar los precios de los dispositivos a nivel internacional (Folgar, comunicación personal, 11 de mayo de 2023).

Folgar señaló que, no obstante, Uruguay logró acortar la brecha digital se descubrieron otras dos, es decir que la brecha digital no es una, sino que son tres: la brecha de acceso, la brecha de uso y la calidad de uso, lo que tiene relación con la actividad mediada, es decir, para qué uso el dispositivo, cómo lo uso y por qué, así como cuánto uso ese dispositivo a favor de mis objetivos de vida (comunicación personal, 11 de mayo de 2023).

Cabe señalar también, que la contribución del Plan Ceibal a la inclusión social y reducción de la brecha digital ha sido posible por las políticas de distintas administraciones que han ido más allá del gobierno del momento. Ceibal ha ido mudando su objetivo principal, de ser una agencia que repartía tecnología y dispositivos hasta enfocarse en pedagogía, transformándose en un centro

de innovación tecnológica aplicada a la educación. De esta manera se puede afirmar que Ceibal es mucho más que OLPC, esa fue la semilla que luego creció y se desarrolló. Con relación a la inversión en educación, en general lo que cuesta Ceibal al país, es muy económico para lo que entrega, ya que según estimaciones brindadas por Folgar (comunicación personal, 11 de mayo de 2023) Ceibal le cuesta unos 100 dólares por usuario al país por año, entregándole a esos usuarios 600 dólares de valor.

A raíz de la pandemia se dieron puntos de quiebre en muchos ámbitos, y el de la educación no quedó exento, en el caso de Uruguay se registraron cambios abruptos en el sistema, poniendo a la educación en el centro, y ya no solo a la brecha tecnológica que había sido el motivo inicial del Plan Ceibal. Aristimuño destacó que el gran salto virtuoso de Ceibal se dio justamente durante la pandemia, donde hubo una necesidad acuciante de utilizar lo digital, que en este caso era dado por Ceibal. Además de esa necesidad imperiosa, los docentes del sistema educativo asumieron que necesitaban de esa herramienta para mantener el vínculo y contacto constante con los estudiantes, situación que produjo un cambio profundo en la relación de los docentes y los alumnos con las herramientas digitales. Por otro lado, afirmó que en ese sentido Uruguay fue un país modelo en la pandemia.

Aristimuño, consideró que, además, la pandemia fue un punto de inflexión en el trabajo en conjunto entre las distintas instituciones, en el uso de las herramientas digitales, y que el impacto positivo en el sistema educativo uruguayo fue en gran magnitud. Sin embargo, sobre los resultados en áreas, como, por ejemplo, matemática o lengua, si bien se considera que sí ha habido efectos positivos, el problema es que falta investigación rigurosa al respecto, se necesita mayor evidencia para poder comprobar y cuantificar dichos resultados.

De cara al futuro, Ceibal tuvo un cambio de enfoque en el año 2020, pasando de ser una empresa de productos a una de servicios que ofrece experiencias de usuario en diferentes instancias para el aprendizaje, según comentó Folgar. Desde que comenzó el proyecto en 2007, Ceibal se ha transformado profundamente, yendo más allá de brindar acceso a las tecnologías digitales, considerando que los dispositivos son un medio y no un fin en sí mismo y como refiere su lema en la actualidad “aprendiendo del futuro”. En esta línea se orientan los

objetivos estratégicos que forman la propuesta de valor de Ceibal para el período 2021-2025:

- Asegurar el acceso a la tecnología al servicio de los aprendizajes.
- Innovar en infraestructura tecnológica, contenidos, experiencias y entornos digitales.
- Contribuir a la mejora continua de los procesos de enseñanza y aprendizaje.
- Desarrollar competencias para la ciudadanía digital<sup>45</sup>.

## 5 Conclusiones

Uruguay fue el primer país a nivel mundial en implementar el programa OLPC a gran escala, independientemente de que no se ubicaba en los niveles de desarrollo objetivo definidos por Negroponte, el que visualizaba a países africanos como Nigeria o Etiopía como algunos de los que tendrían mayor relevancia. La implementación de OLPC fue una decisión tomada por el presidente Tabaré Vázquez a pedido del director del LATU de su gobierno, quien conoció la propuesta de Negroponte y entendió que podría ser implementada en Uruguay.

Luego de tomada la definición política al más alto nivel, se definió la creación de Ceibal, inicialmente dependiente directamente de presidencia, pero en la actualidad es una institución que es parte del MEC, lo que evidencia la transformación que con los años vivió el Ceibal. En ese sentido, hay que destacar que las figuras clave tanto en la educación como en el Ceibal entrevistadas para este artículo confirman el cambio registrado en los últimos años en el concepto inicial de OLPC.

Inicialmente el llamado Plan Ceibal puso su foco en entregar una computadora a cada estudiante de la enseñanza pública, apostando a que ese solo hecho colaboraría con acortar la brecha digital en los sectores más desfavorecidos. Si bien tanto Aristimuño como Folgar coinciden en que ese objetivo inicial se alcanzó con éxito, y era una condición necesaria para el siguiente paso, también resaltaron que durante un buen tiempo

el aprovechamiento de las computadoras por parte de los niños y maestros no fueron los adecuados debido a dificultades técnicas (acceso a internet, reparación de las máquinas, sistemas operativos inicialmente utilizados por la XO, entre otros), además de la falta de formación en los maestros y en la incorporación de la tecnología en los programas de formación docente.

Fue a partir de la pandemia, que comenzó en el año 2019, que la utilización de las computadoras comenzó a jugar un rol central en la enseñanza, especialmente porque los maestros no tenían otras herramientas de comunicación con sus estudiantes, lo que debido a la importancia que le otorgó el actual gobierno a la continuidad de las clases en forma remota, potenció la utilización el uso de las computadoras de Ceibal y de sus herramientas en su máximo potencial hasta el momento.

Actualmente el CEIBAL se ha transformado en una agencia de innovación tecnológica directamente asociada a la educación, lo que es confirmado no solo por su reciente reforma institucional sino también por su rol en la reforma educativa en curso. Su alcance a nivel nacional y su desarrollo en los últimos años lo convierten en un caso de éxito en la implementación de OLPC en un país de un desarrollo económico más avanzado con relación al objetivo inicialmente planteado por Negroponte.

Más allá del demostrado vínculo que existe entre el Plan Ceibal y la educación en Uruguay, aún restan investigaciones rigurosas y más determinantes para confirmar el impacto en los resultados de aprendizaje.

## Referencias

- AGESIC. *Agenda Uruguay Digital 2025*. AGESIC, 2020. Disponible en: <https://www.gub.uy/uruguay-digital/comunicacion/publicaciones/agenda-uruguay-digital-2025>. Acceso en: 15 mayo 2023.
- BANERJEE, Abhijit; COLE, Shawn; DUFLO, Esther; LINDEN, Leigh. Remedying Education: Evidence from Two Randomized Experiments in India. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 122, n. 3, p. 1235-1264, 2007.
- BARROW, Lisa; MARKMAN, Lisa; ROUSE, Cecilia. Technology's Edge: The Educational benefits of Computer Aided Instruction. *American Economic Journal: Economic Policy*, v. 1, n. 1, p. 52-74, 2009.

<sup>45</sup> CENTRO CEIBAL. *Plan Estratégico 2021-2025*. Ceibal, 2021. Disponible en: <https://ceibal.edu.uy/wp-content/uploads/2023/02/plan-estrategico-Ceibal-digital.pdf>. Acceso en: 27 mayo 2023

- BELO, Rodrigo; FERREIRA, Pedro; TELANG, Rahul. Broadband in School: Impact in Student Performance. *Management Science*, v. 60, n. 2, p. 265-282, 2013.
- CARRASCO MEDINA, Janny. A propósito del carácter universal del acceso a la cultura en internet: un análisis desde el prisma internacional y la experiencia del ordenamiento jurídico cubano, 2020. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 343-356. DOI: 10.5102/rdi.v17i3.6723. Acceso en: 10 set. 2023.
- CARRILLO, Paul; ONOFA, Mercedes; PONCE, Juan. Information Technology and Student Achievement: Evidence from a Randomized Experiment in Ecuador. *Serie de documentos de trabajo del Banco Interamericano de Desarrollo*, Washington D. C., n. 223, 2010.
- CEIBAL. *Aprendiendo del Futuro*. Ceibal, 2022. Disponible en: <https://bibliotecapais.ceibal.edu.uy/info/aprendiendo-del-futuro-00021486>. Acceso en: 20 mayo 2023.
- CEIBAL. *Ceibal en Cifras*. Ceibal, 2023b. Disponible en: <https://ceibal.edu.uy/datos/ceibal-en-cifras/>. Acceso en: 21 mayo
- CEIBAL. *Qué es Ceibal*. Ceibal, 2023a. Disponible en: <https://ceibal.edu.uy/institucional/que-es-ceibal/>. Acceso en: 20 mayo 2023.
- CENTRO CEIBAL. *Plan Estratégico 2021-2025*. Ceibal, 2021. Disponible en: <https://ceibal.edu.uy/wp-content/uploads/2023/02/plan-estrategico-Ceibal-digital.pdf>. Acceso en: 27 mayo 2023
- FULLAN, Michael; LANGWORTHY, Maria. *Towards a New End: New Pedagogies for Deep Learning*. 2013.
- FUNDACIÓN CEIBAL. *Acerca de Fundación Ceibal*. Ceibal, 2023. Disponible en: <https://fundacionceibal.edu.uy/acerca-de/>. Acceso en: 25 mayo 2023.
- HINOSTROZA, Enrique; JARA, Ignacio; BRUN, Mario. Uruguay Case Study. In: KOZMA, R. (ed.), *Transforming Education: The Power of ICT Policies*. 2010. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000211842>. Acceso en: 10 mayo 2023.
- HORNBECK, David. Technology and Students at Risk of School Failure. In: SHEEKEY, Arthur D. (ed.). *Education Policy and Telecommunications Technologies*. Washington D. C.: Departamento de Educación de los Estados Unidos, 1991.
- IMPO. *Decreto 144/007*. Creación del Proyecto Ceibal “Proyecto de Conectividad Educativa de Informática Básica para el Aprendizaje en Línea”. 2007
- JARA, Ignacio. *Revisión comparativa de iniciativas nacionales de aprendizaje móvil en América Latina: El caso del Plan Ceibal de Uruguay*. UNESCO, 2016. Disponible en: <https://siteal.iiiep.unesco.org/investigacion/1720/revision-comparativa-iniciativas-nacionales-aprendizaje-movil-america-latina-caso>. Acceso en: 07 mayo 2023.
- KOEDINGER, Kenneth; ANDERSON, John; HADLEY, William. Intelligent Tutoring Goes to School in the Big City. *International Journal of Artificial Intelligence in Education*, v. 8, p. 30-43, 1997. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/2834538\\_Intelligent\\_Tutoring\\_Goes\\_To\\_School\\_in\\_the\\_Big\\_City](https://www.researchgate.net/publication/2834538_Intelligent_Tutoring_Goes_To_School_in_the_Big_City). Acceso en: 30 abr. 2023.
- KRAEMER, Kenneth; DEDRICK, Jason; SHARMA, Prakul. One laptop per child: vision vs. reality, 2009. *Communications of the ACM*, v. 52, n. 6. Disponible en: DOI:10.1145/1516046.1516063. Acceso en: 20 abr. 2023.
- MELO, Gioia de; MACHADO, Alina; MIRANDA, Alfonso. El impacto en el aprendizaje del programa Una Laptop por Niño. La evidencia de Uruguay. *El trimestre económico*, v. 84, n. 334, p. 383-409, 2017. DOI: <https://doi.org/10.20430/ete.v84i334.305>. Acceso en: 03 mayo 2023.
- OLPC. *About OLPC, Where it all began*. 2023. Disponible en: <https://laptop.org/aboutolpc/>. Acceso en: 08 abr. 2023.
- OOKLA. *Speedtest Global Index*. 2023. Disponible en: <https://www.speedtest.net/global-index/uruguay#mobile>. Acceso en: 30 mayo 2023.
- RIVERA VARGAS, Pablo; COBO ROMANÍ, Cristóbal. Plan Ceibal en Uruguay: una política pública que conecta inclusión e innovación. In: *Políticas Públicas para la Equidad Social*. Santiago de Chile: Colección Políticas Públicas, Universidad de Santiago de Chile, 2018. Disponible en: DOI: <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.34994.50886/1>. Acceso en: 18 mayo 2023.
- RIVOIR, Ana Laura; LAMSCHEIN, Susana. *Cinco años del plan Ceibal: Algo más que una computadora para cada niño*. UNICEF, 2012. Disponible en: <https://digital.fundacionceibal.edu.uy/jspui/bitstream/123456789/138/1/Cinco%20años%20del%20>

Plan%20Ceibal%20Algo%20más%20que%20una%20computadora%20%20para%20cada%20niños\_Rivovoir\_2012.pdf. Acceso en: 18 mayo 2023.

SANTIAGO, Ana *et al.* Evaluación experimental del Programa “Una laptop por niño” en Perú. *Aportes*, n. 5, 2010. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/viewer/Evaluaci%C3%B3n-Experimental-del-Programa-Una-Laptop-por-Ni%C3%B1o-en-Per%C3%BA>.pdf. Acceso en: 02 mayo 2023.

SILVA, Verónica; LORENZI, Giovanni. Los programas Una computadora por niño en Brasil y Uruguay: estudio de casos. *Revista Actualidades Investigativas en Educación*, v. 13, n. 13, p. 1-32, 2013. Disponible en: <https://kerwa.ucr.ac.cr/handle/10669/17380>. Acceso en: 03 mayo 2023.

SMART, Sebastian; MCMANUS, Alberto Coddou. Closing the gap between UNGPs and content regulation/moderation practices. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 2, p. 268-293, 2022. DOI: 10.5102/rdi.v19i2.8380. Acceso en: 04 set. 2023.

UNION INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. *Digital Development Dashboard*. 2023. Disponible en: [https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/DDD/ddd\\_URY.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/DDD/ddd_URY.pdf). Acceso en: 30 mayo 2023.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Digital Development Compass: Uruguay*. 2022. Disponible en: <https://www.digitaldevelopmentcompass.org/country/URY>. Acceso en: 01 jun. 2023.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. 2023. Disponible en: [https://www.undp.org/sustainable-development-goals/no-poverty?gclid=CjwKCAjwg-GjBhBnEiwAMUvNW8ILnYuGD2aE9IBb-wd58Cmp\\_rEH63o59s8xMQNyNFz4XKHN71XWJcxoCGdwQAvD\\_BwE](https://www.undp.org/sustainable-development-goals/no-poverty?gclid=CjwKCAjwg-GjBhBnEiwAMUvNW8ILnYuGD2aE9IBb-wd58Cmp_rEH63o59s8xMQNyNFz4XKHN71XWJcxoCGdwQAvD_BwE). Acceso en: 23 abr. 2023.

UNITED NATIONS. *E-Government Survey 2022: The Future of Digital Government*. UN, 2022. Disponible en: <https://desapublications.un.org/sites/default/files/publications/2022-09/Web%20version%20E-Government%202022.pdf>. Acceso en: 10 set. 2023.

URUGUAY XXI. *Uruguay, Hub de negocios e innovación*. 2021. Disponible en: <https://www.uruguayxxi.gub.uy/es/centro-informacion/articulo/presentacion-uruguay-hub-de-negocios-e-innovacion-1-latinoamerica/>. Acceso en: 06 abr. 2023.

uy/es/centro-informacion/articulo/presentacion-uruguay-hub-de-negocios-e-innovacion-1-latinoamerica/. Acceso en: 06 abr. 2023.

VAILLANT, Denise. *Las políticas TIC en los sistemas educativos de América Latina. Caso Uruguay*. UNICEF, 2013. Disponible en: [https://graphos.com.uy/MARIA/VAILLANT/wp-content/uploads/2022/01/Políticas\\_TIC\\_en\\_los\\_sistemas\\_educativos\\_de\\_America\\_Latina\\_CASO\\_URUGUAY.pdf](https://graphos.com.uy/MARIA/VAILLANT/wp-content/uploads/2022/01/Políticas_TIC_en_los_sistemas_educativos_de_America_Latina_CASO_URUGUAY.pdf). Acceso en: 25 mayo 2023.

VÁZQUEZ, Tabaré. *Palabras del Presidente de la República, Tabaré Vázquez en el lanzamiento de equidad para el acceso a la información digital*. 2006. Disponible en: [http://archivo.presidencia.gub.uy/\\_web/noticias/2006/12/2006121402.htm](http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/noticias/2006/12/2006121402.htm). Acceso en: 15 mayo 2023.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Inteligência artificial:** novas possibilidades para las relaciones entre la UE y el Mercosur

**Artificial intelligence:** new possibilities for relations between the EU and Mercosur

Celso Cancela Outeda

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION



# Inteligencia artificial: nuevas posibilidades para las relaciones entre la UE y el Mercosur\*

## Artificial intelligence: new possibilities for relations between the EU and Mercosur

Celso Cancela Outeda\*\*

### Resumen

La IA es una tecnología dinámica que impacta creciente, disruptiva y transversalmente en nuestras sociedades. Presenta un considerable potencial transformador tanto interno como internacional. El actual contexto de competencia tecnológica (“AI race”) tendencialmente bipolar condiciona su desarrollo, al tiempo que transforma las prioridades políticas. De hecho, la UE ha modificado su orientación hacia ALC y el Mercosur. Genéricamente, la UE y Mercosur comparten el enfoque sobre la IA, aunque el grado de regulación y desarrollo sea notablemente desequilibrado. Por su propia naturaleza y circunstancias políticas, la IA crea una ventana de oportunidad para que ambas entidades refuercen consoliden su cooperación. El propósito de este artículo consiste en explorar las posibilidades que se presentan en el terreno político.

**Palabras clave:** “AI race”; soberanía digital; autonomía estratégica; datos digitales; privacidad; estandarización.

### Abstract

AI is a dynamic technology with a growing, disruptive and cross-cutting impact on our societies. It has considerable transformative potential both domestically and internationally. The current context of technological competition (“AI race”), which tends to be bipolar, conditions its development, while at the same time transforming political priorities. Indeed, the EU has shifted its orientation towards LAC and Mercosur. Generically, the EU and Mercosur share a common approach to IA, although the degree of regulation and development is remarkably unbalanced. By its very nature and political circumstances, AI creates a window of opportunity for both entities to strengthen their cooperation. The purpose of this article is to explore the possibilities that present themselves in the political arena.

**Keywords:** “AI race”; digital sovereignty; strategic autonomy; digital data; privacy; standardization.

\* Recibido em 01/06/2023  
Aprovado em 16/10/2023

\*\* Profesor titular de ciencia política, Departamento de Sociología y Ciencia Política, Universidade de Vigo, España. Doctor en Derecho y licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad de Santiago de Compostela.  
Email: ccancela@uvigo.gal

# 1 Introducción

Desde hace aproximadamente un lustro, existe un auténtico fervor en relación a la Inteligencia Artificial (IA) que es perceptible en diferentes sectores (academia, medios, gobiernos...). A finales de 2022, la IA se popularizó gracias a una IA avanzada llamada ChatGPT. En realidad, son incontables las aplicaciones, ya disponibles en versión comercial, utilizables en los más diversos ámbitos. Al mismo tiempo, se ha avivado el debate sobre sus usos, riesgos y consecuencias o regulaciones<sup>1</sup>. Fundamentada en el recurso masivo a datos digitales, impulsará la productividad económica, la sostenibilidad o el progreso científico y social. Impacta creciente, disruptiva y transversalmente en nuestras sociedades, economías, organizaciones y servicios públicos o las relaciones internacionales.

Es una tecnología que plantea interrogantes éticos, políticos, jurídicos o económicos. En el plano político, cuestiones como la instauración de fórmulas sólidas de gobierno de IA, la garantía de los derechos fundamentales o la democracia suscitan enorme interés y controversia. Pero, la IA también afecta a las relaciones internacionales, a la política mundial y al orden o equilibrio global de poder. Se estima que esta tecnología contribuirá a un reordenamiento de la política internacional. De hecho, los expertos aluden a la rivalidad tecnológica existente, principalmente, entre China y EE.UU.

En este contexto, la IA crea una ventana de oportunidad para que la UE y el Mercosur consoliden y refuercen su cooperación en general. Precisamente, el propósito de este artículo consiste en explorar las posibilidades que se presentan en el terreno político. De entrada, se traza el contexto general, caracterizado por la competencia tecnológica a escala mundial, en el que la UE y Mercosur actuarán. Después, se analiza la situación de la IA en la UE y los países de América Latina y Caribe (ALC) y, en particular, Mercosur. Para finalizar, se revisan las áreas y fórmulas concretas en las que

<sup>1</sup> A finales de marzo de 2023, el *Future of Life Institute* publicó una carta abierta, titulada *Pause Giant AI Experiments: An Open Letter*, en la que se llamaba a todos los laboratorios de IA a pausar inmediatamente durante al menos seis meses el entrenamiento de los sistemas de IA más potentes que GPT-4. FUTURE OF LIFE INSTITUTE. *Pause giant AI experiments: an open letter*. 2023. Disponible en: <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>. Acceso en: 27 mayo 2023.

concretar la cooperación interregional aprovechando el impulso de la IA.

## 2 La IA: competencia, liderazgo y soberanía digital

En 2017, el presidente ruso, Vladimir Putin, declaró que “quien lidere la carrera por la inteligencia artificial gobernará el mundo”. En 2021, un informe de la *National Security Commission on Artificial Intelligence* estadounidense aludió a la “carrera de IA” (entre China y EE.UU.) como una competencia basada en valores en la que China debe ser vista como un competidor directo<sup>2</sup>. En esa misma fecha, un exjefe de software del Pentágono declaró que

[...]. En este momento, es ya un hecho consumado; en mi opinión ya ha terminado [la carrera entre China y EE.UU.]. [...] Beijing se dirige hacia el dominio mundial debido a sus avances en inteligencia artificial, aprendizaje automático y capacidades cibernéticas<sup>3</sup>.

Estas manifestaciones son evidencias de la concepción política subyacente. Como apunta Arteaga, los desafíos estratégicos, económicos y militares derivados del avance de la IA son evidentes para los estados que conduce a una competencia global. Existe una conciencia generalizada de la importancia y el valor de la IA como instrumento de competencia geoeconómica y geopolítica global y de su potencial transformador interno e internacional<sup>4</sup>. Por tanto, ha emergido una narrativa que pivota en torno a la idea de que la “IA es poder”. Esta es un elemento definitorio de poder geopolítico que impacta fuertemente en el resultado de la gran competencia de poder entre EE.UU. y China, y en el

<sup>2</sup> NATIONAL SECURITY COMMISSION ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE. *Final report*. 2021. Disponible en: <https://www.nscai.gov/wp-content/uploads/2021/03/Full-Report-Digital-1.pdf>. Acceso en: 23 mayo 2023.

<sup>3</sup> US has already lost AI fight to China, says ex-Pentagon software chief. *Financial Times*, 2021. Disponible en: <https://www.ft.com/content/f939db9a-40af-4bd1-b67d-10492535f8e0>. Acceso en: 14 mayo 2023. Después, este exjefe puntualizó en sus redes sociales que EE.UU. no ha perdido aún la batalla de la IA, pero que esto ocurrirá si no reacciona a tiempo. Así pues, tanto la práctica política como el discurso político de las élites responden a esta lógica competitiva a escala global que involucra a centros de investigación y universidades, empresas privadas y estados.

<sup>4</sup> ARTEAGA, Félix. *Contexto estratégico de la inteligencia artificial: en la inteligencia artificial aplicada a la defensa*. Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2017. p. 153-157.

equilibrio global de poder en términos más generales<sup>5</sup>. La expresión o etiqueta “carrera de IA” responde a ese enfoque<sup>6</sup>. Aunque tanto la expresión como el supuesto subyacente han recibido críticas, lo cierto es que resalta las consecuencias geopolíticas.

Históricamente, la evolución de la tecnología ha provocado cambios políticos, económicos, sociales y culturales. En el terreno político internacional, sirvió para dar entrada a nuevos actores estatales, al tiempo que redibujaba una distribución de poder entre los estados<sup>7</sup>. En consecuencia, la IA puede ser un factor reconfigurador del orden mundial. En esta línea, Miallhe sostiene que

el rápido progreso de la IA la convierte en una poderosa herramienta económica, política y militarmente. Incrustada en la revolución digital, la IA ayudará a dar forma al orden internacional en las próximas décadas, acentuando y acelerando la dinámica de un ciclo antiguo donde la tecnología y el poder se refuerzan mutuamente.

En relación al desenlace de ese cambio, este autor indica que

contrariamente a la idea común de que la revolución digital desencadena necesariamente la descentralización económica, en realidad es posible que la IA provoque o refuerce un movimiento global de centralización del poder en manos de un puñado de actores. Estos imperios digitales se beneficiarían de economías de escala y una aceleración de su concentración de poder en los dominios económico, militar y político gracias a la IA. Se convertirían en grandes centros que gobernarían todos los asuntos internacionales, con un retorno a una “lógica de bloques”. Las fronteras de estos nuevos imperios digitales público-privados se desplegarían a escala continental, con los imperios estadounidense y chino en particular, y estrategias de no alineamiento que serían obra de otros actores, como Europa<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> PARLAMENTO EUROPEO. *Artificial Intelligence diplomacy: artificial intelligence governance as a new European Union external policy tool: study requested by the AIDA Committee*. 2021. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662926/IPOL\\_STU\(2021\)662926\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662926/IPOL_STU(2021)662926_EN.pdf). Acceso en: 21 mayo 2023.

<sup>6</sup> HARARI, Yuval. Who will win the race for AI? *Foreign Policy*, 2019. Disponible en: <https://foreignpolicy.com/gt-essay/who-will-win-the-race-for-ai-united-states-china-data/>. Acceso 25 mayo 2023.

<sup>7</sup> KANE, Angela; WALLACH, Wendell. Artificial intelligence is already upending geopolitics. *Join TechCrunch+*, 2022. Disponible en: <https://tcn.ch/37i1CS6>. Acceso en: 20 mayo 2023; AZCONA, J.; GIL, F. Geopolitics, governance, and AI. En: SAURA J.; DEBASA, F. (eds.). *Handbook of research on artificial intelligence in government practices and processes*. Hershey, PA: IGI Global, 2022. p. 1-12.

<sup>8</sup> MIALLHE, Nicolas. Géopolitique de l'intelligence artificielle: le retour des empires? *Politique Étrangère*, v. 3, p. 105-117, Sept. 2018.

En esta “AI race” toman parte tres actores principales globales: China, EE.UU. y la UE<sup>9</sup>. No obstante, como señala Ramiro *et al.*,

existen actualmente dos países que pueden ejercer un poder efectivo en el campo de las nuevas tecnologías en general, y de la inteligencia artificial en particular, que son Estados Unidos de América y la República Popular China, cuyo mastodóntico tamaño les permite cierto control efectivo sobre el desarrollo e implementación de aplicaciones relacionadas con la inteligencia artificial<sup>10</sup>.

En un segundo plano, países como Reino Unido, Israel, Japón, Canadá... han adoptado iniciativas particulares en materia<sup>11</sup>.

Entre orden de cosas, esta “AI race” puede causar consecuencias como el desacoplamiento tecnológico estratégico (5G/6G, chips o sistemas operativos). En la práctica, la creciente desconfianza entre los participantes en esa competición conduce a la utilización de la noción de soberanía digital. En general, esta implica la capacidad de un estado de controlar su destino digital. En concreto, puede incluir el control de toda la cadena de suministro de IA desde los datos hasta el hardware y el software<sup>12</sup>. Una de sus derivadas es la generación de temor a la pérdida del acceso a componentes digitales críticos y del control sobre el flujo internacional de datos. Entonces, esto se traduce en la amenaza de las formas existentes de interconectividad lo cual provoca que los mercados de alta tecnología se fragmenten y, en diversos grados, se retraigan al estado nación<sup>13</sup>. En

p. 196-107.

<sup>9</sup> ANTONOV, Alexander; KERIKMÄE, Tanel. Trustworthy AI as a future driver for competitiveness and social change in the EU. En: RAMIRO TROTIÑO, David *et al.* (eds.). *The EU in the 21st Century, David*. Cham: Springer, 2020. p. 135-154. p. 136.

<sup>10</sup> RAMIRO, David *et al.* El Parlamento Europeo y la necesidad de una legislación común en un marco europeo de la inteligencia artificial. En: KERIKMAE, Tanel *et al.* (coords.). *Inteligencia artificial: de la discrepancia regional a las reglas universales: integración de percepciones políticas, económicas y legales*. Navarra: Thomson Reuters, 2020. p. 369-384. p. 371.

<sup>11</sup> GIRASA, Rosario. *Artificial intelligence as a disruptive technology: economic transformation and government regulation*. Cham: Palgrave Macmillan, 2020. p. 268-269; ABDALA, María; LACROIX, Santiago; SOUBIE, Santiago. *La política de la inteligencia artificial: sus usos en el sector público y sus implicancias regulatorias*. Buenos Aires: Cippec, 2019. Disponible en: <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2019/10/185-DT-Abdala-Lacroix-y-Soubie-La-pol%C3%ADtica-de-la-Inteligencia-Artifici....pdf>. Acceso en: 10 mayo 2023. p. 8-10.

<sup>12</sup> Desde la perspectiva de la soberanía digital, destaca la obligación de clasificar y almacenar los datos localmente, es decir, en el territorio estatal.

<sup>13</sup> CEDRIC, Benjamin. The geopolitics of AI and the rise of digital

conexión estrecha con la soberanía digital, se halla la reorganización de las interdependencias tecnológicas que los estados buscan impulsar a través de políticas industriales (competitividad) y asegurar el acceso a tecnología de punta<sup>14</sup>.

Desde diferentes enfoques, tanto EE.UU., China como la UE han impulsado iniciativas gubernamentales en materia de IA que involucran a actores públicos y a corporaciones que implican inversiones cuantiosas. En 2016, la Administración Obama publicó un plan sobre el aprovechamiento de la IA. En 2021, el Senado estadounidense aprobó la Ley de Innovación y Competencia destinada al impulso de la tecnología y la investigación en materia de IA (y computación cuántica) en el contexto de una creciente rivalidad geopolítica con China para preservar el liderazgo norteamericano (también a proteger la propiedad intelectual)<sup>15</sup>. Por su parte, el Gobierno de China lanzó, a mediados de 2017, su plan de IA llamado a convertirla en líder mundial en 2030. Otros estados brindan apoyo (Israel, Canadá, Japón...) mediante programas de IA financiados con menos fondos públicos y orientados a nichos tecnológicos específicos. Respecto de la UE, esta se encuentra atrasada en relación a China y EE.UU. lo que comporta el riesgo de convertirse en una “colonia digital”. A este respecto, escribe Mialhe que

---

sovereignty. *Brookings*, 2022. Disponible en: <https://www.brookings.edu/research/the-geopolitics-of-ai-and-the-rise-of-digital-sovereignty/>. Acceso en: 18 mayo 2023; HAGEBÖLLING, David. The geopolitical struggle for technology leadership. *Internationale Politik Quarterly*, 2022. Disponible en: <https://ip-quarterly.com/en/geopolitical-struggle-technology-leadership>. Acceso en: 25 mayo 2023.

<sup>14</sup> HAGEBÖLLING, David. The geopolitical struggle for technology leadership. *Internationale Politik Quarterly*, 2022. Disponible en: <https://ip-quarterly.com/en/geopolitical-struggle-technology-leadership>. Acceso en: 25 mayo 2023; SOUZA: Leonardo Rafael de; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A construção da ciber-soberania na União Europeia: a cibersegurança e a integração do ciberespaço europeu. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 19, n. 3, p. 255-270, 2022.

<sup>15</sup> Con ocasión del debate, el líder la mayoría en el Senado, Chuck Schumer, señaló que: “quien aproveche las tecnologías como la IA y la computación cuántica -e innovaciones aún no vistas- dará forma al mundo a su imagen” y añadió que “quien gane la carrera hacia las tecnologías del futuro será el líder económico mundial, con profundas consecuencias también para la política exterior y la seguridad nacional”. SENADO de EEUU se dispone a aprobar ley “histórica” de innovación para contrarrestar a China. *France 24*, 2021. Disponible en: <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210608-senado-de-eeuu-se-dispone-a-aprobar-ley-hist%C3%B3rica-de-innovaci%C3%B3n-para-contrarrestar-a-china> Acceso en: 17 mayo 2023. Véase también: WEI, Dan; RAFAEL, Ângelo. Digital art and the belt and road initiative: challenges and opportunities. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 17, n. 3, p. 256-273, 2020.

es probable que los imperios digitales estadounidense y chino dominen la geopolítica internacional en los próximos años. Si Europa quiere reconstruir su soberanía digital, tendrá que redoblar sus esfuerzos e inversiones. De lo contrario, tendrá que contentarse con alianzas estratégicas sinónimo de “cibervasallaje”. África, por su parte, ya se perfila como un gran campo de batalla, claramente amenazada por la “cibercolonización”<sup>16</sup>.

A partir de su fuerte posición en el mercado global y de una serie de principios éticos, la UE ha configurado su propia agenda de IA y ha adoptado un enfoque principalmente reactivo (garantía de privacidad, ciberseguridad y la evitación de la excesiva concentración del mercado digital...) <sup>17</sup>. En concreto, desde 2014, la Comisión Europea, después de asumir la importancia estratégica de la IA (y del big data), ha lanzado varias iniciativas para su promoción y regulación. Además de la protección de los derechos fundamentales, apuntan hacia la soberanía digital y tecnológica europea de manera que se traduzca en el aumento de la competitividad a escala mundial de la economía de la UE. En particular, el marco regulador se orienta a manejar y controlar la recopilación y tratamiento de datos (colonialismo de datos)<sup>18</sup>. Justamente, este punto puede constituir un ámbito de cooperación con estados que no encabezan la “AI race” y comparten los principios y valores auspiciados por la UE. Desde 2018, esta ha aumentado su papel como regulador global sobre tecnología y quiere tomar la iniciativa global, aunque no busca involucrarse directamente en la política de poder cada vez más asociada con la IA<sup>19</sup>. Más bien, intenta construir un liderazgo para desarrollar una guía general y un marco para el despliegue de la IA conforme a los valores humanos universales. La Comisión Europea adoptó un enfoque que considera el riesgo-beneficio de las aplicaciones de IA de manera

---

<sup>16</sup> MIALHE, Nicolas. Géopolitique de l'intelligence artificielle: le retour des empires? *Politique Étrangère*, v. 3, p. 105-117, Sept. 2018. p. 110.

<sup>17</sup> En general, el entorno europeo resulta menos favorable a la IA que es percibida como una amenaza para el modelo socioeconómico.

<sup>18</sup> En mayo de 2023, la Comisión Irlandesa de Protección de Datos, actuando en nombre de la UE, multó a Meta con 1.200 millones de euros por el incumplimiento del Reglamento General de Protección de Datos y ordenó el cese de la transferencia de datos de usuarios europeos a los centros de datos en EE.UU.

<sup>19</sup> PARLAMENTO EUROPEO. *Artificial Intelligence diplomacy: artificial intelligence governance as a new European Union external policy tool: study requested by the AIDA Committee*. 2021. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662926/IPOL\\_STU\(2021\)662926\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662926/IPOL_STU(2021)662926_EN.pdf) Acceso en: 21 mayo 2023.

que valora tanto su impacto potencial en la competitividad como las implicaciones sociales y éticas.

Aunque es difícil predecir el ritmo, la dirección y las consecuencias del progreso tecnológico, parece fuera de duda que la IA generará desempleo y desigualdad. Según Kai-Fu Lee, la “verdadera crisis de la IA” consiste en la generación de desempleo tecnológico generalizado y de desigualdad económica mundial<sup>20</sup>. En particular, la automatización impulsada por IA transformará los patrones de empleo de manera que beneficie a algunas economías nacionales en relación con otras<sup>21</sup>. A nivel interno, las desigualdades socioeconómicas generadas serán el combustible de convulsiones políticas. A nivel internacional, los países más pobres se estancarán, mientras que los más prósperos despejarán. En suma, el dominio de la IA por parte de las principales potencias exacerbará las desigualdades estructurales existentes y contribuirá a nuevas formas de desigualdad.

El desarrollo y la velocidad de la IA no sólo afecta a las sociedades, las cadenas de valor globales, sino también a las alianzas internacionales; en concreto, puede actuar como un factor favorecedor de la cooperación internacional y de la integración regional para enfrentar los desafíos. ¿Cuál es la situación general de la UE y el Mercosur en el campo de la IA?

### 3 La IA en la UE y el Mercosur: diagnóstico de situación

En 2016, la Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la UE señalaba que

la Unión ampliará la cooperación y construirá alianzas más sólidas con ALC, basadas en valores e intereses compartidos. Desarrollará vínculos multilaterales con la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) y con diferentes agrupaciones regionales de acuerdo a su ventaja competitiva. Intensificaremos el diálogo político y la cooperación [...]. Buscaremos un acuerdo de libre comercio con Mercosur [...]<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> KAI-FU, Lee. *Superpotencias de la inteligencia artificial*. China, Silicon Valley y el nuevo orden mundial. Barcelona: Deusto, 2020. p. 193-195.

<sup>21</sup> KANE, Angela; WALLACH, Wendell. Artificial intelligence is already upending geopolitics. *Join TechCrunch+*, 2022. Disponible en: <https://tcn.ch/37i1CS6>. Acceso en: 20 mayo 2023.

<sup>22</sup> SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR. *Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte*. estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea. 2016.

Pero, de hecho, la UE redujo su interés por la región, incluido Mercosur, debido a factores estructurales y coyunturales. En referencia a los primeros, esta cooperación “se ha visto obstaculizada por la fragmentación de algunos de los procesos de cooperación interregional en América Latina debido a debilidades institucionales y conflictos ideológicos”<sup>23</sup>. Abundando en estos obstáculos, Mila y López aluden a la abundancia de esquemas de integración, el exceso de nacionalismo, la diplomacia presidencial, la fragilidad institucional, la relación de dependencia, la debilidad estructural, el exceso de retórica e nacionalismo, la incapacidad de generar identificación con el relato por parte de todos los actores regionales y la incapacidad de forjar consensos a largo plazo<sup>24</sup>. Entre los factores coyunturales, estas relaciones se vieron lastradas por las crisis políticas venezolana o nicaragüense o el Brexit<sup>25</sup>.

Sin embargo, por parte europea, las prioridades europeas en política exterior en relación a ALC y, en particular, a Mercosur, mudaron a raíz de la pandemia y la invasión rusa de Ucrania<sup>26</sup>. El cuadro de causas se completa con la experiencia del unilateralismo y el proteccionismo estadounidense durante el mandato de Donald Trump y la creciente dependencia de China como

Disponible en: [https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs\\_review\\_web\\_0.pdf](https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs_review_web_0.pdf). Acceso en: 30 mayo 2023.

<sup>23</sup> AYUSO, Anna. EU-Mercosur: an opportunity not to be missed. *Internationale Politik Quarterly*, 2023. Disponible en: <https://ip-quarterly.com/en/eu-mercosur-opportunity-not-be-missed>. Acceso en: 28 may. 2023; MALAMUD, Carlos. Integración y cooperación regional en América Latina: diagnóstico y propuestas. *Real Instituto Elcano*, 2015. Disponible en: <https://www.realinstitutoelcano.org/documento-de-trabajo/integracion-y-cooperacion-regional-en-america-latina-diagnostico-y-propuestas/>. Acceso en: 20 mayo 2023. Sobre el Brexit, puede verse ALVES, Angela Limongi Alva- renga; ALMEIDA, Daniel Freire e. Desglobalização, Brexit e os novos acordos entre Reino Unido e União Europeia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 33-51, 2021.

<sup>24</sup> MILA-MALDONADO, Andrea; LÓPEZ-LÓPEZ, Paulo. Así nos vemos: novos tempos na (des)integración latinoamericana. *Tempo Exterior*, v. 23, n. 45, p. 139-154, Jul./Dic. 2022. p. 150.

<sup>25</sup> AYUSO, Anna. EU-Mercosur: an opportunity not to be missed. *Internationale Politik Quarterly*, 2023. Disponible en: <https://ip-quarterly.com/en/eu-mercosur-opportunity-not-be-missed>. Acceso en: 28 may. 2023.

<sup>26</sup> TORRES JARRÍN, Mario; DAZA ARAMAYO, Lourdes Gabriela. Geopolitical aspects in EU-LAC interregionalism. En: TORRES JARRÍN, Mario; DAZA ARAMAYO, Lourdes Gabriela. *EU-MERCOSUR interregionalism: diplomatic and trade relations*. Cham: Springer, 2023. p. 31-50. p. 40-43; GRATIUS, Susanne. EU-LAC: a relationship beyond trade Political dialogues between unequal partners. En: GARCÍA, María J.; GÓMEZ ARANA, Arantza (eds.). *Latin America-European Union relations in the twenty-first century*. Manchester: Manchester University Press, 2022. p. 24-43.

socio económico y competidor en la región<sup>27</sup>. Por consiguiente, la UE ha tratado de lograr cierta autonomía estratégica. Sobre esta, comenta Verdes-Montenegro que

[...], un shock o evento crítico como la pandemia ha ampliado los ámbitos en los cuales se ha empezado a hablar de autonomía estratégica más allá de la dimensión de defensa. Tan es así que los desarrollos de la UE ya plasman esa nueva mirada a ámbitos como la Inteligencia Artificial, la política industrial o las materias primas críticas [...], entre otros ámbitos.<sup>28</sup>

En suma, tras la detección de estas debilidades de seguridad, la UE reconoce a ALC como un actor central tanto para la geopolítica como para la transición digital<sup>29</sup>. Así, en 2021, en la Reunión Ministerial Informal UE27-ALC, se acordó fortalecer la cooperación en campos relacionados con la transformación digital (conectividad digital, brecha digital, protección, flujos y política de datos y la regulación...). Recientemente, en marzo de 2023, tuvo lugar el lanzamiento de la Alianza Digital de la UE con ALC. Esta iniciativa se inserta en la red de acuerdos digitales y marcos de cooperación que la UE ha establecido con diferentes actores<sup>30</sup>.

Internamente, la UE enfrenta desafíos como la retención de talento y la construcción de un ecosistema de IA<sup>31</sup>. En Europa, los recursos de investigación de IA son abundantes, pero están dispersos y sesgados en el

mundo académico y las organizaciones públicas de investigación; mientras la transferencia de tecnología y la comercialización de aplicaciones de IA por empresas se desarrollan más lentamente que en EE.UU. Esto implica que aún no ha surgido un ecosistema de IA europeo fuerte. Además, tal como señalan Ramiro *et al.*<sup>32</sup>:

los países europeos, de manera individual, carecen de la capacidad y de los recursos para regular efectivamente las acciones de agentes que escapan a su control al desbordar la implantación geográfica del poder estatal. Por lo tanto, la necesidad de un ámbito regulatorio más amplio con poder efectivo para hacer respetar el conjunto de leyes, es una necesidad para Europa.

En consecuencia, es previsible que la IA favorezca la expansión competencial de la UE y de la integración europea.

Justamente, la UE tomó la iniciativa de confeccionar un marco regulador en la anterior década. En 2018, se activó el *High-Level Expert Group on IA* para elaborar la Estrategia Europea para la IA<sup>33</sup>. En ese mismo año, fue aprobado el Reglamento General de Protección de Datos que disciplina la regulación de datos y la gobernanza de la IA; constituye un referente global en la materia. Más tarde, llegaron la Ley de Mercados Digitales (en inglés, DMA) y la Ley de Servicios Digitales (en inglés, DSA). De este modo, se observa que la UE adopta un enfoque holístico conforme al que busca gobernar el uso de la IA y la tecnología de la información en la sociedad<sup>34</sup>. A mediados de 2023, las comisiones del Parlamento Europeo, IMCO y LIBE, debatieron conjuntamente la propuesta normativa relativa al Reglamento de Inteligencia Artificial (en inglés, AIA), presentada por la Comisión Europea en 2021. Concretamente, el reglamento está destinado a fijar normas que guíen el desarrollo, la modificación y el uso de productos, servicios y sistemas impulsados por la IA a escala europea.

<sup>27</sup> NOLTE, Derlef. Perspectivas de la próxima cumbre CELAC-UE: ¿sigue siendo válido y realista el objetivo de una asociación estratégica? *Fundación EU-LAC*, 2023. Disponible en: <https://eulac-foundation.org/es/perspectivas-la-proxima-cumbre-celac-ue-siguiendo-valido-y-realista-el-objetivo-una-asociacion>. Acceso en: 20 mayo 2023.

<sup>28</sup> VERDES-MONTENEGRO, Francisco. La autonomía estratégica de la Unión Europea: ¿en qué lugar queda América Latina? *En: SANAHUJA, José (ed.). Relanzar las relaciones entre América Latina y la Unión Europea*. autonomía estratégica, cooperación avanzada y recuperación digital, verde y social. Madrid: Fundación Carolina, 2022. p. 191-224.

<sup>29</sup> HOBBS, Carla; TORREBLANCA, José. La Alianza Digital UE-ALC: cómo hacer que Europa vuelva a escena. *European Council on Foreign Relations*, 2022. Disponible en: <https://ecfr.eu/madrid/publication/la-alianza-digital-ue-alc-como-hacer-que-europa-vuelva-a-escena/>. Acceso en: 29 mayo 2023.

<sup>30</sup> HOBBS, Carla; TORREBLANCA, José. La Alianza Digital UE-ALC: cómo hacer que Europa vuelva a escena. *European Council on Foreign Relations*, 2022. Disponible en: <https://ecfr.eu/madrid/publication/la-alianza-digital-ue-alc-como-hacer-que-europa-vuelva-a-escena/>. Acceso en: 29 mayo 2023.

<sup>31</sup> PARLAMENTO EUROPEO. *Artificial Intelligence diplomacy: artificial intelligence governance as a new European Union external policy tool: study requested by the AIDA Committee*. 2021. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662926/IPOL\\_STU\(2021\)662926\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662926/IPOL_STU(2021)662926_EN.pdf). Acceso en: 21 mayo 2023.

<sup>32</sup> RAMIRO, David *et al.* El Parlamento Europeo y la necesidad de una legislación común en un marco europeo de la inteligencia artificial. *En: KERIKMAE, Tanel et al. (coords.). Inteligencia artificial: de la discrepancia regional a las reglas universales: integración de percepciones políticas, económicas y legales*. Navarra: Thomson Reuters, 2020. p. 369-384. p. 371.

<sup>33</sup> COMISIÓN EUROPEA. *Inteligencia artificial para Europa*. COM(2018) 237 final. 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>. Acceso en: 11 mayo 2023.

<sup>34</sup> CEDRIC, Benjamin. The geopolitics of AI and the rise of digital sovereignty. *Brookings*, 2022. Disponible en: <https://www.brookings.edu/research/the-geopolitics-of-ai-and-the-rise-of-digital-sovereignty/>. Acceso en: 18 mayo 2023.

En último extremo, busca garantizar el funcionamiento del mercado único digital, la libre circulación de bienes y servicios que impliquen a el uso de IA y a codificar el modelo de IA de la UE. Éste demanda una IA que sea legal, ética, técnicamente sólida y confiable, al tiempo que respete los valores democráticos y los derechos fundamentales.

Si la atención se dirige hacia Mercosur, el panorama es muy distinto. Las iniciativas comunes (regulatorias u orientadoras) del bloque regional son casi inexistentes. En su lugar, se encuentran iniciativas estatales. En toda ALC, en los últimos años, se han elaborado estrategias nacionales de IA para impulsar su desarrollo y adopción (Chile, Colombia, México, Perú...), al tiempo que se acogen a iniciativas globales<sup>35</sup>. Entre los socios de Mercosur, Argentina presentó el Plan Nacional de IA de Argentina (ARGENIA)<sup>36</sup>; Brasil impulsó la Estrategia Brasileña de IA (EBIA)<sup>37</sup> y Uruguay elaboró la Estrategia de IA para el Gobierno Digital<sup>38</sup>. Estas iniciativas presentan aspectos comunes con las europeas: confieren protagonismo gubernamental en la regulación y supervisión de la IA y descansan en principios y valores compartidos (derechos fundamentales, democracia...). Con ocasión del Foro Regional sobre IA en ALC, auspiciado por la UNESCO, se destacó la importancia del establecimiento de un marco normativo adecuado que permita respaldar el desarrollo de aplicaciones basadas en IA éticas, transparentes y responsables<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Por ejemplo, UNESCO. *Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial*. 2021. Disponible en: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa) Acceso en: 17 mayo 2023.

<sup>36</sup> ARGENIA. Presidencia de la Nación. *Plan Nacional de IA de Argentina*. 2019. Disponible en: <https://ia-latam.com/wp-content/uploads/2020/09/Plan-Nacional-de-Inteligencia-Artificial.pdf> Acceso en: 18 mayo 2023.

<sup>37</sup> BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial*. Disponible en: [https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ebia-diagramacao\\_4-979\\_2021.pdf](https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ebia-diagramacao_4-979_2021.pdf). Acceso en: 18 mayo 2023. A comienzos de mayo de 2023, el Senado brasileño inició la tramitación del Proyecto de Lei n° 2338, de 2023 sobre o uso da Inteligência Artificial.

<sup>38</sup> AGENCIA DE GOBIERNO ELECTRÓNICO Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL CONOCIMIENTO. *Estrategia de IA para el Gobierno Digital*. 2020. Disponible en: <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento/comunicacion/publicaciones/estrategia-inteligencia-artificial-para-gobierno-digital/estrategia-0>. Acceso en: 19 mayo 2023; GARCÍA, Víctor.; RUVALCABA-GÓMEZ, Edgar. Análisis de las estrategias nacionales de Inteligencia Artificial en América Latina: estudio de los enfoques de ética y derechos humanos. *Revista de Gestión Pública*, Valparaíso, v. 10, n. 1, p. 05-32, 2021

<sup>39</sup> UNESCO. *Foro Regional sobre IA en América Latina y el Caribe en Sao*

No obstante, el bloque regional está rezagado, en comparación con Norteamérica y Europa occidental, en relación a la aplicación de la IA a los procesos productivos y a la prestación de servicios públicos<sup>40</sup>. A modo de diagnóstico, el Plan Argenia apunta que:

a pesar de los avances que se están dando en torno a la IA y las técnicas asociadas, el desarrollo de la IA en la región se ha limitado, en líneas generales, a investigaciones científicas sin generar una adopción amplia de la misma a los procesos productivos. [...] los países de la región enfrentan desafíos similares para el aprovechamiento de las oportunidades que la adopción de IA puede significar, por lo que la cooperación se torna una oportunidad para abordarlos de manera efectiva.

En el plano regional, en 2017, el Consejo del Mercado Común estableció el Grupo Agenda Digital del Mercosur (GAD) para “promover el desarrollo de un Mercosur Digital” e “impulsar una agenda integrada que contribuya al avance de la economía digital en los países del bloque”. Este organismo puede servir para fortalecer las respectivas agendas digitales, para impulsar el diálogo sobre IA a nivel regional e interregional y para desarrollar iniciativas de cooperación conjuntas de cara al posicionamiento regional en el campo de la IA. En este sentido, desde un espacio gubernamental se han enumerado áreas económicas concretas como la agricultura en las cuales cabe esperar el desarrollo y aplicación de instrumentos de IA específicos. Así, según un informe brasileño

[...]. El Mercosur, [...], puede fomentar el desarrollo de la IA en la agricultura e incluso convertirse en exportador de tecnologías en este sector. Esto puede hacerse desarrollando redes integradas de investigación sobre IA, así como aprovechando el talento regional o fomentando la innovación de forma más clara en el contexto de los acuerdos comerciales regionales.

En la situación actual, el planteamiento es acertado ya que responde a la mencionada lógica de nicho. Si Mercosur desea llegar a ser un protagonista en el desarrollo de la IA, especialmente de cara a la transformación de la agroindustria, entonces, será indispensable alguna

*Paulo, Brasil, del 12 al 13 de diciembre de 2019*. Disponible en: <https://en.unesco.org/news/unesco-promotes-human-rights-based-approach-ai-development-during-regional-forum-ai-latin> Acceso en: 28 mayo 2023.

<sup>40</sup> Al respecto, puede consultarse el *Government AI Readiness Index 2022* de la Universidad de Oxford. Somete a evaluación a 181 países e intenta establecer el nivel de preparación para implementar la IA en la prestación de servicios públicos a sus ciudadanos.

vía de cooperación en el sector de la IA<sup>41</sup>. Otros desafíos comunes son la reversión de la “fuga de cerebros” y la recualificación profesional de trabajadores que los capacite para acceder a nuevos puestos de trabajo.

En definitiva, por el momento, Mercosur no ha desarrollado iniciativas comunes destinadas a enfrentar los desafíos de una tecnología tan dinámica y exponencial como la IA. Así, para conjurar la creciente amenaza de irrelevancia y dependencia tecnológica, Mercosur debería actuar conjuntamente para reunir la masa crítica necesaria que le confiera relevancia en un futuro en el que se espera que la IA revolucione cada vez más la interacción del Estado con el medio ambiente, el sector productivo y la propia sociedad<sup>42</sup>. En el contexto de rivalidad tecnológica, Mercosur precisa encontrar una fórmula para insertarse en el nuevo ecosistema de la IA. Pero, ¿en qué condiciones y con qué socios?

## 4 La IA como impulsora de la cooperación UE-Mercosur

En 2019, fue publicado el documento *La UE, ALC: aunar fuerzas para un futuro común*<sup>43</sup> el cual señala que la UE debería intensificar su compromiso con los socios de ALC en lo relativo a la economía digital. Más concretamente, a partir

de una visión a largo plazo del mercado único digital en ALC, [apunta que] debe apoyarse en la alineación normativa, sobre todo en lo que respecta a la 5G, el «internet de las cosas», la inteligencia artificial, la normalización de tecnologías para la transformación digital, los sistemas mundiales de navegación por satélite y Copernicus y su aplicación industrial, así como la inversión en infraestructuras de datos de alta velocidad.

En el contexto de la digitalización, la IA ya

<sup>41</sup> MARTÍNEZ, Ana Laura; PATIÑO Alejandro (coords.). *El Mercosur frente al cambio tecnológico y la transformación digital*: elementos para el análisis. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto, 2021.

<sup>42</sup> MARTÍNEZ, Ana Laura; PATIÑO Alejandro (coords.). *El Mercosur frente al cambio tecnológico y la transformación digital*: elementos para el análisis. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto, 2021.

<sup>43</sup> PARLAMENTO EUROPEO. *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo La Unión Europea, América Latina y el Caribe: aunar fuerzas para un futuro común*, JOIN (2019) 6 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019JC0006>. Acceso en: 15 mayo 2023.

aparece entre los ámbitos de posible cooperación.

Con ocasión de la reunión informal UE27-ALC de 2020<sup>44</sup>, su Comunicado conjunto aludía al potencial de una alianza digital birregional UE-ALC que incidiese en asuntos como la conectividad digital, protección de datos, la cooperación normativa, la fijación de normas y estándares internacionales... Menciona expresamente la cooperación más estrecha en materia de IA que podría canalizarse a través de una iniciativa digital para ALC, acompañada de iniciativas digitales bilaterales. En el texto *Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital*<sup>45</sup>, se indicaba que la UE tratará de mejorar sus asociaciones digitales internacionales. En concreto, destacaba que estas

promoverán la armonización o la convergencia con las normas y estándares de la UE sobre cuestiones como la protección de datos, la privacidad y los flujos de datos, el uso ético de la inteligencia artificial, la ciberseguridad y la confianza, la lucha contra la desinformación y los contenidos ilícitos en línea, la garantía de la gobernanza de internet y el apoyo al desarrollo de la financiación digital y la Administración electrónica.

En la Brújula Digital ya se mencionaba la constitución de una asociación digital con ALC, aunque faltan referencias a Mercosur. En consecuencia, se esbozan oportunidades de cooperación política, técnica y de investigación. En última instancia, las asociaciones ayudarán a la expansión de las relaciones comerciales y de inversión bilateral, facilitarán oportunidades empresariales, fortalecerán las cadenas de suministro de tecnología o apoyarán la innovación.

En marzo de 2023, fue lanzada la Alianza Digital UE-ALC que apunta al impulso de la transformación digital conforme a un enfoque centrado en el ser humano. Es un instrumento que está llamado a servir de foro para el diálogo regular de alto nivel (acompañada por la estrategia europea de inversiones *Global Gateway*) y la cooperación en temas prioritarios como infraestructuras, el entorno regulatorio, la tecnología, la innovación,

<sup>44</sup> THE DIPLOMATIC SERVICE OF THE EUROPEAN UNION. *Joint Communiqué: EU27 - Latin America and Caribbean Informal Ministerial Meeting*, 14 Dic. 2020. Disponible en: [https://www.eeas.europa.eu/eeas/joint-communicu%C3%A9A9-eu27-latin-america-and-caribbean-informal-ministerial-meeting\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/joint-communicu%C3%A9A9-eu27-latin-america-and-caribbean-informal-ministerial-meeting_en). Acceso en: 17 mayo 2023.

<sup>45</sup> PARLAMENTO EUROPEO. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones*. COM(2021). 118 final. Disponible en: <https://espanadigital.gob.es/sites/espanadigital/files/2022-06/Br%C3%BAJula%20Digital%202030.pdf>. Acceso en: 29 mayo 2023.



la digitalización de los servicios públicos, etc. En la actualidad, la UE está en posición de avanzar en la cooperación tecnológica en temas prioritarios (seguridad de las cadenas de suministro, principios comunes para los controles de exportación y la evaluación de inversiones, cooperación en dominios tecnológicos clave como la IA y la conectividad 5G/6G<sup>46</sup>. Esta asociación digital supone, pues, el primer paso en la cooperación interregional asentada en un enfoque de derechos humanos para el desarrollo de la IA en un marco democrático, lo cual contrasta con el enfoque seguido en los sistemas autoritarios. Al fin, como señala Ayuso,

[...] más bien, los años transcurridos desde 2019 han demostrado que, en un mundo de mayor complejidad y creciente competencia geopolítica, la revitalización de la asociación entre la UE y ALC requiere un compromiso de estrechar posiciones sobre las grandes transformaciones que enfrenta el mundo, como la transición tecnológica y energética, la lucha contra el cambio climático o las políticas de inclusión para contrarrestar la pobreza y la desigualdad<sup>47</sup>.

Por eso, la agenda digital europea constituye una oportunidad de revitalizar su relación con ALC sobre la base de sus valores compartidos, la creciente importancia de la posición estratégica, los mercados y los recursos naturales regionales<sup>48</sup>.

Realistamente, a la hora de emprender algún tipo de cooperación, hay que asumir que no todos los países pueden aspirar a liderar esta área. Más bien, hay identificar y construir ventajas comparativas y responder a las necesidades específicas (especialización) de cada país conforme a una lógica de nicho<sup>49</sup>. Por eso, la cooperación debería centrarse en asuntos de importancia estratégica compartida como la tecnología confiable y la seguridad, en particular con respecto a los desafíos que plantean los modelos de gobernanza rivales de IA.

<sup>46</sup> HAGEBÖLLING, David. The geopolitical struggle for technology leadership. *Internationale Politik Quarterly*, 2022. Disponible en: <https://ip-quarterly.com/en/geopolitical-struggle-technology-leadership>. Acceso en: 25 mayo 2023.

<sup>47</sup> AYUSO, Anna. EU-Mercosur: an opportunity not to be missed. *Internationale Politik Quarterly*, 2023. Disponible en: <https://ip-quarterly.com/en/eu-mercosur-opportunity-not-be-missed>. Acceso en: 28 may. 2023.

<sup>48</sup> HOBBS, Carla; TORREBLANCA, José. La Alianza Digital UE-ALC: Cómo hacer que Europa vuelva a escena, 2022. Disponible en <https://ecfr.eu/madrid/publication/la-alianza-digital-ue-alc-como-hacer-que-europa-vuelva-a-escena/>. Acceso en 29 mayo 2023.

<sup>49</sup> MIAILHE, Nicolas. Géopolitique de l'intelligence artificielle: le retour des empires? *Politique Étrangère*, v. 3, p. 105-117, Sept. 2018. p. 111.

Así, Plan Argelia reconoce la relevancia de cooperación internacional para la consecución de sus objetivos específicos, el desarrollo del ecosistema nacional de IA y el afianzamiento de las relaciones externas.

Bajo el paraguas de la referida Alianza digital UE-ALC, cabe recurrir al establecimiento de asociaciones digitales en sectores críticos en los que desplegar cooperación. Entre ellos cabe mencionar: flujo libre de datos transfronterizos confiables e innovación de datos, confianza digital, estándares técnicos, comercio digital, investigación en tecnologías de IA, cooperación en las regulaciones de la IA, impulso de inversiones en infraestructuras digitales sostenibles, intercambio de información y cooperación en materia de ciberseguridad, construcción de alianzas en organismos internacionales y foros de normalización, etc. La cooperación interregional puede provocar la extensión y adopción internacional de los principios que promuevan su desarrollo y uso global confiable.

Quizás sea conveniente la creación de una fórmula institucional (consejo, comité...) para establecer normas conjuntas, evaluar y abordar riesgos, vulnerabilidades y dependencias críticas en el sector de las tecnologías emergentes. Lo anterior implica compartir altos estándares de privacidad conforme a un enfoque centrado en el ser humano. Dado que la IA requiere abundancia de datos digitales, resulta conveniente el flujo libre de datos seguros a través de las fronteras (eliminación de obstáculos no justificados), tanto a nivel regional como interregional. Este objetivo requiere la convergencia normativa en materia de protección de datos y privacidad. A su vez, la circulación y el intercambio de datos digitales demanda la estandarización de tecnologías como la IA. Por tanto, esta cooperación debe alcanzar a los organismos internacionales que fijan los estándares globales para la IA. Es previsible que esa estandarización fortalezca las relaciones comerciales y las inversiones bilaterales porque mejora la interoperabilidad de estándares en tecnologías como la IA, al tiempo que impulsa la innovación. No es una tarea sencilla porque, como escribe Hagebölling,

el establecimiento de normas técnicas está experimentando una creciente politización, lo que conlleva implicaciones tanto económicas como de seguridad. Los estándares pueden afectar la protección de la privacidad y consagrar vulnerabilidades cibernéticas que se adoptan sin saberlo en todo el mundo<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> HAGEBÖLLING, David. The geopolitical struggle for technol-

Por último, en concreto para Mercosur, la cooperación también puede ser canalizada a través del Acuerdo de asociación UE-Mercosur. Como escribe Sanahuja

es erróneo ver este Acuerdo como un mero tratado de libre comercio o “TLC”. tiene un profundo significado geopolítico, y siempre lo tuvo. [Se trata] de responder al riesgo de reprimarización asociado al creciente peso de China. [...] Además, es una herramienta que puede contribuir a la autonomía estratégica de ambas regiones ante la competencia Estados Unidos-China, que pretende situar tanto a Latinoamérica como a la UE en una posición de subordinación estratégica<sup>51</sup>.

En efecto, aparte de la dimensión comercial, contempla el diálogo político y la cooperación en áreas de interés común como medio ambiente, lucha contra el tráfico de drogas, terrorismo, economía digital, seguridad cibernética, protección de datos, ciencia, tecnología e innovación, educación, migraciones, responsabilidad social y empresarial, etc.<sup>52</sup> Muestra, pues, una clara significación geopolítica. Ahora bien, dadas las acentuadas asimetrías socioeconómicas existentes entre los dos bloques, deben preverse instrumentos de cooperación, inversión, transferencia tecnológica y financiamiento a fin de incentivar convergencia o, al menos, exorcizar el avance de la desigualdad. Por tanto, la IA está llamada a ser objeto de cooperación interregional e impulsar las relaciones UE-Mercosur.

## 5 Conclusiones

El contexto internacional está marcado por la rivalidad tecnológica tendencialmente bipolar, el fomento de la soberanía digital y de la autonomía estratégica; estas notas resultan evidentes en materia de IA. Asumida su relevancia estratégica de la IA, la UE está actuando para

[...] adaptar el mapa de acuerdos al nuevo contexto internacional, en el que el referente no es solo

---

ogy leadership. *Internationale Politik Quarterly*, 2022. Disponible en: <https://ip-quarterly.com/en/geopolitical-struggle-technology-leadership>. Acceso en: 25 mayo 2023.

<sup>51</sup> SANAHUJA, José. 30 años de Mercosur: el reto de las tres transiciones, digital, social y “verde”, y las relaciones con la Unión Europea. *Fundación Carolina*, 2021. Disponible en: <https://www.fundacioncarolina.es/30-anos-de-mercosur-el-reto-de-las-tres-transiciones-digital-social-y-verde-y-las-relaciones-con-la-union-europea/>. Acceso en: 31 mayo 2023.

<sup>52</sup> AZEVEDO, Belisario de et al. *Acuerdo de Asociación Mercosur-Unión Europea*: nota técnica, IDB-TN-01701. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2019.

EE.UU., sino cada vez más China y las tensiones comerciales entre ambos<sup>53</sup>. La agenda europea para ALC, particularmente, la digital, se orienta a que la UE pueda competir con la creciente presencia China en el territorio<sup>54</sup>.

En consecuencia, la UE, que se encuentra en la vanguardia regulatoria, dirige su política exterior a la promoción de acuerdos o asociaciones digitales. Como se ha señalado, la UE ha situado a ALC entre sus prioridades políticas en materia de IA con la Alianza digital UE-ALC, esto es, mediante una fórmula multilateral, que resulta de un escenario político propicio. Lo anterior se nutre de su consideración como un actor geopolítico central.

La IA constituye un elemento estratégico que repercute en cuestiones económicas, comerciales y de seguridad. Aspectos como el establecimiento de estándares requieren relaciones de cooperación en áreas diversas; de cara a lograr la alineación normativa, la cooperación regulatoria es clave. Su relevancia es todavía más considerable porque, como señala Ayuso, “la gobernanza comercial en el siglo XXI se basa más en regulaciones que en barreras arancelarias u otras limitaciones. Los acuerdos de asociación de la UE ofrecen la oportunidad de promover un marco regulatorio [...]”<sup>55</sup>. En este sentido, de acuerdo con Cedric,

si bien los EE.UU. y la UE divergen en la regulación de la IA, [...], continúan compartiendo un enfoque fundamental de la IA basado en el respeto de los derechos humanos. [...] actualmente se está formando una alianza en torno a una visión de la gobernanza sociotécnica orientada a los derechos humanos, que es adoptada y fomentada por naciones democráticas afines. Esta visión informa fuertemente cómo las autoridades del sector público deben relacionarse y manejar el uso de la IA y la tecnología de la información en la sociedad<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> AYUSO, Anna. EU-Mercosur: an opportunity not to be missed. *Internationale Politik Quarterly*, 2023. Disponible en: <https://ip-quarterly.com/en/eu-mercosur-opportunity-not-be-missed>. Acceso en: 28 may. 2023.

<sup>54</sup> SANAHUJA, José. 30 años de Mercosur: el reto de las tres transiciones, digital, social y “verde”, y las relaciones con la Unión Europea. *Fundación Carolina*, 2021. Disponible en: <https://www.fundacioncarolina.es/30-anos-de-mercosur-el-reto-de-las-tres-transiciones-digital-social-y-verde-y-las-relaciones-con-la-union-europea/>. Acceso en: 31 mayo 2023.

<sup>55</sup> AYUSO, Anna. EU-Mercosur: an opportunity not to be missed. *Internationale Politik Quarterly*, 2023. Disponible en: <https://ip-quarterly.com/en/eu-mercosur-opportunity-not-be-missed>. Acceso en: 28 may. 2023.

<sup>56</sup> CEDRIC, Benjamin. The geopolitics of AI and the rise of digital sovereignty. *Brookings*, 2022. Disponible en: <https://www.brookings.edu/research/the-geopolitics-of-ai-and-the-rise-of-digital-sover>

Ese enfoque también es compartido por Mercosur lo cual facilita la cooperación y la formación de una verdadera “asociación estratégica” en el terreno de la IA.

Por último, el establecimiento de una IA confiable resulta beneficiosa para los usuarios, dentro y fuera, de la UE. La adopción de estándares confiables de IA ampliará el círculo de beneficiarios. La confiabilidad de la IA fomentará su uso lo cual tendrá un impacto económico positivo y posibilitará su expansión a los procesos productivos. En este contexto, la cooperación entre la UE y Mercosur en IA parece que está sustentada en el compromiso político y en un enfoque común que descansa en valores (derechos, democracia...) y en el protagonismo gubernamental.

## Bibliografía

ABDALA, María; LACROIX, Santiago; SOUBIE, Santiago. *La política de la inteligencia artificial: sus usos en el sector público y sus implicancias regulatorias*. Buenos Aires: Cippec, 2019. Disponible en: <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2019/10/185-DT-Abdala-Lacroix-y-Soubie-La-pol%C3%ADtica-de-la-Inteligencia-Artifici....pdf>. Acceso en: 10 may. 2023.

ANTONOV, Alexander; KERIKMÄE, Tanel. Trustworthy AI as a future driver for competitiveness and social change in the EU. *En: RAMIRO TROTIÑO, David et al. (eds.). The EU in the 21<sup>st</sup> Century, David*. Cham: Springer, 2020. p. 135-154.

ARTEAGA, Félix. *Contexto estratégico de la inteligencia artificial: en la inteligencia artificial aplicada a la defensa*. Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2017.

AYUSO, Anna. EU-Mercosur: an opportunity not to be missed. *Internationale Politik Quarterly*, 2023. Disponible en: <https://ip-quarterly.com/en/eu-mercosur-opportunity-not-be-missed>. Acceso en: 28 may. 2023.

AZCONA, J.; GIL, F. Geopolitics, governance, and AI. *En: SAURA J.; DEBASA, F. (eds.). Handbook of research on artificial intelligence in government practices and processes*. Hershey, PA: IGI Global, 2022. p. 1-12.

AZEVEDO, Belisario de *et al. Acuerdo de Asociación Mercosur-Unión Europea*: nota técnica, IDB-TN-01701. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2019.

CEDRIC, Benjamin. The geopolitics of AI and the rise of digital sovereignty. *Brookings*, 2022. Disponible en: <https://www.brookings.edu/research/the-geopolitics-of-ai-and-the-rise-of-digital-sovereignty/>. Acceso en: 18 mayo 2023.

COMISIÓN EUROPEA. *Inteligencia artificial para Europa*: COM(2018) 237 final. 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>. Acceso en: 11 mayo 2023.

GARCÍA, Víctor.; RUVALCABA-GÓMEZ, Edgar. Análisis de las estrategias nacionales de Inteligencia Artificial en América Latina: estudio de los enfoques de ética y derechos humanos. *Revista de Gestión Pública*, Valparaíso, v. 10, n. 1, p. 05-32, 2021.

GIRASA, Rosario. *Artificial intelligence as a disruptive technology: economic transformation and government regulation*. Cham: Palgrave Macmillan, 2020.

GRATIUS, Susanne. EU-LAC: a relationship beyond trade Political dialogues between unequal partners. *En: GARCÍA, María J.; GÓMEZ ARANA, Arantza (eds.). Latin America-European Union relations in the twenty-first century*. Manchester: Manchester University Press, 2022. p. 24-43.

HAGEBÖLLING, David. The geopolitical struggle for technology leadership. *Internationale Politik Quarterly*, 2022. Disponible en: <https://ip-quarterly.com/en/geopolitical-struggle-technology-leadership>. Acceso en: 25 mayo 2023.

HARARI, Yuval. Who will win the race for AI? *Foreign Policy*, 2019. Disponible en: <https://foreignpolicy.com/gt-essay/who-will-win-the-race-for-ai-united-states-china-data/>. Acceso en: 25 mayo 2023.

HOBBS, Carla; TORREBLANCA, José. La Alianza Digital UE-ALC: cómo hacer que Europa vuelva a escena. *European Council on Foreign Relations*, 2022. Disponible en: <https://ecfr.eu/madrid/publication/la-alianza-digital-ue-alc-como-hacer-que-europa-vuelva-a-escena/>. Acceso en: 29 mayo 2023.

KAI-FU, Lee. *Superpotencias de la inteligencia artificial: China, Silicon Valley y el nuevo orden mundial*. Barcelona: Deusto, 2020.

- KANE, Angela; WALLACH, Wendell. Artificial intelligence is already upending geopolitics. *Join TechCrunch+*, 2022. Disponible en: <https://trn.ch/37i1CS6>. Acceso en: 20 mayo 2023.
- MALAMUD, Carlos. Integración y cooperación regional en América Latina: diagnóstico y propuestas. *Real Instituto Elcano*, 2015. Disponible en <https://www.realinstitutoelcano.org/documento-de-trabajo/integracion-y-cooperacion-regional-en-america-latina-diagnostico-y-propuestas/>. Acceso en: 20 mayo 2023.
- MARTÍNEZ, Ana Laura; PATIÑO Alejandro (coord.). *El Mercosur frente al cambio tecnológico y la transformación digital: elementos para el análisis*. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto, 2021.
- MIAILHE, Nicolas. Géopolitique de l'intelligence artificielle: le retour des empires? *Politique Étrangère*, v. 3, p. 105-117, Sept. 2018.
- MILA-MALDONADO, Andrea; LÓPEZ-LÓPEZ, Paulo. Así nos vemos: novos tempos na (des)integração latinoamericana. *Tempo Exterior*, v. 23, n. 45, p. 139-154, Jul./Dic. 2022.
- NATIONAL SECURITY COMMISSION ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE. *Final report*. 2021. Disponible en: <https://www.nscai.gov/wp-content/uploads/2021/03/Full-Report-Digital-1.pdf>. Acceso en: 23 mayo 2023.
- NOLTE, Derlef. Perspectivas de la próxima cumbre CELAC-UE: ¿sigue siendo válido y realista el objetivo de una asociación estratégica? *Fundación EU-LAC*, 2023. Disponible en: <https://eulacfoundation.org/es/perspectivas-la-proxima-cumbre-celac-ue-sigue-siendo-valido-y-realista-el-objetivo-una-asociacion>. Acceso en: 20 mayo 2023.
- PARLAMENTO EUROPEO. *Artificial Intelligence diplomacy: artificial intelligence governance as a new European Union external policy tool: study requested by the AIDA Committee*. 2021. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662926/IPOL\\_STU\(2021\)662926\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662926/IPOL_STU(2021)662926_EN.pdf). Acceso en: 21 mayo 2023.
- RAMIRO, David *et al.* El Parlamento Europeo y la necesidad de una legislación común en un marco europeo de la inteligencia artificial. *En: KERIKMAE, Tanel et al. (coords.). Inteligencia artificial: de la discrepancia regional a las reglas universales: integración de percepciones* políticas, económicas y legales. Navarra: Thomson Reuters, 2020. p. 369-384.
- SANAHUJA, José. 30 años de Mercosur: el reto de las tres transiciones, digital, social y “verde”, y las relaciones con la Unión Europea. *Fundación Carolina*, 2021. Disponible en: <https://www.fundacioncarolina.es/30-anos-de-mercosur-el-reto-de-las-tres-transiciones-digital-social-y-verde-y-las-relaciones-con-la-union-europea/>. Acceso en: 31 mayo 2023.
- SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR. *Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más flerte: estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea*. 2016. Disponible en: [https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs\\_review\\_web\\_0.pdf](https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs_review_web_0.pdf). Acceso en: 30 mayo 2023.
- TORRES JARRÍN, Mario; DAZA ARAMAYO, Lourdes Gabriela. Geopolitical aspects in EU-LAC inter-regionalism. *En: TORRES JARRÍN, Mario; DAZA ARAMAYO, Lourdes Gabriela. EU-MERCOSUR inter-regionalism: diplomatic and trade relations*. Cham: Springer, 2023. p. 31-50.
- VERDES-MONTENEGRO, Francisco. La autonomía estratégica de la Unión Europea: ¿en qué lugar queda América Latina? *En: SANAHUJA, José (ed.). Relanzar las relaciones entre América Latina y la Unión Europea: autonomía estratégica, cooperación avanzada y recuperación digital, verde y social*. Madrid: Fundación Carolina, 2022. p. 191-224.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Artificial intelligence:** a claim for strict liability for human rights violations

**IA e responsabilidade:** uma abordagem internacional de direitos humanos

Lutiana Valadares Fernandes Barbosa

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

# Artificial intelligence: a claim for strict liability for human rights violations\*

## IA e responsabilidade: uma abordagem internacional de direitos humanos

Lutiana Valadares Fernandes Barbosa\*\*

### Abstract

This article aims to answer the question of which civil responsibility threshold shall apply in case of violation of human rights in the context of artificial intelligence (AI). It starts by introducing possible risks AI presents to human rights, including privacy violations, discrimination, and lack of accountability. Next, it presents the challenges AI poses at the helm of civil responsibility such as challenges in attribution, break of the causal chain, and excessive burden of proof. It further discusses the under-development AI regulatory initiatives, such as the European Union's and its expected Brussels effect, and the Brazilian framework, as regards responsibility and human rights, presenting their advantages and drawbacks. It then explores the alternative proposal of the principle of AI neutrality. It debates the AI responsibility threshold in the realm of human rights violations. The conclusion is that human rights are a necessary global filter for AI regulation and that strict liability is the most suitable threshold in the case of AI's breaches of human rights.

**Keywords:** artificial intelligence; EU AI Act; responsibility; human rights; strict liability.

### Resumo

Este artigo tem como objetivo refletir sobre inteligência artificial e responsabilidade civil a partir de uma abordagem de direitos humanos. Começa por introduzir possíveis riscos que a inteligência artificial (IA) apresenta para os direitos humanos. A seguir, apresenta os desafios que a IA coloca no comando da responsabilidade. Discute ainda as iniciativas regulatórias de IA em subdesenvolvimento, como a da União Europeia e seu esperado efeito Bruxelas, e o arcabouço brasileiro. Em seguida, reflete criticamente sobre as iniciativas regulatórias. Conclui que os direitos humanos são um filtro global necessário para a regulamentação da IA e para os pedidos de responsabilidade civil estrita no caso de violações dos direitos humanos por parte da IA.

**Palavras chave:** Inteligência Artificial, EU AI Act, Responsabilidade, Direitos Humanos, responsabilidade estrita.

\* Recebido em 01/06/2023  
Aprovado em 05/10/2023

\*\* Defensora Pública Federal desde 2010. Mestre em Direito pela Columbia University/ NY e PUC/MG. Doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais.  
E-mail: lutianafernandes@yahoo.com.br

# 1 Introduction

Artificial Intelligence (AI) is progressively ingraining itself into diverse aspects of human life. From the instant we wake up and engage with our smartphones, to the tasks we undertake at work, to the medical services we seek, to our entertainment choices, and even in our interactions with government services and benefits, AI integrates into our daily routines, often being unnoticed by users.

AI might mean accuracy and efficiency and lead to many positive outcomes, across diverse fields, such as improving medical care, by helping the diagnosis and treatment of diseases and improving education by aiding both teachers and students. However, studies have shown that AI might negatively impact human rights, in areas such as privacy violations and discrimination.

AI consists of systems that have the capability to perform tasks that are analogous or associated with tasks performed by humans, such as problem-solving, decision-making, language understanding, and learning. AI represents a paradigm shift in decision-making<sup>1</sup> and has been defined as a fourth industrial revolution<sup>2</sup>. De-

cision-making processes that previously could only be carried out by humans are increasingly carried out by autonomous devices operating by artificial intelligence. These devices recognize patterns, perform prediction and prediction often have learning capabilities.

Several legal challenges arise from this new reality, including accountability. Numerous AI systems operate as black boxes, which means a challenge to hold someone accountable for the violations. Adding to that AI-related decisions can be diffuse, a result of many smaller decisions of numerous people, making it difficult to ascribe responsibility. Therefore, careful consideration of responsibility for AI breaches of human rights is necessary aiming at thinking through measures to mitigate potential negative consequences. If there is a violation of human rights in the context of AI, who shall be held responsible? And what shall be necessary for responsibility to ensue?

This article focuses on civil liability in the context of the use of AI devices and analyzes it from an international, regional, and domestic law perspective, as regards human rights violations.

It aims to answer the question: which standard of responsibility shall apply in cases of human rights violations in the context of AI. It considers the existing and under-development initiatives and proposes, *de lege ferenda*, a responsibility threshold.

The analyses were conducted from a human rights-based approach.<sup>3</sup> To answer this question, qualitative research was developed. Bibliographical research was conducted regarding AI, Human Rights, and Responsibility. Its results were analyzed using the hypothetical-deductive method. A documentary survey was carried out in the under-development initiatives of AI regulation. Its results were analyzed using the inductive method.

<sup>1</sup> “Artificial Intelligence (AI) refers to systems or machines that mimic human cognitive functions such as learning, problem-solving, perception, decision-making, and natural language processing.” - EUROPEAN COMMISSION. *What is Artificial Intelligence?* 2021. Available in: [https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/research-area/digital-transformation/artificial-intelligence\\_en](https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/research-area/digital-transformation/artificial-intelligence_en). Accessed in: 13 nov. 2022. “Artificial Intelligence (AI) is the field of computer science dedicated to solving cognitive problems commonly associated with human intelligence, such as learning, problem-solving, and pattern recognition.” - ARTIFICIAL Intelligence. *MIT Technology Review*, 2021. Available in: <https://www.technologyreview.com/topic/artificial-intelligence/>. Accessed in: 13 nov. 2022. “Artificial Intelligence (AI) is the development of computer systems that can perform tasks that would require human intelligence to complete.” - THE WORLD ECONOMIC FORUM. *The World Economic Forum. What is artificial intelligence?* We Forum, 2021. Available in: <https://www.weforum.org/agenda/2016/12/what-is-artificial-intelligence/>. Accessed in: 13 nov. 2022. “Artificial Intelligence is the study of how to make computers do things which, at the moment, people do better” RUSSELL, S. J.; NORVIG, P. *Artificial intelligence: A modern approach*. Pearson Education, 2010. p. 2. Goodfellow, Bengio, and Courville (2016) in their book “Deep Learning”: “AI is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs” GOODFELLOW, I.; BENGIO, Y.; COURVILLE, A. *Deep learning*. MIT Press, 2016. p. 1.

<sup>2</sup> ABBOTT, Ryan. *The Reasonable Robot: Artificial Intelligence and the Law*, Cambridge University Press, 2020. p. 2 “Already impressive-sounding era titles such as the Fourth Industrial Revolution, the Second Machine Age, and the Automation Revolution are being used to describe the coming disruption.”

<sup>3</sup> UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT GROUP. *Universal Values - Principle One: Human Rights-Based Approach*. UN, 2020. Available in: <https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach>. Accessed in: 13 nov. 2022. “The human rights-based approach (HRBA) is a conceptual framework for the process of human development that is normatively based on international human rights standards and operationally directed to promoting and protecting human rights. It seeks to analyses inequalities which lie at the heart of development problems and redress discriminatory practices and unjust distributions of power that impede development progress and often result in groups of people being left behind.”

## 2 Some of the risks posed by AI at the helm of human rights

Human Rights protect all human beings, regardless of gender, national or ethnic origin, color, religion, age, or other characteristics. They are stated in the Universal Declaration of Human Rights, as well as many international treaties and customary international law. Human Rights embrace various rights such as life, education, health, freedom, and non-discrimination. Through ratifying treaties and customary international law, States are obliged to respect, protect, and remedy human rights violations within their jurisdiction.

AI might be beneficial in various domains but might also represent additional challenges to human rights.

In this sense, UNESCO's recommendation on the Ethical Uses of AI states that:

AI technologies can be of great service to humanity and all countries can benefit from them, but also raise fundamental ethical concerns, for instance regarding the biases they can embed and exacerbate, potentially resulting in discrimination, inequality, digital divides, exclusion and a threat to cultural, social and biological diversity and social or economic divides; the need for transparency and understandability of the workings of algorithms and the data with which they have been trained; and their potential impact on, including but not limited to, human dignity, human rights and fundamental freedoms, gender equality, democracy, social, economic, political and cultural processes, scientific and engineering practices, animal welfare, and the environment and ecosystems.<sup>4</sup>

In the field of privacy, AI-enabled surveillance systems, such as facial recognition, biometric data, and location tracking, can violate individual's right to privacy by collecting and analyzing vast amounts of personal data without their consent. As regards discrimination, AI systems frequently learn from data, which may contain biases, enhancing, thus, discrimination against certain groups, such as people of African descent, women, migrants the elderly, and traditional peoples, in multiple areas such as hiring, lending, and criminal justice. In short, AI might be deployed with intended or unintended discriminatory results: racist, sexist, xenophobic, ageist, and ethnocidal.

<sup>4</sup> UNESCO. *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*. Unesco, 2021. Available in: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455>. Accessed in: 13 nov. 2022.

Therefore, AI systems must pass through the Human Rights filter, which means they must Consider social risks, favor the underprivileged and vulnerable, consider the perspectives of indigenous people, riverside dwellers, quilombolas, women, mothers, the LGBTI population, be an instrument of social transformation and not the reinforcement of prejudices and discriminatory practices, ensure social and democratic participation, comply with the principles of non-discrimination, freedom of expression, privacy, among others.

## 3 AI and civil responsibility

In this section, the challenges AI poses to responsibility will be discussed. Next, the European and Brazilian regulatory initiatives will be presented as well as other doctrinal approaches. Then, their advantages and drawbacks and alternative proposals will be discussed.

### 3.1 Some of the Challenges posed by AI in the realm of responsibility

Schemes of responsibility are typically composed of tort, damage, causal link, and if the responsibility is not strict, the subjective element (fault or intent). However, in the context of AI, the subjective element might be very hard or even impossible to assess. AI might be capable of independent action, excluding the subjective element between the human decision to deploy it and the AI action performed or the decision taken. Furthermore, the subjective element might be inexistent due to AI devices' inherent unpredictability, which occurs both due to the complexity of the system's algorithms and to the interaction with the environment AI's causal chain might be inaccessible even to programmers, so it is likely to be impossible to know and trace back how and why AI pursued the decision-making process.<sup>5</sup>

Therefore current national liability rules, in particular, based on fault, are not suited to handling liability claims for damage caused by AI-enabled products and services. Under such rules, victims need to prove a wrongful action or omission by a person who caused the damage. The specific characteristics of AI, including complexity, autonomy and opacity

<sup>5</sup> ABBOTT, Ryan. *The Reasonable Robot: Artificial Intelligence and the Law*, Cambridge University Press, 2020. p. 33 "An AI's action cannot always be explained. It may be possible to determine what an AI has done, but not how or why it acted as it did."



(the so-called “black box” effect), may make it difficult or prohibitively expensive for victims to identify the liable person and prove the requirements for a successful liability claim. In particular, when claiming compensation, victims could incur very high up-front costs and face significantly longer legal proceedings, compared to cases not involving AI. Victims may therefore be deterred from claiming compensation altogether.<sup>6</sup>

Furthermore, in the process of programming and deploying an AI system, there might be so many persons involved, then none of them can be considered responsible, as singularly considered, none of the actions suffice for the breach. That is named the “many hands problem” which creates challenges to the attribution of responsibility.

### 3.2 Regulatory Initiatives: EU and the Brussels effect

Regulatory initiatives are often classified as “horizontal” or “vertical” regulations. “In a horizontal approach, regulators create one comprehensive regulation that covers the many impacts AI can have. In a vertical strategy, policymakers take a bespoke approach, creating different regulations to target different applications or types of AI.”<sup>7</sup> The horizontal model bears the problem of lack of specificity regarding specific uses of AI, and might lack clarity as regards responsibility. On the other hand, the vertical model meaning a regulation for each use of AI, might create a regulatory chaos and hamper innovation, as each specific use has its specific regulations.

In Europe the EU AI project provides a horizontal framework, namely embracing a wide range of AI technologies. It is argued to be a positive strategy as it makes possible a harmonization of AI regulation across its member states. Some risks regarding this approach are that individual regulators who under the EU AI Act must enforce its requirements might interpret differently the same situation or might have varying capacities

to regulate. It is also questioned if the proposed European AI Office will have the effective capability to complement national regulators to bring them to the same page.<sup>8</sup> Another challenge is that the proposed EU AI Act delegates technical requirements to standardization processes which is positive to allow some flexibility and expertise, but also bears the risk of lack of civil society participation, as it tends to be industry driven.<sup>9</sup>

The main feature of the project is the risk approach. AI uses presenting unacceptable risks must be prohibited, AI uses presenting high risk must pass through a conformity assessment, those offering limited risk have the duty of transparency, and those offering minimal risk have no extra AI requirements. Which technologies fall under which risk level is still being debated by EU. The risk approach was adopted aiming at leaving 80-90% of the uses of technology unregulated and thus not hampering innovation. Within the broad framework of the EU AI Act, EU is also discussing the EU AI Liability Directive<sup>10</sup>.

In the explanatory memorandum to the EU AI Liability Directive, it was stated that:

Current national liability rules, in particular based on fault, are not suited to handling liability claims for damage caused by AI-enabled products and services. Under such rules, victims need to prove a wrongful action or omission by a person who caused the damage. The specific characteristics of AI, including complexity, autonomy and opacity (the so-called “black box” effect), may make it difficult or prohibitively expensive for victims to identify the liable person and prove the requirements for a successful liability claim.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a directive of the european parliament and of the council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence*. AI Liability Directive, 2022. Available in: [https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1\\_1\\_197605\\_prop\\_dir\\_ai\\_en.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf). Accessed in: 13 nov. 2022.

<sup>7</sup> O'SHAUGHNESSY, Matt; SHEEHAN, Matt. *Lessons From the World's Two Experiments in AI Governance*. *Carnegie*, 14 feb. 2023. Available in: <https://carnegieendowment.org/2023/02/14/lessons-from-world-s-two-experiments-in-ai-governance-pub-89035>. Accessed in: 13 nov. 2022.

<sup>8</sup> O'SHAUGHNESSY, Matt; SHEEHAN, Matt. *Lessons From the World's Two Experiments in AI Governance*. *Carnegie*, 14 feb. 2023. Available in: <https://carnegieendowment.org/2023/02/14/lessons-from-world-s-two-experiments-in-ai-governance-pub-89035>. Accessed in: 13 nov. 2022.

<sup>9</sup> O'SHAUGHNESSY, Matt; SHEEHAN, Matt. *Lessons From the World's Two Experiments in AI Governance*. *Carnegie*, 14 feb. 2023. Available in: <https://carnegieendowment.org/2023/02/14/lessons-from-world-s-two-experiments-in-ai-governance-pub-89035>. Accessed in: 13 nov. 2022.

<sup>10</sup> “The purpose of the AI Liability Directive proposal is to improve the functioning of the internal market by laying down uniform rules for certain aspects of non-contractual civil liability for damage caused with the involvement of AI systems.” EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a directive of the european parliament and of the council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence*. AI Liability Directive, 2022. Available in: [https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1\\_1\\_197605\\_prop\\_dir\\_ai\\_en.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf). Accessed in: 13 nov. 2022.

<sup>11</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a directive of the european parliament and of the council on adapting non-contractual civil liability rules to*

Three possibilities were considered for the liability directive: To alleviate the victim's burden of proof; To alleviate the victim's burden of proof, to ensure strict liability for certain uses, and to ensure mandatory insurance; and to alleviate the victim's burden of proof and after a period of time, to reevaluate the necessity of strict liability and mandatory insurance. The last option is the one conveyed by the EU liability directive, which is under consideration. Its article 3 deals with the disclosure of evidence and a rebuttable presumption of non-compliance, article 4 with a rebuttable presumption of a causal link in case of fault, and Article 5 with a review of the necessary measures after five years.<sup>12</sup>

The EU proposal, if adopted, will be the first regional regulation on AI. It is expected that it will impact the whole world, based on the so-called Brussels effect, which means the influence of EU regulations and standards on global governments, markets, and industries.<sup>13</sup>

On the positive side, the EU proposal as it currently stands has a great focus on human rights. Nonetheless, the liability directive proposal is based on fault. Despite alleviating the victim's burden of proof, victims' protection is rather weak, considering all the challenges posed by AI. Strict liability rules would be much better to ensure victims' redress. Therefore, on the accountability for AI violations of human rights, as it currently stands, the proposal is not a good influence on the world.

*artificial intelligence*. AI Liability Directive, 2022. Available in: [https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1\\_1\\_197605\\_prop\\_dir\\_ai\\_en.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf). Accessed in: 13 nov. 2022.

<sup>12</sup> "Three policy options were assessed: Policy option 1: three measures to ease the burden of proof for victims trying to prove their liability claim. Policy option 2: the measures under option 1 + harmonising strict liability rules for AI use cases with a particular risk profile, coupled with a mandatory insurance. Policy option 3: a staged approach consisting of: – a first stage: the measures under option 1; – a second stage: a review mechanism to re-assess, in particular, the need for harmonising strict liability for AI use cases with a particular risk profile (possibly coupled with a mandatory insurance)." [https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/contract-rules/digital-contracts/liability-rules-artificial-intelligence\\_en](https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/contract-rules/digital-contracts/liability-rules-artificial-intelligence_en). EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a directive of the european parliament and of the council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence*. AI Liability Directive, 2022. Available in: [https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1\\_1\\_197605\\_prop\\_dir\\_ai\\_en.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf). Accessed in: 13 nov. 2022.

<sup>13</sup> For an In-depth knowledge on the Brussels effect see BRADFORD, Anu. *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*. Oxford University Press, 2020.

### 3.3 Regulatory Initiatives: Brazil

In Brazil, the proposals to regulate AI are also predominantly horizontal. The Bill n. 21/2020 aimed at establishing "fundamentals, principles, and guidelines for the development and application of artificial intelligence." It states that Human Rights is one of the fundamentals of the development and use of AI in Brazil (art.4o). Initially it stated that the general rule shall be subjective responsibility (fault or intent, unlawful act, damage, causal link) in the context of AI violations. Strict liability was foreseen just for consumer relations and government responsibility. Its responsibility provisions were highly criticized. Suggestions regarding how to address responsibility varied broadly. From strict liability to schemes of responsibility. It remains to be seen how the bill will be enacted.

In 2023, after the thoughtful work of a commission of lawyers, Bill N. 21/2020 was substituted to Bill n. 2338/2023. The project is grounded on human rights. It states that the development, implementation, and use of systems of AI in Brazil are grounded on "the centrality of the human person" and on the "respect for human rights and democratic values."<sup>14</sup> Regarding responsibility, it is more protective than the EU proposal, as it states that:

Art. 27. The supplier or operator of the system of artificial intelligence that causes patrimonial, moral, individual, or collective damage is obligated to repair it fully, regardless of the degree of autonomy of the system.

§ 1 In the case of a system of artificial intelligence of high risk or excessive risk, the supplier or operator responds strictly for the damage caused, to the extent of its participation in the damage.

§ 2 When it is not a system of artificial intelligence of high risk, the fault of the agent causing the damage will be presumed, applying the reversal of the burden of proof in favor of the victim.<sup>15</sup>

It is positive that under the Brazilian Bill, n. 2338/2023 strict liability ensues in case of systems of AI of high or excessive risk. This means it offers a higher protection threshold compared to the EU project,

<sup>14</sup> PACHECO, Rodrigo. *PL 2338/2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Available in: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Accessed in: 13 nov. 2022. art. 2º

<sup>15</sup> PACHECO, Rodrigo. *PL 2338/2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Available in: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Accessed in: 13 nov. 2022.

where there is only a provision to alleviate the victim's burden of proof. However, strict liability only ensues for AI of high risk or excessive risk, and AI-related actions that impact human rights are part of the high or excessive list. For the non-high-risk AI, there is a reversal of the burden of proof, which still helps victims to receive compensation but is not as protective as strict liability.

Hopefully, the Brazilian bill will be amended to embrace AI-related actions that impact human rights as part of the high or excessive list. Optimistically, the Brazilian bill will influence other Inter-American member states and future Inter-American regulation. Unfortunately, power dynamics are so that global south legislations have a low or null impact on EU legislation, meaning that the chances that the Brazilian bill is not likely to influence the EU bill.

### 3.4 The principle of AI neutrality approach.

As can be observed from the Brazilian and EU proposals, some states are discussing strict liability in the context of AI,<sup>16</sup> as well as other approaches focused on providing redress to victims such as reversal or facilitation of the burden of proof.

On the doctrine, there are other approaches, such as the principle of AI neutrality coined by Abbot. The principle of AI neutrality, states that strict liability should not be applied if AI is safer or performs better than humans and humans are not subject to strict liability.<sup>17</sup> This means that despite recognizing the benefits of strict liability, he claims that if AI offers better and safer results, for example, in driving a car, it is not effective that human's liability is grounded on fault and AI is subjected to strict liability, among his arguments is that a higher threshold of accountability could hamper innovation.

Abbot's proposal has the positive of considering the importance of innovation. However, Abbot does not analyze responsibility with a human rights approach,

and in the specific context of breaches of human rights.

Our claim is that the principle of AI neutrality shall not be applied in cases of human rights-related AI breaches, as they relate to the most essential rights of human beings and shall be subjected to strict liability as will be exposed in the next section. Requiring the scrutiny of intentionality (intent, fault, negligence, recklessness) for AI actions is far more challenging compared to human actions, considering AI's inherent unpredictability, which might create an unsurmountable barrier to remedying human rights violations. From a human rights-centric perspective higher threshold of responsibility does not hamper innovation, but rather creates opportunities for a human rights-aligned innovation that by design cares more about preventing possible damages.

## 4 Strict liability for human rights breaches

First the EU and the Brazilian proposals for regulation of AI bear in common the human-centric and human rights-grounded perspectives. In the same sense, initiatives such as the Asilomar Principles and the UNESCO Recommendation on the Ethics of AI are also grounded on human rights and responsibility.

According to the Asilomar Principle 9, named **Responsibility**, "Designers and builders of advanced AI systems are stakeholders in the moral implications of their use, misuse, and actions, with a responsibility and opportunity to shape those implications."<sup>18</sup> Asilomar Principle 11 is named **Human Values, and states that** "AI systems should be designed and operated so as to be compatible with ideals of human dignity, rights, freedoms, and cultural diversity."<sup>19</sup>

UNESCO Ethical Uses of AI is grounded on the respect of human rights and responsibility.

42. AI actors and Member States should respect, protect and promote human rights and fundamental freedoms, and should also promote the protec-

<sup>16</sup> GEIß, Robin (org.). *Lethal Autonomous Weapons Systems: Risk Management and State Responsibility in Lethal Autonomous Weapons Systems Technology, Definition, Ethics, Law & Security*. Berlin: German Federal Foreign Office. Available in: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/204830/5f26c2e0826db0d000072441fdeaa8ba/abruistung-laws-data.pdf>. Accessed in: 17 nov. 2022. p. 117

<sup>17</sup> ABBOTT, Ryan. *The Reasonable Robot: Artificial Intelligence and the Law*, Cambridge University Press, 2020. p. 4.

<sup>18</sup> FUTURE OF LIFE INSTITUTE. *Asilomar Principles*. 2017. Available in: <https://futureoflife.org/open-letter/ai-principles/>. Accessed in: 13 nov. 2022.

<sup>19</sup> FUTURE OF LIFE INSTITUTE. *Asilomar Principles*. 2017. Available in: <https://futureoflife.org/open-letter/ai-principles/>. Accessed in: 13 nov. 2022.

tion of the environment and ecosystems, assuming their respective ethical and legal responsibility, in accordance with national and international law, in particular Member States' human rights obligations, and ethical guidance throughout the life cycle of AI systems, including with respect to AI actors within their effective territory and control. The ethical responsibility and liability for the decisions and actions based in any way on an AI system should always ultimately be attributable to AI actors corresponding to their role in the life cycle of the AI system.<sup>20</sup>

Despite the Asilomar Principles, the UNESCO recommendation, and the EU and the Brazilian proposals of bills grounds on responsibility and human rights, none of them are explicit to facilitate responsibility with a focus on providing redress to victims when human rights are violated. The Brazilian proposal goes much further than the EU and ensures strict liability for systems of AI of high or excessive risk but does not include among the AI of high or excessive risk specifically Human Rights violations.

This paper claims that if the damage caused was a violation of human rights, strict liability shall ensue, grounded on the following arguments.

First, there is an obligation to respect, protect and remedy human rights violations. Therefore, human rights obligations must be observed in all domains and are thus a necessary filter for the development and use of AI, meaning that they can only be developed and used in conformity with human rights. In line with this, the main AI principles, such as the aforementioned Asilomar Principles, the UNESCO recommendation on the Ethical Uses of AI, the under-development EU AI Act, and the Brazilian bill are all grounded on human rights and foster the obligations to protect and respect human rights but do not address the obligation to effectively remedy.

Second, AI is inherently unpredictable, meaning it might perform in venues unforeseen even by programmers, creating additional risks to human rights. These additional risks, combined with the obligation to remedy human rights violations, are a basis for strict liability.

The report from the EU Parliament Commission report<sup>21</sup> that accompanied the EU White Paper on AI,

highlights AI characteristics that lead to unpredictability and create obstacles to comprehending the root causes of damages. "They can combine connectivity, autonomy, and data dependency to perform tasks with little or no human control or supervision."<sup>22</sup> Moreover, AI systems are characterized by a "[...] plurality of economic operators involved in the supply chain and the multiplicity of components, parts, software, systems or services, which together form the new technological ecosystems."<sup>23</sup> They can also learn from data, experiences, and self-update. This means that "The vast amounts of data involved, the reliance on algorithms and the opacity of AI decision-making, make it more difficult to predict the behavior of an AI-enabled product and to understand the potential causes of a damage."<sup>24</sup>

The inherent unpredictability of AI system means the impossibility or challenges to predict precisely what courses an AI system will pursue to achieve its objectives, even if the high-level goals are set.

Unpredictability of AI, one of many impossibility results in AI Safety, also known as Unknowability [Vinge, 1993] or Cognitive Uncontainability [Cognitive Uncontainability, 287019], is deemed as our inability to precisely and consistently predict what specific actions an intelligent system will take to achieve its objectives, even if we know the terminal goals of the system. It is related but is not the same as unexplainability and incomprehensibility of AI [Yampolskiy, 2019]. Unpredictability does not imply that better-than-random statistical analysis is impossible; it simply points out a general limitation on how well such efforts can perform, and is parti-

---

*the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics COM/2020/64. Available in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1593079180383&uri=CELEX:52020DC0064>. Accessed in: 13 nov. 2022.*

<sup>22</sup> COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT; EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics COM/2020/64. Available in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1593079180383&uri=CELEX:52020DC0064>. Accessed in: 13 nov. 2022.*

<sup>23</sup> COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT; EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics COM/2020/64. Available in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1593079180383&uri=CELEX:52020DC0064>. Accessed in: 13 nov. 2022.*

<sup>24</sup> COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT; EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics COM/2020/64. Available in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1593079180383&uri=CELEX:52020DC0064>. Accessed in: 13 nov. 2022.*

<sup>20</sup> UNESCO. *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*. Unesco, 2021. Available in: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455>. Accessed in: 13 nov. 2022.

<sup>21</sup> COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT; EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *Report on*

cularly pronounced with advanced generally intelligent systems (superintelligence) in novel domains.<sup>25</sup>

For example, Deep Blue AI chess player developers cannot foresee every move it will take. What they can anticipate is that it moves to aim at winning.<sup>26</sup>

Under the threshold of strict liability, damage gives rise to responsibility, and the issue of intentionality (intent, fault, negligence, recklessness) is removed from scrutiny. Agents are automatically responsible when AI causes damage, even if it behaves unpredictably. Requiring the scrutiny of the issue of intentionality (intent, fault, negligence, recklessness) for AI misdoings is far more challenging compared to human misdoings, considering AI's is capable to perform activities that previously only humans could develop and that it is inherently unpredictable both due to the interaction with the environment and due to the complexity and black boxes of algorithms. A threshold other than strict liability might create an unsurmountable barrier to remedying human rights violations.

Third, strict liability for human rights violations incentivizes a human rights-centric perspective through the design of AI programs and devices. UNESCO's hallmark instrument on the ethical uses of AI states that "risks and ethical concerns should not hamper innovation and development but rather provide new opportunities and stimulate ethically-conducted research and innovation that anchor AI technologies in human rights and fundamental freedoms, values and principles, and moral and ethical reflection."<sup>27</sup> If developers and deployers are aware of a strict liability threshold if they violate human rights, when they develop, test, purchase, and deploy AI devices, they will have extra precautions concerns with human rights risk mitigating measures.

Fourth, at the national and international levels, there is a tendency towards strict liability regimes regarding the development of dangerous activities.<sup>28</sup> Within the

domestic domain, some States discuss strict liability for autonomous technologies.<sup>29</sup> Internationally, environmental law has deep-rooted strict liability regimes for hazardous activities with principles such as the "polluter-pays."<sup>30</sup> The Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, for instance, states at its preamble the "desirability of providing for strict liability in this field taking into account the "Polluter Pays" Principle."<sup>31</sup> The International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC) foresees for example, that "the owner of a ship at the time of an incident, or where the incident consists of a series of occurrences at the time of the first such occurrence, shall be liable for any pollution damage caused by oil which has escaped or been discharged from the ship as a result of the incident."<sup>32</sup> The Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects also foresees strict liability in its article 2o "A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the earth or to aircraft flight."<sup>33</sup>

The aforementioned instruments point to the importance of strict liability of risky activities.

## 5 Conclusion

AI and its ethical and legal implications must be seen through the lenses of human rights, the public interest,

<sup>25</sup> YAMPOLSKIY, Roman. Unpredictability of AI: On the Impossibility of Accurately Predicting All Actions of a Smarter Agent. *Journal of Artificial Intelligence and Consciousness*, v. 7, 2020. p. 110.

<sup>26</sup> YAMPOLSKIY, Roman. Unpredictability of AI: On the Impossibility of Accurately Predicting All Actions of a Smarter Agent. *Journal of Artificial Intelligence and Consciousness*, v. 7, 2020. p. 110.

<sup>27</sup> UNESCO. *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*. Unesco, 2021. Available in: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455>. Accessed in: 13 nov. 2022.

<sup>28</sup> AMOROSO, Daniele. *Autonomous Weapons Systems and International Law: A Study on Human-Machine Interactions in Ethically and Legally Sensitive Domains*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

<sup>29</sup> GEIß, Robin (org.). *Lethal Autonomous Weapons Systems: Risk Management and State Responsibility in Lethal Autonomous Weapons Systems Technology, Definition, Ethics, Law & Security*. Berlin: German Federal Foreign Office. Available in: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/204830/5f26c2e0826db0d000072441fdea8ba/abruetzung-laws-data.pdf>. Accessed in: 17 nov. 2022. p. 117

<sup>30</sup> UNITED NATIONS. *General Assembly Report of the United Nations Conference on Environment and Development*. Rio de Janeiro, 3-14 June 1992. v. 1. Annex I Rio declaration on environment and development A/CONF.151/26 (Vol. I) (12 August 1992) At article 16

<sup>31</sup> CONCIL OF EUROPE. *Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment*. Adopted 12 June 1993, entry into force 12 June 1993. Lugano, 21, v. 6, 1993. Available in: <https://rm.coe.int/168007c079>. Accessed in: 13 nov. 2022.

<sup>32</sup> INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. *Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*. UN, 1992. Available in: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20973/volume-973-I-14097-English.pdf>. Accessed in: 17 nov. 2022.

<sup>33</sup> UNITED NATIONS. *Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*. UN, 29 mar. 1972. This Convention elaborates on article 7 of the UNITED NATIONS. *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*. 27 jan. 1967. art. 7.

and the United Nations development goals. These Human Rights lenses shall apply to all documents aiming at regulating AI, including the upcoming EU AI Act, the under-development Brazilian Regulation on AI, as well as to future Inter-American instruments on AI, which must observe the international responsibility to protect respect and remedy human rights violations. In this context, this paper claims strict liability is a relevant instrument to adequately provide remedies for AI-related human rights violations in the context of AI breaches and promote justice for victims.

Four main arguments were presented as the lynchpin for strict liability for human rights breaches in the context of AI. First, considering that human rights are essential rights that belong to every person in the world and the obligation to protect, respect, and remedy human rights violations, and the fact that the main existing AI instruments are based on a human rights approach, but do not provide adequate remedies for human rights violations. Second, AI develops activities formerly just performed by human beings and creates additional risks due to its inherent unpredictability and black boxes. Third, the necessity to foster human rights by design and risk mitigation approach in the context of the development, purchase, and deployment of AI devices. Fourth, the trend of national and international instruments for strict liability in the context of risky activities, such as in the human right to environment context.

In case AI systems cause damages that violate human rights, as argued throughout the paper, strict liability shall ensue. Ideally, this approach shall be adopted internationally, as AI violations often cross borders and are not limited to one jurisdiction. The under-development Brazilian project of bill PL 2338/2023 steps in this direction, while not yet ensuring strict liability for all human rights-related breaches. The EU project is still far from this perspective but shall also follow this path to comply with international obligations to respect protect, and remedy human rights violations.

## References

ABBOTT, Ryan. *The Reasonable Robot: Artificial Intelligence and the Law*, Cambridge University Press, 2020.

AMOROSO, Daniele. *Autonomous Weapons Systems and International Law: A Study on Human-Machine Interac-*

*tions in Ethically and Legally Sensitive Domains*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

ARTIFICIAL Intelligence. *MIT Technology Review*, 2021. Available in: <https://www.technologyreview.com/topic/artificial-intelligence/>. Accessed in: 13 nov. 2022.

BRADFORD, Anu. *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*. Oxford University Press, 2020.

COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT; EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics COM/2020/64*. Available in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1593079180383&uri=C ELEX:52020DC0064>. Accessed in: 13 nov. 2022.

CONCIL OF EUROPE. *Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment*. Adopted 12 June 1993, entry into force 12 June 1993. Lugano, 21, v. 6, 1993. Available in: <https://rm.coe.int/168007c079>. Accessed in: 13 nov. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a directive of the european parliament and of the council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence*. AI Liability Directive, 2022. Available in: [https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1\\_1\\_197605\\_prop\\_dir\\_ai\\_en.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf). Accessed in: 13 nov. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *What is Artificial Intelligence?* 2021. Available in: [https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/research-area/digital-transformation/artificial-intelligence\\_en](https://ec.europa.eu/info/research-and-innovation/research-area/digital-transformation/artificial-intelligence_en). Accessed in: 13 nov. 2022.

FUTURE OF LIFE INSTITUTE. *Asilomar Principles*. 2017. Available in: <https://futureoflife.org/open-letter/ai-principles/>. Accessed in: 13 nov. 2022.

GEIß, Robin (org.). *Lethal Autonomous Weapons Systems: Risk Management and State Responsibility in Lethal Autonomous Weapons Systems Technology, Definition, Ethics, Law & Security*. Berlin: German Federal Foreign Office. Available in: <https://www.auswaertigesamt.de/blob/204830/5f26c2e0826db0d000072441fdeaa8ba/abruestung-laws-data.pdf>. Accessed in: 17 nov. 2022.

GOODFELLOW, I.; BENGIO, Y.; COURVILLE, A. *Deep learning*. MIT Press, 2016.

INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. *Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*. UN, 1992. Available in: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20973/volume-973-I-14097-English.pdf>. Accessed in: 17 nov. 2022.

O'SHAUGHNESSY, Matt; SHEEHAN, Matt. Lessons From the World's Two Experiments in AI Governance. *Carnegie*, 14 feb. 2023. Available in: <https://carnegieendowment.org/2023/02/14/lessons-from-world-s-two-experiments-in-ai-governance-pub-89035>. Accessed in: 13 nov. 2022.

PACHECO, Rodrigo. *PL 2338/2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Available in: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Accessed in: 13 nov. 2022.

RUSSELL, S. J.; NORVIG, P. *Artificial intelligence: A modern approach*. Pearson Education, 2010.

THE WORLD ECONOMIC FORUM. The World Economic Forum. *What is artificial intelligence?* We Forum, 2021. Available in: <https://www.weforum.org/agenda/2016/12/what-is-artificial-intelligence/>. Accessed in: 13 nov. 2022.

UNESCO. *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*. Unesco, 2021. Available in: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455>. Accessed in: 13 nov. 2022.

UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT GROUP. *Universal Values - Principle One: Human Rights-Based Approach*. UN, 2020. Available in: <https://unsdg.un.org/2030-agenda/universal-values/human-rights-based-approach>. Accessed in: 13 nov. 2022.

UNITED NATIONS. *Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*. UN, 29 mar. 1972.

UNITED NATIONS. *General Assembly Report of the United Nations Conference on Environment and Development*. Rio de Janeiro, 3-14 June 1992. v. 1.

UNITED NATIONS. *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies*. 27 jan. 1967.

YAMPOLSKIY, Roman. Unpredictability of AI: On the Impossibility of Accurately Predicting All Actions of a Smarter Agent. *Journal of Artificial Intelligence and Consciousness*, v. 7, 2020.

**ARTIGOS**



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A aplicação do princípio da especialidade (*lex specialis*) ao direito da responsabilidade internacional dos estados**

**The application of the principle of specialty (*lex specialis*) in the law of international responsibility of States**

Bernardo Mageste Castelar Campos

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

# A aplicação do princípio da especialidade (*lex specialis*) ao direito da responsabilidade internacional dos estados\*

## The application of the principle of specialty (*lex specialis*) in the law of international responsibility of States

Bernardo Mageste Castelar Campos\*\*

### Resumo

O artigo aborda a aplicação do Princípio da Especialidade (*lex specialis*) ao Direito da Responsabilidade Internacional dos Estados. A análise é feita com base na aplicação do Artigo 55 dos Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados adotados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas em 2001, que estabelece que as regras gerais por eles codificadas deixam de ser aplicadas na medida em que haja regras especiais aplicáveis à mesma situação. A tese defendida é a de que o número reduzido de menções ao Artigo 55 por cortes e tribunais internacionais pode ser explicado pela difícil aplicação do princípio tal como expresso na disposição, já que este pressupõe um conflito completo entre normas gerais e especiais e estabelece a exclusão total da regra geral. Por meio da análise de decisões de cortes e tribunais adotadas nas duas últimas décadas, o artigo aponta para o fato de que o Princípio da Especialidade pode ser aplicado como forma de complementação entre normas gerais e especiais ou como princípio de interpretação, de forma a permitir a coexistência e harmonização de ambas as regras. O artigo conclui que não obstante o fato de que o Princípio da Especialidade tende a ser aplicado de forma mais flexível do que o conceito adotado pelo Artigo 55, este não exclui a aplicação de outras acepções do princípio e deve ter sua utilidade analisada com base no contexto em que foi adotado.

**Palavras-chave:** princípio da especialidade; *lex specialis*; responsabilidade internacional dos estados.

### Abstract

The article addresses the application of the principle of specialty (*lex specialis*) in the law of international responsibility of States. The analysis is made based on the application of Article 55 of the Articles on the International Responsibility of States adopted by the United Nations International Law Commission in 2001, which establishes that the general rules codified by them cease to be applied to the extent that rules exist special provisions applicable to the same situation. The thesis defended is that the reduced

\* Recebido em 20/05/2023  
Aprovado em 11/10/2023

\*\* Pesquisador de Pós-Doutorado na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e doutor pela mesma Universidade. Mestre em Direito Internacional Contemporâneo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).  
Email: bernardo.mageste@gmail.com

number of mentions of Article 55 by international courts and tribunals can be explained by the difficult application of the principle as expressed in the provision, since it presupposes a complete conflict between general and special norms and establishes the exclusion total of the general rule. Through the analysis of decisions of courts and tribunals adopted in the last two decades, the article points to the fact that the principle of specialty can be applied as a form of complementation between general and special norms or as a principle of interpretation, in order to allow the coexistence and harmonization of both rules. The article concludes that despite the fact that the principle of specialty tends to be applied in a more flexible way than the concept adopted by Article 55, this does not exclude the application of other meanings of the principle and its usefulness must be analyzed based on the context in which it was adopted.

**Keywords:** Specialty Principle; Lex Specialis; International Responsibility of States.

## 1 Introdução

Como todo sistema jurídico, o direito internacional prevê a aplicação do Princípio da Especialidade (*lex specialis*) nas relações entre regras consideradas gerais e especiais. Tradicionalmente, o Princípio *Lex Specialis* é utilizado no direito internacional para afirmar a prioridade de normas convencionais sobre costumeiras, já que tratados tendem a ser considerados como a forma mais fiel e específica da vontade dos Estados.<sup>1</sup> Da mesma forma, o princípio é utilizado para determinar o conjunto de regras aplicáveis a determinadas situações específicas em campos tão distintos como a relação entre normas internacionais de direitos humanos e normas de direito humanitário internacional<sup>2</sup> ou entre regras de delimita-

ção marítima de alto teor técnico.<sup>3</sup> Como apontam os estudos em curso da Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas sobre o tema, o princípio é relevante, inclusive, para se determinar a relação entre outros princípios gerais do direito internacional.<sup>4</sup>

A grande flexibilidade do Princípio *Lex Specialis* no direito internacional contrasta com dificuldades encontradas na sua aplicação às regras de responsabilidade internacional dos Estados. Uma disposição específica sobre a aplicação do princípio foi introduzida no Artigo 55 dos Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados (ARIE) adotados pela CDI em 2001, mas a invocação de tal dispositivo por cortes e tribunais internacionais tem se mostrado tímida. Além disso, é relativamente pequeno o número de estudos dedicados ao Princípio *Lex Specialis* no direito internacional. Tais estudos em geral enfocam o relacionamento entre regimes específicos de regras<sup>5</sup> e são raros os estudos dedi-

or use of nuclear weapons. ICP Rep. 1996. 8 jul. 1996. p. 240 (§25).

<sup>3</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*. ICJ Rep. 1969. 20 fev. 1969. p. 3, 43 (para 72); INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*. ICJ Rep 1982. 24 fev. 1982. p. 18, 38. (para 24).

<sup>4</sup> De acordo com a Conclusão Provisória 12 sugerida pelo Relator Especial Marcelo Vázquez-Bermúdez em seu terceiro Relatório (2022), “the relationship of general principles of law with rules of the other sources of international law addressing the same subject matter is governed by the lex specialis principle”. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, Marcelo. *Third report on on general principles of law*. UN Doc A/CN.4/753. 18 abril 2022. p. 53.

<sup>5</sup> A maioria dos autores abordam o princípio no direito internacional de forma breve (como por exemplo GROTIUS, Vattel; ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de droit international*. Bordeaux: Sirey, 1929. t. 1. p. 103. Algumas poucas obras analisam o princípio mais detalhadamente de forma geral (como é o caso de LINDROOS, Anja. *Addressing norm conflicts in a fragmented legal system: the doctrine of lex specialis*. *Nordic Journal of International Law*, Leiden, v. 74, n. 1, p. 27-66, 2005; e a obra coletiva SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*. Paris: Pedone, 2017). A maior parte dos autores, no entanto, abordam a aplicação do princípio em ramos específicos do direito internacional (como PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003; PRUD’HOMME, Nancie. *Lex specialis: oversimplifying a more complex and multifaceted relationship*. *Israel Law Review*, Jerusalém, v. 40, n. 2, p. 356-395, 2007. (Sobre o relacionamento entre direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos) GOURGOURINIS, Anastasios. *Lex specialis in WTO and investment protection law*. *German Yearbook of International Law*, Kiel, v. 53, p. 579-621, 2010; MILANOVIC, Marko. *The lost origins of lex specialis: rethinking the relationship between human rights and international humanitarian law*. In: OHLIN, Jens David. *Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 78-117.

<sup>1</sup> De acordo com Hugo Grotius, “entre as convenções iguais entre si [...], que se prefira o que é mais particular e o que aproxima mais à coisa. O que é especial é ordinariamente mais eficaz do que aquilo que é geral”. GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1. p. 708. De acordo com Vattel, “De deux Loix, ou de deux Conventions, toutes choses d’ailleurs égales, on doit préférer celle qui est la moins générale, & qui approche le plus de l’affaire dont il s’agit. Parceque ce qui est spécial souffre moins d’exceptions que ce qui est général; il est ordonné plus précisément, & il paroît qu’on l’a voulu plus fortement.” VATTEL, Emer. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle: appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. [s.l.]: [s.n.], 1758. p. 511. (§ 316).

<sup>2</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the threat*

cados à sua aplicação ao Direito da Responsabilidade Internacional dos Estados.<sup>6</sup>

O presente artigo analisa como a reduzida aplicação do Artigo 55 dos ARIE por cortes e tribunais internacionais está ligada à utilização por estas de uma aceção mais ampla do Princípio *Lex Specialis* do que aquela adotada pela CDI. Para isso, analisa-se a maneira com a qual a CDI entendeu a aplicação do princípio na adoção dos ARIE (Seção 1) e as críticas feitas ao conceito adotado (Seção 2). Em seguida, são apontados dois entendimentos do Princípio da Especialidade alternativos à concepção adotada pelos ARIE e sua aplicação na prática de cortes e tribunais internacionais (Seção 3). O artigo conclui que o Princípio *Lex Specialis* é aplicado de forma mais flexível e menos conflituosa em relação àquela prevista pelos ARIE e argumenta que tal fenómeno pode ser um reflexo da busca pela interpretação sistêmica do direito internacional observado nos últimos anos (Seção 4).

## 2 *Lex specialis* no direito da responsabilidade dos Estados conforme adotado pela CDI

O Artigo 55 dos Artigos da CDI sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados determina que:

Estes artigos não se aplicam se e na medida em que as condições de existência de um ato internacionalmente ilícito, o conteúdo ou a implementação da responsabilidade internacional de um Estado são regidas por normas especiais de Direito Internacional.

Os comentários da CDI esclarecem que os Artigos operam de maneira residual, atribuindo prioridade normativa às regras especiais sobre responsabilidade internacional.<sup>7</sup> À primeira vista, parece contraditório o reco-

hecimento da prioridade normativa de outras regras sobre as regras codificadas nos ARIE, vista a tentativa dos artigos de se definirem como um reflexo do regime geral da responsabilidade internacional dos Estados. Por outro lado, próprio por representar um regime geral da responsabilidade internacional dos Estados, o reconhecimento da existência de regras especiais que agem como exceção ao regime geral foi visto como necessário pela CDI de forma a reforçar seu caráter geral.

A criação de regras especiais de responsabilidade internacional dos Estados está ligada à existência de características particulares de determinadas obrigações ou conjunto de obrigações que não seriam suficientemente consideradas pelas regras gerais codificadas pelos ARIE. As regras de responsabilidade internacional dos Estados (também chamadas de “normas secundárias” pela literatura especializada) indicam como nasce a responsabilidade de um Estado e quais as consequências decorrentes de uma violação de uma obrigação internacional a qual o Estado violador se obriga (tais normas substanciais são chamadas de “normas primárias”). Por essa razão, admite-se a possibilidade de criação de regras secundárias específicas, diversas das normas gerais codificadas pelos ARIE, de forma a dar maior efetividade a determinadas obrigações. Por meio da aplicação do Princípio *Lex Specialis*, essas regras secundárias específicas serão aplicadas no lugar das regras gerais, substituindo-as quando necessário.

Regras especiais de responsabilidade podem ser estabelecidas em diversas áreas da responsabilidade dos Estados, e a CDI apresenta alguns exemplos em seus comentários ao Artigo 55. Uma dessas áreas é aquela que estabelece as regras de atribuição de conduta. A CDI fornece o exemplo de um tratado que define o conceito de “Estado” de forma a produzir consequências diversas daquelas previstas pelas regras de atribuição contidas nos ARIE.<sup>8</sup> O Projeto de Artigos estabelece em sua

<sup>6</sup> Entre as poucas obras se destacam os estudos de Bruno Simma e Dirk Pulkowski. Tais obras, no entanto, se focam na possibilidade de existência de regimes autocontidos, fenómeno mencionado na Seção 2. Veja SIMMA, Bruno. Self-contained regimes. *Netherlands Yearbook of International Law*, Haia, v. 16, p. 111-136, 1985; SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. Of planets and the universe: self-contained regimes in international law. *European Journal of International Law*, Florença, v. 17, n. 3, p. 506-529, 2006; SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. Leges speciales and self-contained regimes. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon (org). *The law of international responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 139-164.

<sup>7</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on

responsibility of states for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2. p. 140. (para 2).

<sup>8</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2. p. 140. (para 3). A Comissão dá como exemplo o Artigo 1º da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), que limita a definição de tortura apenas para os atos “infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”, argumentando que seria uma regra de atribuição mais rigorosa que aquelas previstas

Parte Primeira alguns critérios gerais para determinar quando determinada conduta poderá ser imputada a um Estado para fins de sua responsabilização, partindo da regra geral segundo a qual apenas a conduta dos órgãos de governo de um Estado pode ser atribuída a ele.<sup>9</sup>

A prática posterior à adoção dos ARIE demonstra que de fato alguns tratados reduzem as hipóteses de atribuição previstas nos ARIE. O Artigo 1503(2) do Acordo de livre-comércio da América do Norte (NAFTA), por exemplo, especifica que seus Estados-Membros devem garantir que empresas estatais que exercem determinadas atividades regulatórias, administrativas ou governamentais não violem as obrigações das Partes relativas à investimentos e serviços financeiros. No caso *Mesa Power Group c. Governo do Canadá*, o tribunal arbitral considerou que o Artigo 1503(2) “constitui uma *lex specialis* que exclui a aplicação do Artigo 5 dos Artigos”,<sup>10</sup> que, por sua vez, atribui ao Estado a conduta de entidades que exercitem qualquer tipo de elementos de autoridade governamental. Dessa forma, o tratado adota um conceito mais rígido de empresa pública, ao mesmo tempo que limita a possibilidade de responsabilização dos Estados pela conduta de outras empresas estatais.

Regras especiais de atribuição podem ser aplicadas também a outros ramos do direito internacional que apresentam particularidades, como o direito internacional dos direitos humanos e direito humanitário. No caso do *Massacre Mapiripán c. Colômbia*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que as obrigações dos Estados Partes em respeitar os direitos e liberdades presentes na Convenção Americana e de adotar disposições de direito interno necessárias para torná-los efetivos (Artigo 1º, parágrafos 1 e 2) “constituem *lex specialis* quanto à responsabilidade do Estado, tendo em vista sua natureza especial como tratado internacional de

direitos humanos em relação ao Direito Internacional geral”. Dessa forma, “a atribuição de responsabilidade internacional ao Estado, bem como o alcance e os efeitos do reconhecimento feito no presente caso, devem ocorrer à luz da própria Convenção”.<sup>11</sup>

A CDI menciona, ainda, a possibilidade de que uma regra especial exclua a possibilidade de aplicação de determinadas defesas previstas nas regras gerais. O Capítulo V da Primeira Parte dos ARIE estabelece cinco excludentes de ilicitude gerais (consentimento, legítima defesa, contramedidas, força maior, perigo extremo e necessidade) e seus requisitos de aplicação. A Comissão menciona a possibilidade de exclusão específica da força maior e da necessidade, sem, no entanto, apresentar exemplos.<sup>12</sup> A prática internacional também não fornece exemplos concretos de tal possibilidade.

Outra possibilidade aventada é a criação de regras especiais estabelecendo formas de reparação. A Parte Dois dos ARIE elenca o dever de reparação em suas diversas formas (restituição, compensação e satisfação) como uma das consequências gerais de um ato internacionalmente ilícito. A CDI cita genericamente a possibilidade de uma provisão de um tratado excluir a obrigação de restituição, apesar de não fornecer exemplos concretos.<sup>13</sup> No entanto, é possível perceber que alguns tratados bilaterais de investimento preveem tais regras especiais. Um exemplo é fornecido pelo Tribunal Arbitral Irã-EUA no caso *INA Corporation v Irã*, em que o tribunal decidiu que a provisão do Tratado de Amizade de 1955 entre Irã e Estados Unidos estabelecendo a obrigação de compensação integral de propriedade estrangeira requisitada, prevista no Artigo IV, parágrafo 2, prevaleceria sobre o padrão de compensação flexível para nacionalizações em larga escala que havia sido criado no direito internacional costumeiro para nacionalizações.<sup>14</sup> Dessa forma, o tratado daria origem a uma *lex specialis* em relação à regra geral posterior que se consolidou ao longo dos anos.

nos ARIE. No entanto, conforme observa Milanovic, o artigo não pode ser considerado como uma regra especial de atribuição porque apenas define o conceito de tortura. Dessa forma, a tortura realizada sem envolvimento de um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas simplesmente não é considerada tortura de acordo com a Convenção. MILANOVIC, Marko. Special rules of attribution of conduct in international law. *International Law Studies Series*, Newport, v. 96, p. 295-363, 2020. p. 311-312.

<sup>9</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2. p. 38. (para 2).

<sup>10</sup> UNITED NATIONS. *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL. PCA Case No. 2012-17. 24 mar. 2016. p. 79. (para 362).

<sup>11</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Massacre Mapiripán c. Colômbia*. 15 set. 2005. p. 88. para. 107.

<sup>12</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2. p. 140. (para 3).

<sup>13</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2. p. 140. (para 5).

<sup>14</sup> TRIBUNAL ARBITRAL IRÃ-ESTADOS UNIDOS. *INA Corporation v Iran (1985)*. IUSCT Case No. 161. 13 ago. 1985. para 24.

Outros exemplos apontados pela doutrina são a exclusão por parte da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) de remédios a não ser a adoção de medidas de satisfação ou a primazia da restituição em casos de expropriação de propriedade estrangeira. No entanto, ambas as hipóteses foram rejeitadas pela prática de cortes e tribunais internacionais.<sup>15</sup>

A possibilidade de adoção de contramedidas também pode ser afetada por regras especiais. Os ARIE reconhecem a faculdade de um Estado que teve seus direitos violados por um outro de adotar contramedidas em violação aos direitos do Estado que cometeu o ilícito precedentemente, de forma a induzi-lo a cessar a conduta ilícita e repará-la. As contramedidas são medidas unilaterais características do caráter descentralizado do direito internacional.<sup>16</sup> A CDI aponta a possibilidade de existência de regras especiais em tratados que estabelecem consequências específicas para violações de suas disposições, deslocando assim as regras gerais.<sup>17</sup> A razão pela qual regimes estabelecidos por tratados não admitirem ou estabelecerem requisitos especiais para a adoção de contramedidas se explica pelo fato de que, se adotadas livremente, as contramedidas poderiam frustrar ou afetar a efetividade dos mecanismos de solução de controvérsia.

A Comissão cita, especificamente, o exemplo do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC).<sup>18</sup> O Artigo 23 do Entendimento estabelece que em caso de violações das obrigações estabelecidas pelos tratados do âmbito da OMC, seus Membros devem recorrer ao Órgão de Solução de Controvérsias antes da adoção de qualquer medida unila-

teral. Essa provisão a princípio poderia ser vista como uma *lex specialis* que obsta a faculdade dos Membros da OMC de adotarem contramedidas em relação às obrigações contidas naquele regime. No entanto, conforme será analisado na Seção 3, o próprio Órgão de Solução de Controvérsias da OMC admite que o Entendimento não exclui completamente a aplicação das normas gerais sobre contramedidas.

Além disso, a proibição de contramedidas não pode ser presumida em todos os casos de regimes baseados em tratados. No caso *Archer Daniels c. México* (2007), o tribunal arbitral entendeu que o NAFTA

não fornece nem proíbe especificamente o uso de contramedidas. Portanto, a questão de saber se a defesa das contramedidas está disponível para o Requerido não é uma questão de *lex specialis*, mas de direito internacional consuetudinário.<sup>19</sup>

Por fim, o Princípio da Especialidade pode ser aplicado também em relação às regras de implementação da responsabilidade internacional dos Estados, codificadas na Parte Três dos ARIE. Este é o caso das regras gerais de invocação da responsabilidade, que podem ser alteradas por regras especiais. A Convenção sobre a Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e nacionais de outros Estados de 1965 (conhecida pela sigla em inglês, ICSID) determina a possibilidade de participação direta de investidores estrangeiros nas disputas do Centro Internacional de Resolução de Disputas de Investimento sem o consentimento de seus Estados de nacionalidade (Artigo 25) e estabelece que a regra de exaustão de remédios internos pode ser derogada (Artigo 26). Dessa forma, os artigos podem ser considerados como *lex specialis* das regras dos ARIE sobre a proteção diplomática (Artigo 44, alínea a)<sup>20</sup> e o requerimento de exaustão dos remédios internos (alínea b).<sup>21</sup>

<sup>15</sup> GRAY, Christine. Restitution. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon (org.). *The law of international responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 589-598. p. 594-595, citando os casos *Avena* e *Outros Nacionais Mexicanos* (México e Estados Unidos) da Corte Internacional de Justiça de 2004 e *TOPCO e Líbia* (1977) para comprovar que ambas as hipóteses são rejeitadas.

<sup>16</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2. p. 128. (para 2).

<sup>17</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2. p. 140. (para 3).

<sup>18</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2. p. 140. (para 3).

<sup>19</sup> UNITED MEXICAN STATES. *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v.*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5. 2007. p. 43 (paras 116-118).

<sup>20</sup> Veja, por exemplo, os Comentários da Comissão ao Artigo 17 dos Artigos sobre Proteção Diplomática. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on diplomatic protection, with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2006. v. 2. p. 51-52. (para 2).

<sup>21</sup> CRAWFORD, James. *State responsibility: the general part*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 588-589.

### 3 Críticas ao conceito de *lex specialis* adotado pelos ARIE

O texto do Artigo 55 permite perceber que a aplicação do Princípio *Lex Specialis* só é possível em casos de incompatibilidade entre duas normas, uma geral e uma especial. Os comentários da Comissão ao Artigo confirmam esse propósito, explicitando que:

Para que o princípio da *lex specialis* se aplique, não basta que o mesmo assunto seja tratado por duas disposições; deve *haver alguma inconsistência real entre elas*, ou então uma intenção discernível de que uma disposição exclua a outra.<sup>22</sup>

Os ARIE adotam, portanto, a concepção da *lex specialis* como um instrumento para resolver um conflito normativo entre regras gerais e especiais, expressão da máxima *lex specialis derogate generali ou generalia specialibus non derogant*.<sup>23</sup> O pressuposto de aplicação do princípio conforme adotado pelos ARIE é a existência de uma situação de conflito ou antinomia, em que tanto a norma geral quanto a norma especial são válidas e potencialmente aplicáveis à mesma situação e a aplicação simultânea de ambas leva, necessariamente, à violação de uma delas.<sup>24</sup> Nesse caso a regra especial é privilegiada por representar de forma mais fiel a vontade dos Estados e a regra geral é completamente substituída pela regra especial, que será considerada como plena e integralmente aplicável. Dessa forma, ocorre uma exclusão ou derrogação da norma geral pela norma especial.<sup>25</sup>

No direito internacional, o Princípio *Lex Specialis* como princípio de solução de conflitos normativos é geralmente ligado à ideia de confrontos entre blocos

normativos: normas convencionais especiais derrogariam normas costumeiras, normas de direito humanitário derrogariam normas de direitos humanos por se aplicarem à situação especial de conflitos armados etc.<sup>26</sup> Uma das principais questões levantadas sobre esse tipo de concepção do princípio é a qual ponto as regras gerais de responsabilidade internacional podem ser excluídas por regras especiais.

A CDI reconhece que o número de derrogações de regras gerais do Direito da Responsabilidade Internacional dos Estados depende das regras especiais existentes em determinado tratado ou regime. Os comentários ao Artigo 55 dos ARIE estabelecem que o artigo

foi concebido para abranger tanto formas ‘fortes’ de *lex specialis*, incluindo o que muitas vezes se conhece como regimes autocontidos, quanto formas ‘mais fracas’, como disposições específicas de um tratado em determinado ponto, como por exemplo uma disposição específica excluindo a restituição.<sup>27</sup>

A Comissão não explica o que entende por regimes autocontidos, o que gera a dúvida se seria possível a formulação de um regime de normas internacionais que excluam completamente a aplicação das regras gerais de responsabilidade dos Estados. Essa possibilidade foi objeto de debate dentro da Comissão por diversos anos. Willem Riphagen, Relator-Especial da CDI para a Responsabilidade Internacional dos Estados entre 1980 e 1986, foi o primeiro a sugerir no âmbito da Comissão a existência de regimes que formassem “um circuito jurídico fechado para um campo particular de relações fáticas”.<sup>28</sup> O conceito foi criticado pelo sucessor de Riphagen, Gaetano Arangio-Ruiz, Relator-Especial entre 1988 e 1996. Arangio-Ruiz reconhecia a possibilidade de existência de regras especiais, mas considerava inadmissível a existência de regimes autocontidos, especialmente devido à possibilidade de adoção de contramedidas.<sup>29</sup> A posição ambígua sobre a existência de regimes autocontidos presentes nos Comentários ao Artigo 55

<sup>22</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2. p. 140 (para 4).

<sup>23</sup> JENNINGS, Roberts; WATTS, Arthur (org.). *Oppenheim's international law*. 9. ed. London: Pearson, 1992. v. 1. p. 1280.

<sup>24</sup> SALMON, Jean. Les antinomies en droit international public. In: PARELMAN, C. H. (org.). *Les antinomies en droit*. Bruxelas: Bruylant, 1965. p. 285-319. p. 285. Veja também PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 175.

<sup>25</sup> PROST, Mario. Rapport général: les flottements de la *lex specialis*. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*. Paris: Pedone, 2017. p. 11-28. p. 23; KOLB, Robert. Le droit international comme corps de droit privé et de droit public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Leiden, v. 419, p. 9-668, 2021. p. 120. (para 93).

<sup>26</sup> KOLB, Robert. Le droit international comme corps de droit privé et de droit public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Leiden, v. 419, p. 9-668, 2021. p. 115. (para 90).

<sup>27</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2. p. 140. (para 5).

<sup>28</sup> ILC, ‘1731st meeting (34nd session of the ILC (1982))’, ILC Ybk 1982/I 202.

<sup>29</sup> ARANGIO-RUIZ, Gaetano. Fourth report on state responsibility. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 1992. v. 2. p. 40 (para 112).

representa a opinião do sucessor e último Relator-Especial da Comissão sobre o tema, James Crawford (relator entre 1998 e 2001). Para Crawford, a exclusão total do direito internacional geral “é sempre uma questão de interpretação em cada caso”.<sup>30</sup>

A possibilidade de criação de regimes autocontidos poderia, em última análise, contribuir com o fenômeno conhecido como fragmentação do direito internacional, corroendo sua unidade. Em termos gerais, o fenômeno seria caracterizado pelo surgimento de esferas jurídicas especializadas e autônomas no direito internacional que poderia ser observado no nascimento de diversos sistemas legais internacionais especializados, como o direito do comércio internacional, direito internacional dos direitos humanos, direito da União Europeia e direito do mar, entre vários outros.<sup>31</sup> Nesse sentido, o reconhecimento da existência de regimes autocontidos confirmaria o fenômeno da fragmentação do direito internacional.

A própria Comissão de Direito Internacional posteriormente rejeitou a existência de regimes autocontidos e, inclusive, o risco de ocorrência da fragmentação do direito internacional. Um relatório de 2006 do Grupo de Estudos da Comissão para estudar o fenômeno sob liderança de Martti Koskenniemi concluiu que nenhum regime internacional é autocontido ou está isolado do direito internacional geral.<sup>32</sup> A possibilidade de existência de regimes autocontidos foi não somente descartada em teoria, mas também na prática. Conforme analisado na próxima seção, observa-se que a aplicação do Princípio *Lex Specialis* por cortes e tribunais internacionais se afasta daquela rígida utilizada pela CDI.

A concepção do princípio adotada pelos ARIE foi questionada por alguns Estados. Um membro do Sexto

Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas observou que o Artigo 55 parecia

impedir até mesmo a aplicação residual do projeto de artigos nos casos em que as regras especiais de direito internacional se mostraram inadequadas; tal posição restringiria excessivamente a implementação do novo instrumento.<sup>33</sup>

Outro representante sugeriu que o termo “*lex specialis*” adotado pelo artigo deveria ser substituído por “regimes especiais”, já que “o artigo não tratava de normas ou atos, mas especificamente de um corpo de normas que constituem um regime de responsabilidade”,<sup>34</sup> interpretando a disposição como exclusiva. A Espanha expressou sua preferência por uma regra que permitia o estabelecimento de “outros regimes especiais que venham a explicitar mais detalhadamente as condições de existência e as consequências de um ato ilícito”, de forma complementar às regras gerais.<sup>35</sup>

Em respostas a essas críticas, o Relator-Especial Crawford reafirmou que determinar se as regras especiais de responsabilidade são exclusivas “é sempre uma questão de interpretação em cada caso”, e admitiu que, em certos casos, “um aspecto da regra geral pode ser modificado [pela regra especial], deixando outros aspectos ainda aplicáveis”.<sup>36</sup> Tal flexibilidade, no entanto, não se refletiu no texto do Artigo 55 ou em seus comentários feitos pela Comissão.

A aceitação do Artigo 55 pode ser medida também pelo reduzido número de vezes em que o Artigo foi referenciado desde a adoção dos ARIE e pela forma como isto foi feito. Um estudo sobre a aplicação dos ARIE por parte de cortes e tribunais internacionais realizado pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, e divulgado em 2022 demonstrou que desde 2001 o Artigo 55 foi referenciado em apenas sete ocasiões por órgãos

<sup>30</sup> CRAWFORD, James. Third report on state responsibility. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2000. v. 2. p. 110 (para 420).

<sup>31</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the study group finalized by Martti Koskenniemi*. UN Doc A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006. p. 11. (para 8).

<sup>32</sup> Segundo o relatório, as regras do direito internacional geral sempre fornecem um pano de fundo normativo para suprir aspectos não especificamente previstos por ela e operam no caso em que o sistema falhe, quando este recorre às regras gerais. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the study group finalized by Martti Koskenniemi*. UN Doc A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006. p. 100. (paras 192-193).

<sup>33</sup> “[W]ould appear to preclude even residual application of the draft articles in cases where the special rules of international law proved inadequate; such a position would excessively restrict implementation of the new instrument.” Organização das Nações Unidas, Sexto Comitê da Assembleia-Geral, Ata do 16º Encontro (25 de outubro de 2000), UN Doc A/C.6/55/SR.16, p. 5, para. 29.

<sup>34</sup> “[I]nstead of using *lex specialis* in the first article, the concept of “special regimes” should be used, since the article dealt not with norms or acts, but specifically with a body of norms which constituted a regime of responsibility”. Organização das Nações Unidas, Sexto Comitê da Assembleia-Geral, Ata do 18º Encontro (4 de dezembro de 2000), UN Doc A/C.6/55/SR.18, p. 10, para. 56.

<sup>35</sup> ILC Yearbook 2001, Volume II Part One, p. 95.

<sup>36</sup> CRAWFORD, James. Third report on state responsibility. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2000. v. 2. p. 110 (para 420).



jurisdicionais.<sup>37</sup> Tais menções foram feitas somente por tribunais arbitrais (quatro vezes) e pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (três vezes), e apenas no intervalo entre os anos de 2007 e 2016.<sup>38</sup> A frequência é baixa se comparada às menções de outros artigos e indica certa resistência por parte das cortes e tribunais internacionais em aplicar a aceção do Princípio *Lex Specialis* prevista pelo Artigo 55, ainda que sejam frequentes menções a regras especiais de responsabilidade internacional. Esse fenômeno é particularmente relevante em relação à Corte Internacional de Justiça, que frequentemente se refere, de maneira autoritativa, aos ARIE e aos comentários da CDI.<sup>39</sup> A prática de cortes e tribunais internacionais também revela a adoção de aceções do Princípio da Especialidade diversas daquela adotada pelo Artigo 55, como analisado a seguir.

#### 4 Aplicações alternativas do Princípio *Lex Specialis*

Em termos gerais, o Princípio *Lex Specialis* pode operar de três formas no direito internacional: como um instrumento para resolver conflitos entre normas; como princípio de prioridade ou complementação da norma geral; ou como instrumento de interpretação. Como visto, os ARIE adotaram a primeira concepção, malgrado críticas a contrário. Essa concepção, que reflete a máxima *lex specialis derogate generali ou generalia specialibus non derogant*, algumas vezes é considerada a expressão legítima do princípio. No entanto, como esta seção busca demonstrar, não é a única que é aplicada em relação ao Direito da Responsabilidade Internacional dos Estados.

*Lex specialis* como um princípio de prioridade ou complementação

A primeira concepção alternativa do Princípio *Lex Specialis* o considera como uma forma de aplicação de normas em que há um processo de complementação da norma geral pela norma especial. Como, nesse caso, a norma especial apenas suplementa a norma geral mantendo aplicável, não há um conflito verdadeiro entre normas. Essa aplicação se baseia na presunção de que a intenção dos Estados em adotar regras especiais não seria o de excluir completamente a regra geral, mas de garantir sua aplicação efetiva em determinados contextos.<sup>40</sup>

O entendimento da CDI em relação ao papel do Princípio da Especialidade parece ter se aproximado a essa concepção após a adoção dos ARIE. Os Artigos sobre a Proteção Diplomática adotados pela Comissão em 2006 estabelecem que suas provisões não se aplicam “na medida em que for inconsistente com as normas especiais de Direito Internacional, tais como as provisões de tratados para a proteção de investimentos”;<sup>41</sup> uma disposição similar ao Artigo 55 dos ARIE. No entanto, a Comissão esclareceu, em seus comentários, que os Artigos continuam a se aplicar na medida em que permaneçam *consistentes* com tais tratados.<sup>42</sup> Dessa forma, aceita-se que regras especiais podem complementar as regras gerais, e não somente deslocá-las.

Esse tipo de aplicação específica foi adotado de forma mais evidente pela CDI na codificação do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais (DARIO), concluído em 2011. Em seus comentários ao Artigo 64 dos DARIO, equivalente ao Artigo 55 dos ARIE, a Comissão afirmou que “regras especiais relativas à responsabilidade internacional podem *complementar* regras mais gerais ou podem substituí-las, no todo ou em parte”.<sup>43</sup>

Há diversos exemplos no Direito da Responsabilidade Internacional dos Estados deste tipo de aplicação

<sup>37</sup> Para outras conclusões obtidas em relação à aplicação dos ARIE por cortes e tribunais internacionais e sobre o impacto do estudo no futuro dos Artigos, veja ARCARI, Maurizio. Forma o sostanza per gli articoli sulla responsabilità internazionale dello stato? In: ANNONI, Alessandra; FORLATI, Serena; FRANZINA, Pietro (org.). *Il diritto internazionale come sistema di valori*. Nápoles: Jovene 2021. p. 195-211.

<sup>38</sup> UNITED NATIONS. *Responsibility of states for internationally wrongful acts: compilation of decisions of international courts, tribunals and other bodies*. UN Doc A/77/74. 29 abr. 2022. p. 48.

<sup>39</sup> LIMA, Lucas Carlos. Da relevância dos casos do desarmamento nuclear perante a Corte Internacional de Justiça. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 203-215, 2017. p. 211.

<sup>40</sup> PROST, Mario. Rapport général: les flottements de la *lex specialis*. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*. Paris: Pedone, 2017. p. 11-28. p. 25.

<sup>41</sup> Artigo 17.

<sup>42</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on diplomatic protection, with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2006. v. 2. p. 52. (para 3).

<sup>43</sup> “Special rules relating to international responsibility may supplement more general rules or may replace them, in whole or in part”. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2011. v. 2. p. 102.

do princípio. Esse é o caso, por exemplo, de regras especiais que adicionam critérios ou hipóteses às regras previstas nos ARIE. No caso *Archer Daniels c. México*, por exemplo, o tribunal arbitral considerou que o NAFTA estabelecia condições especiais para se determinar a existência de violações de obrigações presentes no tratado sobre proteção ao investimento que “oferecem uma forma de *lex specialis* para complementar os critérios subdesenvolvidos no direito internacional consuetudinário relativos ao tratamento de estrangeiros e propriedade”.<sup>44</sup> Apesar de o tribunal fazer menção expressa ao Artigo 55 dos ARIE, tal hipótese não seria considerada uma regra especial de acordo com o Artigo.

Outro exemplo é o estabelecimento de hipóteses adicionais de atribuição de conduta dos Estados, além daquelas previstas nos ARIE. No caso *Estados Unidos – Certos Produtos da China*, o Painel da OMC entendeu que o Artigo 1(1) do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) seria *lex specialis* por ampliar as hipóteses de atribuição de conduta ao Estado ao estabelecer que a conduta de qualquer tipo de entidade pertencente a um Estado poderia acarretar a sua responsabilização.<sup>45</sup> Essa regra ultrapassaria as hipóteses do Artigo 5º dos ARIE, já que tais entidades não precisam necessariamente exercer elementos de autoridade governamental, como seria o caso de subsídios comerciais ofertados por banco estatais. No entanto, tal regra especial não é contrária ao Artigo 5º, apenas a complementa.

Alguns autores sustentam ainda o surgimento de regras especiais de atribuição da conduta de terroristas operando no território de Estados.<sup>46</sup> O direito geral da responsabilidade admite que a conduta de atores privados somente será atribuída a Estados em situações em que a conduta de tais atores é conduzida diretamente ou controlada pelo Estado conforme estabelece o Artigo 8º dos Artigos, descartando a simples tolerância ou abrigo de tais grupos. O surgimento de uma regra de atribuição especial e que exija menor interação entre o

Estado e o grupo terrorista possibilitaria em tese a utilização da força em legítima defesa contra tais grupos dentro do território do Estado que os abriga ou tolera, já que este também seria responsável e a violação de sua integridade territorial seria justificada por sua conduta comissiva ou omissiva. A existência de tais regras, no entanto, é descartada pela doutrina e pela prática dos Estados que utilizam a força no território de Estados terceiros, já que estes em geral negam que estejam atribuindo a conduta ao Estado hospedeiro.<sup>47</sup>

O Princípio da Especialidade é utilizado como princípio de complementação também em relação ao surgimento de novas excludentes de ilicitude. No caso das *Plataformas de Petróleo* (2003), por exemplo, os Estados Unidos alegaram que a previsão do Tratado de Amizade de 1955 entre Irã e EUA que admite que uma das partes alegue a aplicação de medidas “necessárias para proteger seus interesses essenciais de segurança” (Artigo XX, alínea “d”) para inadimplir suas obrigações acordadas seria uma *lex specialis* no sentido do Artigo 55 ao estabelecer uma excludente de ilicitude específica.<sup>48</sup> A Corte rejeitou a alegação, manifestando que as ações dos Estados Unidos deveriam ser analisadas não com base no Artigo XX, mas “em luz ao direito internacional do uso da força em legítima defesa”.<sup>49</sup>

Podem-se estabelecer também outros remédios especiais para casos de violação além daqueles previstos nos ARIE. No caso *Teerã*, a Corte Internacional de Justiça entendeu que a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 estabelecia um tipo de sanção específica para conter abusos cometidos por membros de missões diplomáticas ou consulares, a declaração de *persona non grata*. No caso específico, a Corte argumentou que tal remédio deveria ser utilizado no lugar da viola-

<sup>44</sup> UNITED MEXICAN STATES. *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. ICSID Case No. ARB (AF)/04/5*. 2007. p. 43 (para 117).

<sup>45</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – definitive anti-dumping and countervailing duties on certain products from China, report of the panel*. WT/DS379/R. 22 out. 2010. p. 48-49. (para 8.90).

<sup>46</sup> BECKER, Tal. *Terrorism and the state: rethinking the rules of state responsibility*. Oxford: Hart, 2006. p. 257; CONDORELLI, Luigi; KRESS, Claus. The Rules of attribution: general considerations. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon (org.). *The law of international responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 221-236. p. 228.

<sup>47</sup> A força armada é justificada, na maior parte das vezes, pela violação por parte do Estado que abriga grupos terroristas da obrigação de não permitir em seu território atividades nocivas a outros Estados ou a proibição de prover assistência a tais grupos. CORTEN, Olivier. The unwilling or unable test: has it been, and could it be, accepted? *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 29, p. 777-800, 2016. Sobre tais obrigações, veja MARTIN, Jean-Christophe. *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*. Paris: Bruylant, 2006.

<sup>48</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America)*. ICJ Rep. 2003. 6 nov. 2003. p. 18-19.

<sup>49</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America)*. ICJ Rep. 2003. 6 nov. 2003. p. 161, 183. (para 44).

ção por parte do Estado acreditador das imunidades e privilégios reconhecidos pela Convenção.<sup>50</sup>

a) *Lex specialis* como uma norma de interpretação

O Princípio *Lex Specialis* também pode ser aplicado como princípio de interpretação, em que o sentido de uma norma geral é interpretado considerando a existência de outra norma especial igualmente aplicável, e vice-versa. Em tal situação, a norma interpretada não é totalmente descartada pela outra norma, mas condicionada à situação específica.<sup>51</sup> Em outras palavras, o Princípio da Especialidade como norma de interpretação elabora ou especifica a aplicação da norma em um caso específico, o que resulta na criação de uma norma especial a partir do processo interpretativo.<sup>52</sup>

Essa aplicação do princípio foi realizada pela Corte Internacional de Justiça na Opinião Consultiva sobre a *Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares*. A Corte entendeu que o direito de não ser arbitrariamente privado da vida, previsto no Artigo 6º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, se aplica mesmo em casos de conflitos armados, mas que “o teste do que é uma privação arbitrária da vida, no entanto, passa a ser determinado pela *lex specialis* aplicável, ou seja, a lei aplicável em conflito armado que se destina a regular a condução das hostilidades”.<sup>53</sup>

Essa aplicação do princípio entende o relacionamento das normas de direito internacional de forma sistêmica, presumindo a aplicação de suas regras gerais em

todas as situações. Dessa forma, o Princípio *Lex Specialis* assume uma função importante em manter a harmonia entre os diferentes regimes especiais do direito internacional ao reconhecer seu funcionamento dentro de um quadro jurídico de regras gerais. Como observado pelo tribunal no caso *Fernando Fraiz Trapote c. Venezuela*:

[E]l hecho de que un tratado sea *lex specialis* en las materias que regula no significa que no deba ser interpretado respecto de aquellas partes que son oscuras, ambiguas o cuyo alcance es difícil de determinar. Esta labor interpretativa no supone modificar el tratado o añadirle cláusulas que las partes contratantes no quisieron incluir, sino más bien determinar el sentido de una cláusula que requiere ser interpretada en armonía con el derecho internacional.<sup>54</sup>

Como estabelecido pela Comissão de Direito Internacional em seu relatório sobre a Fragmentação do Direito Internacional:

O papel da *lex specialis* não pode ser dissociado das apreciações sobre a natureza e as finalidades da regra geral que se propõe modificar, substituir, atualizar ou desviar. Isso evidencia o caráter sistêmico do raciocínio do qual os argumentos de “direito especial” são parte indissociável. Nenhuma regra, tratado ou costume, por mais especial que seja seu objeto ou limitado ao número de Estados abrangidos por ela, se aplica no vácuo. Seu ambiente normativo inclui [...] não apenas qualquer regra geral que possa existir sobre o assunto, mas também princípios que determinam os sujeitos jurídicos relevantes, seus direitos e deveres básicos e as formas pelas quais esses direitos e deveres podem ser complementados, modificados ou extintos.<sup>55</sup>

O Princípio da Especialidade, nesse caso, pode ser entendido como uma forma de aplicação do Princípio da Integração Sistêmica, previsto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. O Artigo 31, parágrafo 3, alínea “c” da Convenção prevê que quaisquer regras pertinentes de direito internacional aplicáveis entre as partes devem ser levadas em consideração na interpretação dos termos de um tratado, juntamente com seu contexto. Dessa forma, a interpretação de uma norma de um tratado deve levar em conta normas relevantes que regem o relacionamento entre os Estados a ela vinculados.

<sup>50</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tebran (Estados Unidos da América c. Irã)*. ICJ Rep. 1980. 24 maio 1980. p. 39-40. (§§85-86).

<sup>51</sup> PROST, Mario. Rapport général: les flottements de la *lex specialis*. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*. Paris: Pedone, 2017. p. 11-28. p. 25. Pauwelin considera este efeito como uma “acumulação”, quando a norma especial confirma a norma geral. Seria o contrário do efeito de “complementação” observado na utilização do Princípio da Especialidade citado anteriormente, já que naquele caso haveria uma adição de direitos e obrigações à norma geral. PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 162.

<sup>52</sup> PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 161; INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the study group finalized by Martti Koskenniemi*. UN Doc A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006. p. 54. (para 98).

<sup>53</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the threat or use of nuclear weapons*. ICP Rep. 1996. 8 jul. 1996. p. 240 (§25).

<sup>54</sup> UNITED NATIONS. *Fernando Fraiz Trapote v. Bolivarian Republic of Venezuela*. PCA Case No. AA737. 31 jan. 2022. p. 96. para 355.

<sup>55</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the study group finalized by Martti Koskenniemi*. UN Doc A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006. p. 64. (para 120).

A prática das cortes e tribunais internacionais demonstra que esse tipo de aplicação do Princípio *Lex Specialis* é mais comum que aquela prevista pelo Artigo 55 dos ARIE. A função de interpretação do Princípio *Lex Specialis* é especialmente evidente na prática do Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC ao interpretar os limites ao poder dos Estados-Partes da OMC na adoção de medidas admitidas pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC). Como mencionado anteriormente, a faculdade geral dos Estados-membros da OMC em adotar contramedidas é limitada, o que, portanto, excluiria a aplicação do regime de contramedidas estabelecido pela Parte Três dos ARIE. No entanto, o Mecanismo de Solução de Controvérsias muitas vezes se vale das regras previstas gerais previstas pelo Direito da Responsabilidade Internacional dos Estados para definir o objeto e o limite das medidas admitidas pelo ASMC. No caso *Comunidades Europeias – Bananas* (1999), por exemplo, o árbitro considerou que a análise dos efeitos das medidas autorizadas pelo ASMC deveria ser feita com base no Princípio da Proporcionalidade de Contramedidas, estabelecidos pelo direito internacional geral e codificadas nos ARIE.<sup>56</sup> Dessa forma, as regras especiais da OMC deveriam ser interpretadas considerando os critérios estabelecidos pelas regras gerais sobre contramedidas.

Da mesma forma, no caso *Brasil – Aeronaves*, o árbitro considerou a função de implementação da responsabilidade internacional atribuída ao conceito de contramedidas nos ARIE para interpretar o termo “apropriadas”, utilizado pelo ASMC para caracterizar as medidas admitidas. O árbitro concluiu que uma medida seria apropriada nesse sentido quando efetivamente induz ao cumprimento de uma obrigação, tal como previsto pelas regras gerais.<sup>57</sup> No caso *Estados Unidos – Subsídios ao Algodão*, o árbitro utilizou novamente os Artigos 49 e 51 dos ARIE para ressaltar que as contramedidas autorizadas pelo ASMC deveriam ser proporcionais ao prejuízo sofrido, levando em conta a gravidade da violação.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *European communities – regime for the importation, sale and distribution of bananas, recourse to arbitration by the european communities under Art. 22.6 of the DSU*. WT/DS27/ARB. Decision by the Arbitrators. 9 abr. 1999. p. 38. (para 6.16).

<sup>57</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft: recourse to arbitration by Brazil under Art. 22.6 of the DSU and Art. 4.11 of the SCM agreement*, decision by the arbitrators. WT/DS46/ARB. 28 ago. 2000. p. 14-15. (para 3.44).

<sup>58</sup> WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – subsidies*

No caso *Estados Unidos – Certos Produtos da China* o Painel da OMC constatou que o Princípio *Lex Specialis* é utilizado pelo Sistema de Solução de Controvérsias tanto como princípio de complementação (visto na subseção anterior) quanto como princípio de interpretação.<sup>59</sup> Nesse sentido, os ARIE são utilizados pelo Sistema como:

[O]rientação conceitual para complementar ou confirmar, mas não para substituir, as análises baseadas no significado comum, contexto, objeto e propósito dos Acordos relevantes. Em particular, embora em alguns casos os Projetos de Artigos tenham sido citados como contendo disposições semelhantes àquelas em certas áreas do Acordo da OMC, em outros eles foram citados em contraste com as disposições do Acordo da OMC, como uma forma de melhor compreender o possível significado das disposições do Acordo da OMC. Em todos os casos, no entanto, o exercício realizado por esses painéis e pelo Órgão de Apelação foi interpretar o Acordo da OMC em seus próprios termos, ou seja, com base no significado comum dos termos do tratado em seu contexto e à luz do objeto e finalidade do tratado.<sup>60</sup>

Dessa forma, regras gerais sobre responsabilidade internacional dos Estados são comumente utilizadas para interpretar regras especiais convencionadas entre as Partes sem, contudo, causar a exclusão das normas

*on upland cotton: recourse to arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*. Decision the arbitrator. WT/DS267/ARB/1. 31 ago. 2009. p. 39. (para 4.113); WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – subsidies on upland cotton: recourse to arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*. Decision the arbitrator. WT/DS267/ARB/1. 31 ago. 2009. p. 21-22. (para 4.61).

<sup>59</sup> ANDRADE, Mariana Clara. Path to judicial activism?: the use of “relevant rules of international law” by the WTO Appellate Body. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 307-322, 2018. p. 313-314.

<sup>60</sup> “Rather, in our view, the various citations to the Draft Articles have been as conceptual guidance only to supplement or confirm, but not to replace, the analyses based on the ordinary meaning, context and object and purpose of the relevant covered Agreements. In particular, while in some cases the Draft Articles have been cited as containing similar provisions to those in certain areas of the WTO Agreement, in others they have been cited by way of contrast with the provisions of the WTO Agreement, as a way to better understand the possible meaning of the provisions of the WTO Agreement. In all cases, however, the exercise undertaken by these panels and the Appellate Body has been to interpret the WTO Agreement on its own terms, i.e., on the basis of the ordinary meaning of the terms of the treaty in their context and in the light of the object and purpose of the treaty.” WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – definitive anti-dumping and countervailing duties on certain products from China, report of the panel*. WT/DS379/R. 22 out. 2010. p. 47-48. (para 8.87).

gerais. Outras regras gerais conexas ao Direito da Responsabilidade Internacional dos Estados também são utilizadas por cortes e tribunais internacionais para interpretar regras especiais. No mencionado caso *Fernando Fraiz Trapote c. Venezuela*, o tribunal arbitral entendeu que o conceito de investidor, previsto no tratado de investimento analisado, poderia ser interpretado a partir das regras gerais de proteção diplomática estabelecidas pelo direito internacional geral.<sup>61</sup> Operação similar foi realizada pelo Tribunal de Reivindicações Irã-EUA no caso *Amoco v Irã* para interpretar regras sobre a reparação previstas no Tratado de Amizade de 1955 entre os Estados Unidos e o Irã.<sup>62</sup>

## 5 Considerações finais

É possível identificar uma tendência por parte da prática de cortes e tribunais internacionais de não reconhecer o Artigo 55 dos ARIE como uma representação única do conceito de *lex specialis* aplicável às regras da responsabilidade internacional dos Estados. Isso ocorre porque o Princípio *Lex Specialis* conforme adotado pelo Artigo 55 dos ARIE se refere a uma situação de conflito entre normas decidida pela exclusão de uma delas. Ainda que existam incompatibilidades normativas, situações de conflitos totais entre normas não ocorrem com frequência no direito internacional, que é marcado por regimes especializados na regulação de atividades diversas e que muitas vezes obrigam sujeitos diferentes. Tais conflitos são ainda mais raros em relação às regras do Direito da Responsabilidade Internacional dos Estados, caracterizadas por um alto grau de generalidade dado à sua natureza secundária.

A aplicação do Princípio da Especialidade como forma de interpretação ou de acomodação entre normas é resultado da crescente percepção por parte de cortes e tribunais internacionais de que as estruturas e princípios do direito internacional permitem o acomodamento de normas a princípio incompatíveis. A prática demonstra a virtual inexistência de casos difíceis em que normas especiais operam apenas mediante a exclusão total de

regras gerais de responsabilidade internacional dos Estados.

A partir de tais observações, pode-se ser tentado a questionar a utilidade da inclusão do Artigo 55 nos ARIE. É inegável que a escassa menção ao Artigo por cortes e tribunais internacionais atestam a redução de sua aplicação como critério único de aplicação do Princípio da Especialidade. No entanto, é necessário reconhecer que a disposição foi adotada em um contexto histórico em que a proliferação de cortes e tribunais internacionais parecia preanunciar o aumento do número de conflitos normativos entre regimes antagônicos. O Artigo 55 reconhece, então, um instrumento fornecido pelo próprio direito internacional para lidar com o relacionamento conflituoso de tais blocos normativos. A busca de outros instrumentos harmônicos para lidar com o relacionamento entre regimes pela maturação da prática dos tribunais especializados e regionais e o diálogo entre regimes especiais e o direito internacional geral fizeram com que o conceito adotado pelo Artigo 55 se mostrasse muito rígido. Dessa forma, o melhor entendimento é a de que a inclusão do Artigo 55 buscava não exaurir todas as hipóteses de existência de regras especiais, apenas fornecer um instrumento para a solução de conflitos entre normas.

## Referências

- ANDRADE, Mariana Clara. Path to judicial activism?: the use of “relevant rules of international law” by the WTO Appellate Body. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 307-322, 2018.
- ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de droit international*. Bordeaux: Sirey, 1929. t. 1.
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano. Fourth report on state responsibility. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 1992. v. 2.
- ARCARI, Maurizio. Forma o sostanza per gli articoli sulla responsabilità internazionale dello stato? In: ANNONI, Alessandra; FORLATI, Serena; FRANZINA, Pietro (org.). *Il diritto internazionale come sistema di valori*. Nápoles: Jovene, 2021. p. 195-211.
- BECKER, Tal. *Terrorism and the state: rethinking the rules of state responsibility*. Oxford: Hart, 2006.

<sup>61</sup> UNITED NATIONS. *Fernando Fraiz Trapote v. Bolivarian Republic of Venezuela*. PCA Case No. AA737. 31 jan. 2022. p. 97-98. para 363.

<sup>62</sup> TRIBUNAL ARBITRAL IRÃ-ESTADOS UNIDOS. *Amoco International Finance Corporation v. Iran (1985)*. IUSCT Case No. 56. 14 jul. 1987. para 112.

- CONDORELLI, Luigi; KRESS, Claus. The rules of attribution: general considerations. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon (org.). *The law of international responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 221-236.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Massacre Mapiripán c. Colômbia*. 15 set. 2005.
- CORTEN, Olivier. The unwilling or unable test: has it been, and could it be, accepted? *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 29, p. 777-800, 2016.
- CRAWFORD, James. *State responsibility: the general part*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- CRAWFORD, James. Third report on state responsibility. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2000. v. 2.
- GOURGOURINIS, Anastasios. Lex specialis in WTO and investment protection law. *German Yearbook of International Law*, Kiel, v. 53, p. 579-621, 2010.
- GRAY, Christine. Restitution. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon (org.). *The law of international responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 589-598.
- GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. v. 1.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*. ICJ Rep 1982. 24 fev. 1982.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the threat or use of nuclear weapons*. ICP Rep. 1996. 8 jul. 1996.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*. ICJ Rep. 1969. 20 fev. 1969.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United States of America)*. ICJ Rep. 2003. 6 nov. 2003.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tebran (Estados Unidos da América c. Irã)*. ICJ Rep. 1980. 24 maio 1980.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on diplomatic protection, with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2006. v. 2.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2.
- COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2011. v. 2.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: report of the study group finalized by Martti Koskenniemi*. UN Doc A/CN.4/L.682. 13 abr. 2006.
- JENNINGS, Roberts; WATTS, Arthur (org.). *Oppenheim's international law*. 9. ed. Londres: Pearson, 1992. v. 1.
- KOLB, Robert. Le droit international comme corps de droit privé et de droit public. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Leiden, v. 419, p. 9-668, 2021.
- LIMA, Lucas Carlos. Da relevância dos casos do desarmamento nuclear perante a Corte Internacional de Justiça. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 203-215, 2017.
- LINDROOS, Anja. Addressing norm conflicts in a fragmented legal system: the doctrine of lex specialis. *Nordic Journal of International Law*, Leiden, v. 74, n. 1, p. 27-66, 2005.
- MARTIN, Jean-Christophe. *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*. Paris: Bruylant, 2006.
- MILANOVIC, Marko. Special rules of attribution of conduct in international law. *International Law Studies Series*, Newport, v. 96, p. 295-363, 2020.
- MILANOVIC, Marko. The lost origins of lex specialis: rethinking the relationship between human rights and international humanitarian law. In: OHLIN, Jens David. *Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 78-117.

- PAUWELYN, Joost. *Conflict of norms in public international law: how WTO law relates to other rules of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- PROST, Mario. Rapport général: les flottements de la *lex specialis*. In: SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL. *La mise en œuvre de la lex specialis dans le droit international contemporain*. Paris: Pedone, 2017. p. 11-28.
- PRUD'HOMME, Nancie. *Lex specialis: oversimplifying a more complex and multifaceted relationship*. *Israel Law Review*, Jerusalém, v. 40, n. 2, p. 356-395, 2007.
- SALMON, Jean. Les antinomies en droit international public. In: PARELMAN, C. H (org.). *Les antinomies en droit*. Bruxelles: Bruylant, 1965. p. 285-319.
- SIMMA, Bruno. Self-contained regimes. *Netherlands Yearbook of International Law*, Haia, v. 16, p. 111-136, 1985.
- SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. Leges speciales and self-contained regimes. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon (org.). *The law of international responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 139-164.
- SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. Of planets and the universe: self-contained regimes in international law. *European Journal of International Law*, Florença, v. 17, n. 3, p. 506-529, 2006.
- TRIBUNAL ARBITRAL IRÃ-ESTADOS UNIDOS. *Amoco International Finance Corporation v. Iran (1985)*. IUSCT Case No. 56. 14 jul. 1987.
- TRIBUNAL ARBITRAL IRÃ-ESTADOS UNIDOS. *INA Corporation v. Iran (1985)*. IUSCT Case No. 161. 13 ago. 1985.
- UNITED MEXICAN STATES. *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v.*, IC-SID Case No. ARB (AF)/04/5. 2007.
- UNITED NATIONS. *Fernando Fraiz Trapote v. Bolivarian Republic of Venezuela*. PCA Case No. AA737. 31 jan. 2022.
- UNITED NATIONS. *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL. PCA Case No. 2012-17. 24 mar. 2016.
- UNITED NATIONS. *Responsibility of states for internationally wrongful acts: compilation of decisions of international courts, tribunals and other bodies*. UN Doc A/77/74. 29 abr. 2022.
- VATTEL, Emer. *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle: appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. [s.l]: [s.n], 1758.
- VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, Marcelo. *Third report on on general principles of law*. UN Doc A/CN.4/753. 18 abr. 2022.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft: recourse to arbitration by Brazil under Art. 22.6 of the DSU and Art. 4.11 of the SCM agreement, decision by the arbitrators*. WT/DS46/ARB. 28 ago. 2000.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *European communities – regime for the importation, sale and distribution of bananas, recourse to arbitration by the european communities under Art. 22.6 of the DSU*. WT/DS27/ARB. Decision by the Arbitrators. 9 abr. 1999.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – definitive anti-dumping and countervailing duties on certain products from China, report of the panel*. WT/DS379/R. 22 out. 2010.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – subsidies on upland cotton: recourse to arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*. Decision the arbitrator. WT/DS267/ARB/1. 31 ago. 2009.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Os atributos da norma jurídica aplicados ao modelo de produção tradicional do direito internacional e o debate sobre a *soft law***

The attributes of a legal norm and its relation to the traditional production model of international law a debate on *soft law*

Amina Welten Guerra

VOLUME 20 • N. 2 • 2023  
DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION



# Os atributos da norma jurídica aplicados ao modelo de produção tradicional do direito internacional e o debate sobre a *soft law*\*

## The attributes of a legal norm and its relation to the traditional production model of international law a debate on *soft law*

Amina Welten Guerra\*\*

### Resumo

A *soft law* é constantemente excluída do debate acerca do sistema normativo internacional por carecer, considerando-se uma ótica positivista clássica, dos atributos típicos da norma jurídica, como a juridicidade, a legalidade, a validade, a legitimidade e a obrigatoriedade. O presente artigo busca propor uma reflexão mais ampla desses atributos a fim de indicar em que medida a *soft law* possa contê-los e seu estudo se justificar dentro do sistema normativo internacional. A metodologia utilizada é a jurídico-dogmática, possibilitando uma investigação de caráter descritivo e propositivo. Verificar-se-á que é possível redimensionar, na contemporaneidade, o entendimento acerca desses atributos diante da categoria da *soft law* a fim de legitimar o seu estudo no âmbito da formação do direito internacional. Este trabalho é original e se propõe como alternativa ao entendimento binário de se classificar, meramente, a *soft law* como “não direito” na medida em que questiona, de modo crítico, os atributos da *norma jurídica* e defende o estudo da *soft law* no âmbito de uma teoria geral sistêmica do direito internacional.

**Palavras-chave:** *soft law*; legalidade; validade; obrigatoriedade; legitimidade.

### Abstract

Soft law is constantly excluded from the debate about the international normative system because it lacks, from a classical positivist perspective, the typical attributes of legal norms, such as legality, validity, legitimacy and obligation.

This article seeks to propose a broader reflection on these attributes in order to indicate to what extent soft law can contain them and their study is justified within the international normative system. The methodology used is legal-dogmatic, enabling an investigation of a descriptive and propositional nature. It will be verified that it is possible to resize the understanding regarding these attributes in contemporary times when faced with the category of soft law in order to legitimize its study within the formation of international law. This paper is original and proposes itself as an alternative to the binary

\* Recebido em 02/09/2023  
Aprovado em 12/10/2023

\*\* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMG. Professora da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.  
Email: aminaguerra@yahoo.com.br

understanding that soft law is not law insofar as it critically questions the attributes of the legal norm.

**Keywords:** soft law, legality, validity, obligation, legitimacy

## 1 Introdução

O direito pode ser, simplesmente, definido como um conjunto de normas que se aplica em um determinado Estado, em um dado momento.

Essas normas, na perspectiva do Estado Moderno, são produzidas por um poder soberano que concentra em si a competência para a produção desse direito. No âmbito doméstico, essa produção é conferida a um poder legislativo que racionaliza os procedimentos de modo a produzir leis que materializam este espaço de controle da vida social.<sup>1</sup>

No âmbito internacional, devido à ausência de um poder legislativo central, a produção normativa é fragmentada, mas guarda em si os atributos da soberania que se manifesta nas formas de expressão do consentimento dos Estados ao estipular com outros, acordos, tratados ou convenções, sendo estes a forma mais racional e palpável de produção de normas no direito internacional.

A Teoria das Fontes consolidou, no âmbito internacional, a Teoria positivista e a vontade do Estado como um “validador objetivo” do direito internacional. Assim, a perspectiva pela qual o direito internacional se manifesta, por meio de suas fontes, emerge como mais uma das consequências da centralização da vontade do Estado<sup>2</sup>.

Contudo, contemporaneamente, grande parte da produção normativa internacional é realizada pelas Organizações Internacionais que, por meio de recomendações, atas finais, programas ou planos de ação, dentre outros, tem impactado o tradicional modelo de produção do direito internacional conforme preconizado pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

A proliferação de tipos normativos de cunho *soft*, contudo, é relegada a segundo plano pela doutrina tradicional. Isto porque as chamadas normas de *soft law* não seriam direito propriamente dito, pois não possuíam os atributos clássicos do fazer jurídico tradicional, a saber, a legalidade, a validade, a legitimidade e a obrigatoriedade.

Neste artigo, tal perspectiva não prospera, pois, de um lado, a *soft law* assume, na contemporaneidade, um papel fundamental no sistema normativo internacional e, de outro lado, os atributos supramencionados podem ser redimensionados no seu entendimento e extensão com base na perspectiva científica adotada.

Para buscar “desatar os nós” que impedem o estudo da *soft law* no âmbito de uma teoria geral do direito internacional, propõe-se, neste artigo, uma readequação da interpretação desses atributos. Isto porque é consolidada e evidente a ideia de que o direito internacional se difere do direito interno tanto pelo seu modo de formação quanto pelos seus meios de aplicação.

Partindo dessa constatação, propõe-se, neste artigo, um debate crítico sobre os atributos da legalidade, da validade, legitimidade e obrigatoriedade a fim de se acomodar o estudo da *soft law* no sistema normativo internacional.

## 2 Desenvolvimento

Ao longo do desenvolvimento, discorrer-se-á a respeito dos atributos da juridicidade, legalidade, validade, legitimidade e obrigatoriedade da norma em uma perspectiva positivista clássica a fim de se propor uma reflexão crítica do enquadramento das normas de *soft law* nesse contexto.

### 2.1 A norma jurídica legal

Norma é aquilo que predispõe a respeito de uma conduta. Para Kelsen<sup>3</sup>, uma norma é um comando, mas nem todo comando é uma norma. Assim:

<sup>1</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega. 2001. p. 46-48.

<sup>2</sup> A Escola de New Haven foi uma das que apresentou forte crítica à teoria das fontes buscando retomar a ideia do processo de formação do direito como um processo social contínuo.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. *General Theory of Law & State*. Transaction Publishers, 2006. p. 18. “A norm is a command. [...] A command is the expression in an imperative form of the will that somebody else shall behave in a certain manner. [...] a command is a norm only if it is binding upon the individual to whom it is directed. Whether or not a command is binding depends upon whether or not the indi-

um comando é uma norma apenas quando esta é vinculante para o indivíduo à qual é direcionada. [...] Se um comando é vinculante ou não depende se o indivíduo que está comandado é “autorizado” para emitir o comando. [...] E ele é “autorizado” ou “empoderado” apenas se a ordem normativa, cujo pressuposto é o de ser vinculante, confere a ele a capacidade, a competência para emanar comandos vinculantes. [...] A força vinculante de um comando não deriva do comando em si, mas das condições sobre as quais o comando é emitido.<sup>4</sup> (Tradução nossa).

Kelsen continua sua análise do conteúdo do comando, dizendo que este deve ser considerado como tal na presença de dois elementos: um ato de vontade e uma expressão desta vontade<sup>5</sup>. A vontade considerada, muito cuidadosamente pelo autor, não tem um sentido psicológico. Ele define uma norma “como uma regra que expressa a forma como alguém deve agir numa certa maneira”<sup>6</sup>. (Tradução nossa).

Kelsen afirma que o direito é caracterizado como “regras”, mas prefere o termo “norma” para se referir ao direito para evitar mal-entendidos em relação à natureza do direito, no sentido que a palavra “norma” nos remete a prescrições em relação ao comportamento do ser humano, diferentemente do termo “regras” que pode ser utilizado para descrever como os eventos naturais ocorrem e o porquê<sup>7</sup>. Para ele, “outra razão pela qual a designação da lei como ‘regra’ é enganosa é que a palavra ‘regra’ carrega a conotação de algo ‘geral’. Uma ‘regra’ não se refere a um único evento não recorrente,

mas a toda uma classe de eventos semelhantes”. (Tradução nossa).

De outro lado, o termo “regras legais” deve ser utilizado, segundo o autor, para se referir à ciência do direito quando esta atua de maneira descritiva<sup>8</sup>.

Kelsen, ao falar da norma e do ato jurídico, afirma que:

Um ato é um ato jurídico precisamente porque é determinado por uma norma jurídica. A qualidade jurídica de um ato é idêntica à sua relação com uma norma jurídica. Um ato é um ato “legal” apenas porque e somente na medida em que é determinado por uma norma jurídica. [...] A lei é composta de normas jurídicas e atos jurídicos determinados por essas normas<sup>9</sup>. (Tradução nossa).

De forma mais ampla, contudo, a norma não é exclusiva do campo do direito, porquanto a religião pode predispor normas para os seus fiéis, os pais podem predispor regras/normas dentro de casa para os seus filhos, assim como a própria sociedade por si, já determina regras de convivência social, dentre outras. Portanto, o universo normativo não é exclusivo do campo jurídico, uma vez que diversas normas fazem parte da vida humana em comunidade.

Assim, comumente, o divisor de águas entre as normas que compõem um sistema jurídico e as demais normas existentes em uma sociedade é a sanção. Kelsen, inclusive, define o direito como uma “técnica social coercitiva” ou como uma “ordem social coercitiva”<sup>10</sup>. Enfim, a violação da norma jurídica enseja a aplicação de uma sanção.

No passado, a ausência de um poder que pudesse aplicar uma sanção ao Estado violador de uma obrigação ou norma internacional era motivo da negação do direito internacional como direito propriamente dito. Com efeito, se o direito internacional não possuísse aqueles elementos considerados essenciais para ser direito, como o fato de ser emanado por um poder central, possuir um conteúdo prescritivo e prever uma

vidual commanding is “authorized” to issue that command”.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *General Theory of Law & State*. Transaction Publishers, 2006. “A command is a norm only if it is binding upon the individual to whom it is directed. [...] Whether or not a command is binding depends upon whether the individual commanding is “authorizes” to issue that command. [...] And he is “authorized” or “empowered” only if a normative order, which is presupposed to be binding, confers on him this capacity, the competence to issue binding commands. [...] The binding force of a command is not “derived” from the command itself but from the conditions under which the command is being issued”.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. *General Theory of Law & State*. Transaction Publishers, 2006. p. 32.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *General Theory of Law & State*. Transaction Publishers, 2006. p. 35. “A norm is a rule expressing the fact that somebody ought to act in a certain way”.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *General Theory of Law & State*. Transaction Publishers, 2006. p. 37. KELSEN, Hans. *General Theory of Law & State*. Transaction Publishers, 2006. p. 38. “Another reason why the designation of law as “rule” is misleading is that the word “rule” carries the connotation of something “general”. A “rule” does not refer to a single non-recurring event but to a whole class of similar events”.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. *General Theory of Law & State*. Transaction Publishers, 2006. p. 45.

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. *General Theory of Law & State*. Transaction Publishers, 2006. p. 39. “An act is a legal act precisely because it is determined by a legal norm. The legal quality of an act is identical with its relation to a legal norm. An act is a “legal” act only because and only insofar as it is determined by a legal norm. [...] ... law is made up of legal norms and legal acts as determined by these norms”.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *General Theory of Law & State*. Transaction Publishers, 2006. p. 30-31.

sanção em caso de violação, o direito internacional nem direito era<sup>11</sup>.

Essa assimilação do direito à sanção, também, em âmbito internacional, teve uma dupla origem: a primeira na busca pela transposição dos elementos de direito doméstico ao direito internacional, o que deve ser evitado, uma vez que o modo de formação e aplicação do direito internacional é totalmente diferente da do direito interno e a segunda na confusão conceitual de se considerar a eficácia do direito como elemento que prove a sua existência/obrigatoriedade. A eficácia faz parte do mundo dos fatos e a situação de não observância de uma norma não interfere na sua existência.

No primeiro sentido, Jo<sup>12</sup> afirma que:

não há nenhuma razão para supor que o sistema legal internacional deva ser ou seguir o modelo do sistema centralizado do direito nacional. O que importa é saber se os Estados e os demais sujeitos do DI aceitam, na prática, os princípios e as regras do DI, estando legalmente obrigados (legally binding) no seu comportamento.

O positivismo clássico trata a produção da norma de maneira mecanicista, excluindo, automaticamente, do seu processamento aqueles elementos que não passam pela concreta e segura manifestação de vontade do Estado, no desejo de se obrigar numa relação jurídica.

Razão esta que permite ao positivismo excluir a *soft law* do seu campo de análise, pois, frequentemente, as normas de *soft law* são produzidas sem o aval direto do Estado.

Contudo, compreende-se que essa abordagem desconsidera “aspectos importantes da ação social, como: aconselhar, exigir, pedir desculpas, afirmar, prometer etc.”<sup>13</sup> (*tradução nossa*), que constitui um conjunto de medidas consideradas importantes para o propósito do direito internacional.

Koskenniemi<sup>14</sup>, de maneira estimulante, trata do tema da normatividade do direito internacional, consi-

derando que a sua busca, em excesso, pode transparecer o quão não normativo o direito internacional é. Ou seja, o autor critica a obsessão pela busca da normatividade como se essa busca excessiva fosse quase contraditória à característica da normatividade em si, pois ser normativo é dizer que o direito pode ser aplicado, sem depender da vontade do Estado ou de suas preferências políticas, pois, se dependesse, não seria normativo, uma vez que:

de acordo com a exigência de normatividade, o direito deve ser aplicado independentemente das preferências políticas dos sujeitos jurídicos”. [...] Quanto mais a doutrina reconstrutiva tentou provar a normatividade da lei, sua autonomia em relação à política, mais ela se tornou vulnerável à acusação de utopismo. Quanto mais eles insistem na estreita conexão entre o direito internacional e o comportamento do Estado, menos normativas suas doutrinas parecem. (*Tradução nossa*).

Nessa linha, Roughan<sup>15</sup>, ao indagar sobre o papel das fontes do direito internacional em estabelecer ou mesmo gerar normatividade na esfera do direito internacional, conclui que, a normatividade e a ideia de validade legal não são situações similares. Ato contínuo, o presente artigo propõe o entendimento pelo qual a normatividade pode ser tanto de tipo orientador (em sentido mais leve) como de tipo obrigatório (em sentido mais forte). A normatividade orientadora possui caráter de recomendação, enquanto a normatividade de sentido mais forte possui caráter de obrigação. Todavia, é necessário esclarecer, que, no direito internacional, essa distinção pode não ser tão nítida, uma vez que as fronteiras entre as práticas legais e políticas são muito mais fluidas.

Ressalta-se, no estudo da norma no direito internacional, aspecto trazido por Combacau e Sur<sup>16</sup> de que o

Applied regardless of the political preferences of legal subjects”. [...] The more reconstructive doctrine have attempted to prove the normativity of the law, its autonomy from politics, the more they have become vulnerable to the charge of utopianism. The more they have insisted on the close connexion between international law and state behaviour, the less normative their doctrines have appeared”. KOSKENNIEMI, Martti. *The politics of international law*. Londres: Bloomsbury Publishing, 1990. p. 9.

<sup>15</sup> ROUGHAN, Nicole. Sources and the Normativity of International Law: From validity to justification. In: BESSON, Samantha; D’ASPREMONT, Jean. *The Oxford handbook of the sources of international law*. 2018. p. 715-716.

<sup>16</sup> COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit International Public*. 8. ed. Paris: Montchrestien, Lextenso. 2008. p. 51. “La pratique internationale ne raisonne pas en termes de normes, mais d’obligations, qui peuvent avoir une intensité différenciée, sans pour autant constituer des normes générales. L’expression meme de <<norme>> n’appartient pas au vocabulaire du droit international positif, sauf dans les conventions de Vienne sur le droit des traités ou, plus ré-

<sup>11</sup> Bobbio e Hart, por exemplo, se debruçaram sobre a ausência de sanção no direito internacional como forma de compreender a sua natureza.

<sup>12</sup> JO, Moon Hee. *Introdução ao direito internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 50.

<sup>13</sup> KRATOCHWIL, Friedrich V. *Rules, Norms and Decisions on the Conditions of Practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*. Cambridge: Cambridge University Press. 1989. p. 5-6. “Important aspects of social action such as advising, demanding, apologizing, asserting, promising etc...”

<sup>14</sup> “According to the requirement of normativity, law should be

conceito de norma é muito mais afeto ao âmbito doutrinário uma vez que a:

prática internacional não raciocina em termos de normas, mas de obrigações, que podem ter uma intensidade diferenciada, sem por isso constituírem normas gerais. A expressão mesmo de “norma” não pertence ao vocabulário do direito internacional positivo, com exceção das convenções de Viena sobre o direito dos tratados ou, mais recentemente, na motivação de certas decisões de jurisdições internacionais. (Tradução nossa).

Soma-se a esse fato que o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) não previu diferenças de hierarquia entre os modelos de formação do direito internacional, mas a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), estabeleceu que as normas de *jus cogens* não podem ser derogadas por tratados internacionais<sup>17</sup>, criando-se, assim, a ideia de hierarquia entre normas no direito internacional.

Com o crescimento de terminologias diferenciadas para se referir às normas no âmbito internacional (normas convencionais, normas de *jus cogens* ou de *soft law*), atualmente, a doutrina é abundante ao teorizar a respeito dos degraus de normatividade internacional ou das normatividades relativas no direito internacional. Combacau e Sur<sup>18</sup> fazem essa diferenciação numa dupla direção: a primeira em função do modo de formação, em que as normas de *jus cogens* possuem uma autoridade reforçada e as de *soft law*, uma autoridade atenuada; a segunda, em função da natureza das obrigações, em que as obrigações *erga omnes* não seriam suscetíveis de transgressão.

O entendimento da normatividade no direito internacional como o de uma normatividade relativa, em que as normas não possuem o mesmo nível de força, não é banal e reflete, de maneira mais genuína, a natureza normativa do direito internacional.

Dando continuidade, a norma possui, outrossim, a característica de ser jurídica. Por juridicidade da norma, entende-se, também, a sua legalidade em sentido amplo.

Uma norma (jurídica), com caráter de juridicidade, é uma norma legal. Isto posto, examina-se, o atributo da legalidade em um modelo de produção tradicional do direito internacional.

A legalidade pode informar sobre o atributo da norma em produzir determinadas consequências normativas. Se o procedimento de formação da norma foi adotado corretamente e a manifestação do consentimento em se obrigar a ela também foi manifestado, essa norma é legal, portanto, produz efeitos jurídicos. Sob outro aspecto, se a norma é legal, ela integra um determinado sistema normativo, pois a ela pertence.

Klink e Lembcke tratam do assunto, afirmando que o pertencimento de uma norma a um determinado sistema legal é “crucial para a determinação da sua validade legal, quer seja como condição suficiente quando se trata de normas internas a um ordenamento jurídico, quer seja como condição necessária no caso de normas importadas de outro ordenamento jurídico” (tradução nossa). Os autores concluem que “uma regra é uma regra juridicamente válida se puder ser demonstrado que ela pertence a um sistema jurídico, composto por regras que já são reconhecidas como juridicamente válidas”<sup>19</sup> (tradução nossa).

No parecer consultivo da CIJ sobre a Legalidade da Ameaça ou do Uso de Armas Nucleares, tal concepção pode ser percebida. A Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) demandava uma opinião à Corte a respeito da licitude da ameaça ou do uso de armas nucleares, ou seja, a Corte basicamente precisava opinar se esse uso ou ameaça era um dispositivo ou uma categoria normativa que pertencia ao sistema previsto pela Carta das Nações Unidas.

Para tratar desse pertencimento e, conseqüentemente, dessa legalidade, a Corte<sup>20</sup>, ao examinar as regras que regem a licitude ou ilicitude das armas nucleares:

inicialmente tratou da questão de saber se existem regras específicas em direito internacional regu-

cemment, dans la motivation de certaines décisions des juridictions internationales”.

<sup>17</sup> BRASIL. Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/Decreto/d7030.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/d7030.htm) Acesso em: 20 abr. 2022.

<sup>18</sup> COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit International Public*. 8. ed. Paris: Montchrestien, Lextenso. 2008. p. 50-53.

<sup>19</sup> “Crucial for determining legal validity, either as a sufficient condition when it comes to rules internal to a legal system or as a necessary condition in the case of rules imported from another legal system. A rule is a legally valid rule if it can be shown that it belongs to a legal system, consisting of rules that are already recognized as legally valid”. LEMBCKE, Oliver; KLINK, Bart. A fuller understanding of legal validity and soft law. *Legal Validity and Soft Law*, v. 122, 2018. p. 146.

<sup>20</sup> BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de justiça e a construção do direito internacional*. Belo Horizonte: Lutaador, 2005. p. 612-613.

lando a licitude ou ilicitude do recurso às armas nucleares; examinou, então, a questão que lhe foi colocada à luz do direito aplicável em conflitos armados, isto é, dos princípios e regras de direito humanitário aplicáveis em conflitos armados, e do direito da neutralidade [...]. A Corte, então, voltou-se para o exame do direito internacional costumeiro a fim de determinar se a proibição de ameaça ou uso de armas nucleares pode ser extraída desta fonte de direito.

O tema é instigante, porquanto, visa identificar a legalidade de uma regra à luz do seu pertencimento a um determinado sistema.

Uma outra relação estudada é a da legalidade, normatividade e moralidade que teve significativa contribuição do campo da filosofia moral. Besson e Tasioulas<sup>21</sup>, nesse sentido, ilustram como a filosofia moral impactou o direito internacional desde o modo de pensá-lo normativamente até a forma de se estabelecer a legitimidade e a autoridade do direito internacional em caráter não estritamente legal.

Kant, ao tratar da relação entre moralidade, legalidade e normatividade, afirma que estes são conceitos relacionados, em grande parte, aos debates a respeito da legalidade e, no direito internacional estão ligados ao grau de normatividade desse direito.

Para Kant, a legalidade deriva de uma vontade geral, esta entendida:

não como a soma das vontades individuais, mas como uma unidade ideal que conecta todas as vontades individuais — é a vontade omnilateral. Esta definição permite Kant definir o contrato original de soberania sem se referir a uma soberania específica. A autoridade do Estado como um legislador de leis, afirma Kant, não é outra coisa que não a vontade unificada geral das pessoas em si<sup>22</sup>. (Tradução nossa).

A legalidade, na visão Kantiana, significa tudo o que não vá contra a lei. Portanto, a legalidade refere-se ao direito positivo.

O Dicionário de Inglês da Oxford entende como relacionadas às categorias: legitimidade e legalidade, pois define a legitimidade como: “a condição de estar de acordo com a lei ou princípio, conformidade com regra ou princípio; legalidade”<sup>23</sup> (Tradução nossa).

Jubilut elucida que o positivismo jurídico minimiza o tema da legitimidade ao identificá-lo com o tema da legalidade, onde “o que é legal é legítimo”<sup>24</sup>. Nesse sentido, também, Eros Grau assevera que: “o positivismo não tem como tratar da questão da legitimidade do direito. Por isso que, no seu quadro, a legalidade ocupa o lugar da legitimidade”<sup>25</sup>.

Nesse sentido, também, para Weber, a legalidade é uma forma de legitimidade “sobre a qual se acrescenta a coerção”. E, conforme Kelsen, o Estado de Direito se reduz à legalidade porquanto esta é “a condição suficiente do Estado de direito”, porque “todo Estado para ele, já é Estado legal”<sup>26</sup>.

Por essa razão, afastar o atributo da legalidade da figura do Estado será uma tarefa reputada como impossível para alguns, mas que os instrumentos de *soft law* desafiarão, em especial a partir da descentralização da produção normativa do direito internacional do Estado para as Organizações Internacionais ou para os outros sujeitos de direito público ou privado internacional.

## 2.2 A norma jurídica legal e válida

O conceito de validade se apoiou ao longo da história em argumentos diferentes de acordo com a episteme de mundo que se concebia. Para Brierly<sup>27</sup>, “um escritor medieval teria dito que a validade do direito positivo tem de ser aferida pela sua conformidade com uma outra lei mais vinculativa — a lei natural”.

No vocabulário jurídico, a validade como um conceito fundamental do Direito somente aparece no século

<sup>21</sup> BESSON, Samantha; TASILOULAS, John. *Moral philosophy and international law: the Oxford handbook of the theory of international law*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 433.

<sup>22</sup> LYSSY, Ansgar; YEOMANS, Christopher. (ed.). *Kant on Morality, Humanity and Legality: practical dimensions of normativity*. Germany: Palgrave Macmillan, 2021. p. 8. “Is not so much the mere sum of individual wills, as rather the ideal unity connecting all individual wills it is the *omnilateral* will (MM 6:259). This definition allows Kant to define the original contract of sovereignty without referring to any actual sovereign. The authority of the state as a lawgiver, Kant claims, is no other than the unified general will of the people itself”.

<sup>23</sup> DICIONÁRIO The Oxford English Dictionary. 2. ed. p. 811. “The condition of being in accordance with law or principle”, ‘conformity to rule or principle; lawfulness”.

<sup>24</sup> JUBILUT, Liliãna Lyra. Os Fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 2, p. 205-207, jul. 2010.

<sup>25</sup> GRAU, Eros. *Direito Positivo e Direito Pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 31.

<sup>26</sup> DUTRA, Delamar José Volpato. A legalidade como forma de Estado de Direito. *Revista de Filosofia*, v. 45, n. 109, p. 45, 2004.

<sup>27</sup> BRIERLY, James Leslie. *Direito Internacional*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1963. p. 22.

XIX<sup>28</sup>, século em que, também, se dará a formulação da doutrina do positivismo jurídico elaborada, dentre outros, por Auguste Comte. A verificação da validade da norma se torna um ponto central da teoria positivista.

Capra, ao tratar do tema do positivismo, se refere a ele como “a camisa de força positivista”, entendendo que: “o contexto positivista é modelado pela física newtoniana. Na verdade, Auguste Comte deu ao estudo científico da sociedade o nome de “física social” antes de introduzir a palavra “sociologia”<sup>29</sup>.

Waltermann comenta como:

Munzer, por exemplo, identifica que, para Ross, “validade” tem o significado – *inter alia* – de uma norma que é “sentida como socialmente vinculante”, para Kelsen implica em um “dever”, ou para Hart como elemento que “satisfaz todos os critérios fornecidos pela regra de reconhecimento”<sup>30</sup>. (Tradução nossa).

A validade, bem como os demais atributos da norma, até agora vistos, assume no direito internacional uma conotação especial em relação ao direito interno, isto porque o direito interno é caracterizado por um mecanismo centralizado de produção normativa o que facilita o controle da legalidade e da validade das normas no sistema jurídico.

Na seara internacional, a partir do reconhecimento dos Estados modernos, o conceito de validade refletirá os aspectos da soberania, uma vez que, o que é válido, nas palavras de Boaventura Santos, em Quadros, “é determinado por aquilo que conta como legal ou ilegal de acordo com o direito oficial do Estado ou com o direito internacional”<sup>31</sup>.

Kelsen entendia que a validade de uma norma repousa na sua fonte e a validade de uma fonte repousa imediatamente em outra fonte. Dessa forma, é a fonte

quem dá o tónus de validade de uma norma em um sistema normativo fechado.

Bódig<sup>32</sup> afirma que:

o imaginário contemporâneo da validade formal (especialmente do estado de direito moderno) resulta de uma convergência do conceito de (formalmente apurado) direito e conceitos políticos (e ideais) como “soberania, “legitimidade”, e a “rule of law”. Este desenvolvimento conceitual teve um amplo impacto não apenas nos Estados, mas nos parâmetros institucionais das ordens legais (e do direito internacional em particular). (Tradução nossa).

Ao que parece os conceitos de fonte, soberania, validade, legitimidade, são todos efeitos (formais) uns dos outros. Carpentier, segundo Waltermann, trata da validade sob um duplo prisma: o da validade como conformidade e o da validade como pertencimento<sup>33</sup>.

Carpentier<sup>34</sup>, no primeiro sentido, conecta a validade à satisfação de requisitos formais (conformidade), visto que:

usamos geralmente a palavra “válido” ou “inválido” como uma maneira pretenciosa de dizer “bom” ou “não bom” ou, se quiser “legal” ou “ilegal”. Quando dizemos que uma multa, um contrato ou um estatuto é inválido, queremos dizer que eles não “são bons” aos olhos do direito. Observe que “válido” aqui é predicado tanto de coisas materiais quanto de normas. Para que algo seja “bom” aos olhos da lei, ou seja, para que algo seja lícito, ele deve estar de acordo com algumas normas legais. [...] deixe-me chamar isso de validade como conformidade. (Tradução nossa).

No segundo sentido, o autor atrela o conceito de validade ao conceito de fonte. Desse modo, a fonte se

<sup>28</sup> BÓDIG, Mátyás. Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law. *Legal Validity and Soft Law*, p. 222, Springer, 2018.

<sup>29</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. São Paulo: Cultrix, 2020. p. 74.

<sup>30</sup> WALTERMANN, Antonia. Sovereignty and Validity: on the Relation Between the Concepts and the Role of Acceptance. *Legal Validity and Soft Law*, p. 208, Springer, 2018. “Munzer (1972), for example, identifies that “validity” has been understood to mean – *inter alia* – that a norm is “felt to be socially binding” by Ross, implying an “ought” by Kelsen, or that is “satisfies all the criteria provided by the rule of recognition (Hart)”.

<sup>31</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: QUADROS MAGALHÃES, José Luis. *O Estado Plurinacional e o Direito Internacional Moderno*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 103.

<sup>32</sup> BÓDIG, Mátyás. Legal Validity, Soft Law, and International Human Rights Law. *Legal Validity and Soft Law*, p. 223, Springer, 2018. “The contemporary imagery of formal validity (especially in modern state law) resulted from the convergence of the concept of (formally ascertained) law and political concepts (and ideals) such as “sovereignty”, “legitimacy”, and the “rule of law”. This conceptual development has had a comprehensive impact not just on states but on the institutional parameters of other legal orders as well (and international law in particular)”.

<sup>33</sup> WALTERMANN, Antonia. Sovereignty and Validity: on the Relation Between the Concepts and the Role of Acceptance. *Legal Validity and Soft Law*, p. 203, Springer, 2018.

<sup>34</sup> CARPENTIER, Mathieu. Sources and Validity. *Legal Validity and Soft Law*, p. 85, Springer, 2018. “We use the word “valid” or “invalid” as a pretentious way to say “good” or “no good” or, if you will, “lawful” or “unlawful”. When we say that a ticket, a contract, or a statute is invalid, we mean that they are “no good” in the eyes of the law. Notice that “valid” here is predicated of both material things and norms. For something to be “good” in the eyes of the law, i.e. for something to be lawful, it has to conform to some legal norms. [...] let me call this *validity* as *conformity*.”

comporta como um requisito do critério de pertencimento a um determinado sistema legal. Assim, é possível rastrear a validade de uma norma à fonte à qual ela se conecta, uma vez que a fonte seria esse critério de “filiação” (*membership*).

Em outras palavras, seria o “teste de pedigree” positivista que entende “que a fonte determina a validade legal”<sup>35</sup>(tradução nossa) de uma norma.

Soberania e validade como conceitos que se solicitam permitem compreender o pertencimento de uma norma ao sistema legal a partir da atestação da emanção de tal norma por parte do soberano.

Assim, de um lado, observa-se que, na visão positivista, a tese do pertencimento de uma norma a uma determinada fonte, como critério de validade, prospera. Contudo, de outro lado, identificar a validade de uma norma apenas pelo fato de este pertencer a uma determinada fonte, exclui, mais uma vez, a *soft law* do campo de análise normativa do direito internacional pela impossibilidade, *prima facie*, de conectar seus instrumentos e, portanto, normas, às tradicionais fontes previstas pelo art. 38 do estatuto da CIJ.

Alguns autores<sup>36</sup> associam a *soft law* a normas não válidas pelo fato de elas não terem sido feitas por um órgão competente, isto é, um poder soberano, legitimado a emanar normas e pelo fato de elas não seguirem um determinado rito que, ao fim, as torne válidas.

Mais adiante se buscará justificar o porquê de tal afirmação somente ter sentido se vista sob a ótica positivista, pois, se analisada sob outro critério, tal entendimento não pode prosperar.

Por hora, cita-se, como exemplo, o fato de a AGNU ter a competência para emitir recomendações. Essa competência encontra-se prevista na Carta das Nações Unidas e, embora essa modalidade normativa não se encaixe no índice de fontes previsto pelo art. 38 do estatuto da CIJ, as recomendações possuem um rito próprio de emanção e devem ser editadas pelo órgão competente para tal. Nesse sentido, as recomendações não são *válidas*? A negativa carece de sentido lógico.

<sup>35</sup> WALTERMANN, Antonia. Sovereignty and Validity: on the Relation Between the Concepts and the Role of Acceptance. *Legal Validity and Soft Law*, p. 209, Springer, 2018. “the source determines legal validity?”.

<sup>36</sup> HAGE, Jaap. What is legal validity? Lessons from soft law. *Legal Validity and Soft Law*, p. 39, Springer, 2018.

Outros autores relacionam a Teoria da Validade da norma à Teoria dos Atos Jurídicos. Nesse sentido, Reuter<sup>37</sup> citado por Accioly, enfatizava:

não ser o direito somente produto da vida social, mas, igualmente, o fruto de esforço de reflexão, em que se trata de ordenar os dados, assim, recolhidos, em conjunto coerente e tão lógico quanto possível. É o aspecto sistemático do direito internacional, simultaneamente mais importante e mais delicado que o dos direitos nacionais.

O objetivo do autor por meio de uma Teoria dos Atos Jurídicos é a de compreender o que faz parte do âmbito jurídico e o que não faz. Jacqué<sup>38</sup>, citado por Accioly, diz que:

a teoria do ato jurídico, mesmo em se tratando de noção comum aos diferentes sistemas jurídicos, não pode ser captada *in abstracto*, mas insere-se em determinada ordem jurídica. Se uma manifestação de vontade pode acarretar consequências jurídicas (isto se dá), porque a ordem jurídica lhe atribui essa faculdade [...] esse é o problema da validade, pois: “para que determinado ato jurídico possa cumprir a sua função, é preciso que tire sua validade formal e material da ordem jurídica existente. Não existe teoria dos atos, sem teoria da validade.

Nessa lógica, o tratado internacional será válido se o sujeito que o firmar for um sujeito do direito internacional. Nesse caso, o Estado, na condição de sujeito capaz; se o objeto for lícito, por exemplo, se se trata da regulamentação de fronteiras e, se o ato for resultado do consenso bem como sua forma se encontrar em consonância ao que for previamente instituído. Obedecidos esses passos, esse ato será válido. Portanto, a Teoria do Ato Jurídico está de acordo com a Teoria da Validade.

Atualmente, dois elementos desafiam a validade posta no quadro positivista: o primeiro, a fragmentação da governança global e o segundo (resultado do primeiro), a margem de ação das organizações internacionais enquanto sujeitos legítimos dotados de personalidade jurídica internacional.

No primeiro sentido, o império da lei ou o Estado de Direito assumiu, contemporaneamente, uma nuance diferenciada. A *rule of law* consistiria hoje no direito in-

<sup>37</sup> ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 198.

<sup>38</sup> ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 198-199.



ternacional, de acordo com Kofi Annan, ex-secretário Geral das Nações Unidas<sup>39</sup>:

um princípio de governança onde todas as pessoas, instituições e entidades, públicas e privadas, incluindo o Estado, são responsáveis perante as leis que são promulgadas publicamente, igualmente aplicadas e julgadas de forma independente, e que são consistentes com as normas e padrões internacionais de direitos humanos. Requer, ainda, medidas para garantir a aderência aos princípios de equidade na aplicação da lei, separação de poderes, participação na tomada de decisões, segurança jurídica, evitação da arbitrariedade e transparência legal e procedimental. (Tradução nossa).

Assim, para o ex-secretário Geral das Nações Unidas, o conceito vai além da correspondência da produção normativa, de um procedimento formal ou de uma fonte prevista pelo direito, mas abrange diferentes atores, exigindo maior participação da comunidade internacional.

É nesse sentido que, ao constatar as dificuldades operacionais sempre maiores do contexto global e a expansão regulatória do direito internacional que Teubner<sup>40</sup> defende a autonomia dos diferentes setores da sociedade. Verifica que, nesses setores, há um subsistema constitucional que, mesmo operando fora da lógica de produção jurídico-normativa estatal, é capaz de legitimar e controlar os seus próprios mecanismos de organização sistêmica.

No segundo sentido, é fato que as organizações internacionais também são sujeitos do direito internacional, estas podem se engajar em compromissos internacionais e agir dentro dos termos previstos em suas Cartas Constitutivas.

É nesse sentido que, segundo Combacau e Sur, as Resoluções “tomadas no âmbito dos fins da Organização, e adotadas por um órgão “regularmente, constituído, tomado de acordo com suas regras, declarado e ado-

tado por seu presidente, devem se presumir válidas”<sup>41</sup> (Tradução nossa).

Assim, determinadas resoluções regularmente aprovadas no âmbito de competência de tais Organizações, ainda que como instrumentos de *soft law*, são perfeitamente válidas.

Por essas razões, o debate acerca da validade, em relação à *soft law*, é incapaz de se extinguir no binômio — é válido o que é direito e é inválido o que não é direito. A mesma investigação empírica que se faz para reconhecer se uma norma é legalmente válida pode ser feita também para se reconhecer se uma recomendação, uma declaração, um memorando de entendimento, uma resolução é válida ou não, ainda que não seja considerado “direito” propriamente dito.

O “teste da validade do pedigree” conforme Waltermann<sup>42</sup> está muito bem descrito pelos positivistas “duros”, como explanado pelas palavras de Marmor, citado por Waltermann, em que: “a validade jurídica se exaure na referência às fontes convencionais do direito: todo direito é baseado em uma fonte, e tudo o que não é fonte não é direito”<sup>43</sup> (tradução nossa).

A *soft law* deve ser entendida como categoria gerada no próprio *habitat* do direito internacional, em caso contrário, a exclusão da *soft law* de qualquer elemento de validade fica evidente.

De outro lado, enxergando a *soft law* como um produto do meio chamado sistema normativo internacional, será possível colher elementos de validade em instrumentos de *soft law*.

Nesse quadro, o positivismo clássico se torna incapaz de sustentar a presença das normas de *soft law*, visto que a relação Estados/soberania de outrora não vislumbrava o contexto contemporâneo.

<sup>39</sup> ANNAN, Kofi. UNITED NATIONS. *What tis the Rule of Law?* New York, 2008. “Principle of governance in which all persons, institutions, and entities public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms, and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency”.

<sup>40</sup> GUNTHER, Teubner. *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie. Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, n. 63, p. 3, 2003.

<sup>41</sup> COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit International Public*. 8. ed. Paris: Montchrestien, 2008. p. 101. “Prise dans le cadre des buts de l’organisation, et adoptée par un organe ‘régulièrement, constitué, prise conformément à son règlement et déclarée adoptée par son président doit entre présumée valable”.

<sup>42</sup> WALTERMANN, Antonia. Sovereignty and Validity: on the Relation Between the Concepts and the Role of Acceptance. *Legal Validity and Soft Law*, p. 209, Springer, 2018.

<sup>43</sup> MARMOR, A. *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Oxford University Press, 2001. WESTERMAN, Pauline (ed.) *et al. Legal Validity and Soft Law*. Cham: Springer, 2018. “Legal validity is exhausted by reference to the conventional sources of law: all law is source based, and anything which is not source bases is not law”.

Assim, não é mais possível compreender a formação do direito internacional contemporâneo à luz do positivismo jurídico, pois ele, sozinho, não é capaz de abarcar toda a complexidade desse fenômeno.

Von Der Pfordten<sup>44</sup> constata a dificuldade de se apartar do paradigma da validade legal positivista, afirmando que o positivismo impregnou, inclusive, os não positivistas com o vírus da validade para se referir à legalidade da norma. O autor entende que o conceito de validade existe para obscurecer as fases da legalidade de uma norma.

Reforça-se, ainda, que, para os pais fundadores do Direito Internacional, o conceito de validade não aparecia, pois era a autoridade, a base da fundamentação normativa do Direito Internacional.

Com Kelsen a validade se tornará a fundamentação normativa do Direito, uma vez que, para localizar a sua força normativa, será preciso encontrar, objetivamente, a sua validade.

Kelsen entende, portanto, que uma norma somente será válida quando derivar de uma outra norma válida que autoriza a sua criação. Será sob o conceito de validade que Kelsen buscará entender a *spezifische existenz* (a existência específica) de uma norma. Por validade entende-se, portanto, a existência de certas normas. Kelsen afirma que uma norma é válida “quando assumimos sua existência, isto é, quando assumimos que ela possui força vinculante para aqueles cujo comportamento ela quer regular”<sup>45</sup> (tradução nossa). Nota-se claramente o vínculo indissociável entre a existência de uma norma para o mundo e a sua validade. Ela é válida *porque* existe.

Prosseguindo, se uma norma existe, ela possui força vinculante, que significa dizer que ela é obrigatória. Assim, validade, força vinculante e obrigatoriedade estariam conectados. Daí o fato de toda essa construção excluir do campo de análise a *soft law*, pois, naturalmente, não tendo força vinculante significa que não é válida. Seria então a validade uma característica exclusiva das

normas jurídicas? Para Kelsen a “validade é uma qualidade do direito”<sup>46</sup> (Tradução nossa).

Assim, observa-se que na Teoria Positivista de Kelsen não há espaço para a *soft law*. Ela é absolutamente irrelevante, uma vez que, na concepção binária entre o que é direito e o que não é direito, a *soft law* se referiria a esse segundo aspecto, não merecendo nenhum tipo de apreciação ulterior por parte dos juristas, ideia que este artigo busca contrastar.

A questão não é a de se propor uma outra Teoria da Validade e do Direito, mas sim a de contextualizar a panaceia e a celeuma criada em torno da *soft law* para questionar em quais condições faz sentido investigar a validade?

Westerman<sup>47</sup> coloca a discussão de forma interessante, afirmando que é útil estabelecer de qual ponto de vista se fala quando se pergunta acerca da validade. Ela traz como exemplo o cliente que chega ao caixa com uma nota de mil euros para pagar uma compra e o caixa verifica se aquela nota é “válida”, isto é, se aquela nota é competente para produzir os efeitos que sugere, que, no caso, é o de pagar a conta.

Nesse “produzir os efeitos que sugere”, a autora acrescenta que há de fundo um “entendimento coletivo”, um “acordo coletivo”, também, quanto ao significado daqueles mil euros. Em qual sentido? No sentido de que o dinheiro pode ser considerado somente um pedaço de papel (falso ou não) ou pode ser considerado um pedaço de papel que possui uma certa funcionalidade. E é nesses termos que o debate acerca da *soft law* se torna ainda mais interessante.

A validade de um acordo de *soft law* pode ser buscada, por exemplo, em um momento anterior ao da aplicação jurisdicional do acordo em si, que consiste nas inúmeras razões pelas quais a *soft law* é utilizada. Razões que podem fazer parte do “entendimento coletivo” que determinados atores desejam dar a um instrumento de *soft law* e que não necessariamente diz respeito ao fato de o instrumento poder ser ou não aplicado em um tribunal.

É nesse sentido que Westerman fala em funcionalidade e “tipos de validade”, ao tratar dos elementos que

<sup>44</sup> PFORDTEN, Dietmar von der. *Validity in Positive Law: a mere summary concept. Legal Validity and Soft Law*, Springer, 2018. “Even non positivists are infected by this virus”.

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. *General Theory of Law & State*. Transaction Publishers, 2006, p. 30. “To say that a norm is valid, is to say that we assume its existence or – what amounts to the same thing – we assume that it has binding force for those whose behavior it regulates”.

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. *General theory of Law & State*. Transaction Publishers, 2006, p. 39-40. “The validity is a quality of law”.

<sup>47</sup> WESTERMAN, Pauline. *Validity: the reputation of rules. Legal Validity and Soft Law*, p. 167, Springer, 2018.

se reputa como válidos, mas que provêm de “entendimento/acordos coletivos” quanto ao significado que realmente possui.

Assim, para os fins do presente artigo, a validade possui um valor relativo, mas não evidentemente totalmente descartado.

### 2.3 A norma jurídica legal, válida e legítima

A legitimidade é uma característica complexa que geralmente está associada à justificação do exercício de autoridade. Em outras palavras, a legitimidade busca justificar a conformidade a uma determinada prática gerando uma expectativa de cumprimento, de adequação dos destinatários da norma. A legitimidade, portanto, pode estar ligada tanto à norma quanto à instituição que a emana.

No passado, a legitimidade do direito internacional era externa, fundada em uma “unidade ética”<sup>48</sup> que se expandiu para outras áreas do conhecimento e que se consubstanciava em um conjunto de valores cujos preceitos moldaram as teorias jusnaturalistas. Todavia, no percurso e no avanço da sociedade, essa unidade ética será mitigada, sobretudo em face à presença do positivismo jurídico, fazendo com que a busca pelos critérios de legitimidade se voltasse para o próprio direito.

No âmbito do direito, várias dessas categorias são subsequentes, a exemplo da validade e da legitimidade que são considerados conceitos próximos, porquanto a validade possa ser vista como uma consequência da legitimidade. De forma que, se for observado um determinado procedimento para a adoção de uma norma, por parte de uma autoridade que tem o poder de realizar essa produção normativa, tem-se uma norma legítima emanada de uma instituição legítima que será válida para o sistema normativo. Assim, validade e legitimidade são categorias que se enlaçam.

Lado outro, Georgiev<sup>49</sup> compara o conceito de legitimidade ao de legalidade se referindo ao último como uma:

<sup>48</sup> JUBILUT, Lílana Lyra. Os Fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 2, p. 205-207, jul. 2010.

<sup>49</sup> “Static, one-dimensional vision of law in which the distinction legal-illegal is expected to give a definite, determinate answer about whether a given behavior corresponds to it or not. This distinction cannot tolerate indeterminacy and contradiction, and has to assume

visão estática e uni-dimensional do direito onde a distinção entre legal e ilegal é esperada como forma de dar uma resposta definitiva sobre se um determinado comportamento corresponde à validade ou não. Esta distinção não pode tolerar indeterminação ou contradição, e precisa presumir que estas não existem, abordando-os tecnicamente por meio da aplicação de determinadas regras e procedimentos de modo a apresentar uma visão não conflituosa do direito (Tradução nossa).

Nesse sentido, a legalidade não permitiria meio termo, afinal algo ou é legal ou não é.

Georgiev<sup>50</sup> tem uma abordagem intrigante quanto à legitimidade, ao dispor que, por meio dela, se é dada a:

possibilidade de mudança e de desenvolvimento do direito. Diferentemente do conceito de legalidade, ele não apenas reflete as consequências da mudança, mas fornece um quadro teórico de partida que auxilia a levar adiante a mudança. Se a vida envolve contradição e mudança e se podemos dizer que o direito internacional tem não apenas uma ‘existência’, mas também, uma ‘vida’ própria, daí a noção de legitimidade pode ser certamente de grande significado. (Tradução nossa).

O autor se refere aos avanços na interpretação de normas que são consideradas inteiramente legítimas, porquanto feitas “*within the law*”<sup>51</sup>, isto é, não prescindem de uma abordagem jurídica, mas permitem uma inovação.

Todos os atributos brevemente analisados no âmbito de um modelo tradicional de produção do direito internacional sofreram fortes incidências conceituais e práticas, a partir do reconhecimento das Organizações Internacionais como sujeitos do direito internacional. Para os fins do presente artigo, destaca-se, apenas, que tal reconhecimento remodelou o processo de produção normativa no direito internacional e desafia, desde

that they do not exist, approaching them technically by applying certain rules and procedures in order to be able to present a non-conflictual picture of law”. GEORGIEV, Dencho. Politics or rule of law: deconstruction and legitimacy in international law. *European Journal of International Law*, v. 4, n. 1, p. 1–14, 1993. p. 12.

<sup>50</sup> “A possibility of changing and developing law. Unlike the concept of legality, it does not only reflect the consequences of change but provides a theoretical point of departure helping to carry out change. I life involves contradiction and change and if we can say that international law has not only as ‘existence’ but also a ‘life’ of its own, then the notion of legitimacy can certainly be of significance for it”. GEORGIEV, Dencho. Politics or rule of law: deconstruction and legitimacy in international law. *European Journal of International Law*, v. 4, n. 1, p. 1–14, 1993. p. 14.

<sup>51</sup> GEORGIEV, Dencho. Politics or rule of law: deconstruction and legitimacy in international law. *European Journal of International Law*, v. 4, n. 1, p. 1–14, 1993.

então, a legitimidade percebida na emanção de seus instrumentos. Nesse sentido Boyle e Chinkin afirmam que:<sup>52</sup>

nesse contexto, a legitimidade torna-se uma questão crítica quando as instituições internacionais adquirem poder para tomar decisões vinculantes aos Estados sem seu consentimento específico, e mais especialmente quando essas decisões equivalem a legislar para todos os Estados. No entanto, o consentimento dos Estados é cada vez mais atenuado pela escala e alcance da elaboração de leis por instituições multilaterais e por alguns dos métodos que empregam (Tradução nossa).

Os meios de produção do direito internacional contemporâneo desafiam a ausência de consentimento expresso do Estado — o modelo de produção tradicional desse ramo jurídico. A validade, a legalidade e a legitimidade aparecem desafiadas por inúmeros vieses.

A título exemplificativo, limitar-se-á a tratar da participação das Organizações Não Governamentais (ONGs) nas negociações dos tratados internacionais.

Boyle e Chinkin <sup>53</sup>relatam como a presença das ONGs nesses espaços, até então ocupados exclusivamente pelos Estados, de um lado, repara o déficit democrático dos processos internacionais e de outro, para muitos, coloca em xeque a legitimidade desses processos, como se a presença das ONGs esvaziasse esses processos de legitimidade.

O engajamento das ONGs na litigância internacional, também, foi percebido por Boyle e Chinkin ao comentarem acerca da pronúncia da juíza Oda, na Opinião Consultiva sobre Armas Nucleares. A magistrada entendia que as ONGs não tinham legitimidade para solicitar tal opinião consultiva; já o Juiz Weeramantry, em entendimento divergente, ilustrou seu argumento notando que, devido à quantidade de comunicações recebidas pela Corte e devido a cerca de dois milhões de assinaturas de inúmeras organizações e indivíduos, tal presença não poderia ser totalmente deslegitimada pois

<sup>52</sup> “in this context legitimacy becomes a critical issue once international institutions acquire power to take decisions binding on states without their specific consent, and more especially so when those decisions amount in effect to legislating for all states. Nevertheless, the consent of states is increasingly attenuated by the scale and scope of law-making by multilateral institutions, and by some of the methods they employ”. BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. *The making of international law: foundations of public international law*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 145.

<sup>53</sup> BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. *The making of international law: foundations of public international law*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 68.

evidenciava uma certa opinião pública global sobre o tema<sup>54</sup>.

Ao estudar a legitimidade em termos binários, a conclusão não levará a grandes avanços na busca por compreender a forma como o direito internacional contemporâneo tem interagido com os atributos clássicos de um modelo de produção tradicional do direito internacional. Isto porque, ao se considerar, por exemplo, que ONGs simplesmente não são sujeitos legitimados a ocupar espaços de negociação, a discussão se encerrará sem a devida reflexão. É por isto que o conceito de legitimidade escalonada, trazido por Martí dá uma nuance mais precisa do que se pretende trazer até aqui no presente artigo. Para o autor<sup>55</sup>:

o padrão ideal de legitimidade é concebido como uma escala que pode ser usada para avaliar os diferentes graus de legitimidade que instituições reais, decisões ou mecanismos legislativos têm no mundo real. A legitimidade real, para aqueles que adotam essa visão, vem em degraus (tradução nossa).

O autor entende a legitimidade como um conceito ligado a contextos democráticos e busca encontrar os seus elementos centrais, tais como o controle popular, a igualdade democrática e a contestabilidade deliberativa, também no direito internacional.

Ao realizar esse cotejamento entre democracia e legitimidade no direito internacional, o autor realça alguns aspectos, sendo o primeiro deles a diminuição do papel dos Estados no processo de *law-making* de importantes regimes internacionais. Ele menciona a presença marcante das ONGs para a contribuição da legislação em direitos humanos, direito ambiental <sup>56</sup>e no âmbito criminal.

Em um segundo momento, constata o fato de que, apesar da igualdade formal dos Estados para o direito internacional, nem todos eles são democráticos do pon-

<sup>54</sup> BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. *The making of international law: foundations of public international law*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 68.

<sup>55</sup> MARTÍ, José Luis. *Sources and the Legitimate Authority of International Law: democratic Legitimacy and the Sources of International Law*. Edited By: Jean d’Aspremont, Samantha Besson, 2018. p. 762. “The ideal standard of legitimacy is conceived as a scale that can be used to assess the different degrees of legitimacy that real institutions, decisions, or law-making mechanisms have in the real world. Real legitimacy, for those who adopt this view, comes in degrees”.

<sup>56</sup> Para aprofundar neste sentido ver: LEISTER, Margareth Anne; SOUZA, Leonardo da Rocha de. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 767-784, 2015.

to de vista de seu direito interno, mas não deixam assim de obter direito ao voto das assembleias internacionais.

Para Martí, o Princípio do Controle Popular Efetivo não está garantido no direito internacional, uma vez que inexistem mecanismos específicos para permitir às pessoas o exercício de “um controle efetivo sobre as instituições internacionais e o *law-making* internacional”<sup>57</sup> (tradução nossa).

O desejo do autor<sup>58</sup> é que as fontes do direito internacional possam estar mais conectadas com o conceito de legitimidade democrática e que para isso um modesto início seria o da maior participação das ONGs nos processos de *law-making* internacional.

Assim, evidencia-se como a legitimidade, também, se coloca de maneira diferenciada à medida em que se analisa a formação do direito internacional sob um enfoque tradicional ou não, refletindo mais um dos palcos de tensão em que diferentes interesses atuam no direito internacional.

## 2.4 A obrigatoriedade da norma jurídica legal, válida e legítima

A obrigatoriedade parece ser o centro da ciência jurídica. Segue-se uma norma jurídica porque ela é obrigatória, não há margem para a escolha, o seu cumprimento não é facultativo.

No âmbito do direito internacional, tal elemento apresenta certas complexidades, uma vez que o Estado, como ator clássico, só se obriga a uma norma se consentir e, mesmo que o faça e sua conduta seja dissonante ao pactuado, no direito internacional, não há um sistema centralizado de imposição de sanções por violação de normas.

Onde reside a obrigatoriedade? Na norma em si ou no sentimento daquele que a observa? Se a norma segue um processo de formação convencional como no caso

de tratados, a obrigatoriedade reside no fato de o tratado estar baseado no princípio do *pacta sunt servanda*<sup>59</sup>. Já se um Estado se conforma a uma determinada conduta por acreditar, por sentir que essa conduta é obrigatória não foi o seu modo de formação formal que deu o tônus da obrigatoriedade, mas sim o comportamento do Estado como elemento material e sua convicção que tal prática era obrigatória, como elemento psicológico.

Abbott<sup>60</sup> *et al.* inserem a “obrigação” no seu conceito de “*legalization*” utilizando-a de forma a criar uma ponte entre o pensamento jurídico e a ciência política. O autor, ao se afastar do entendimento pelo qual é necessária uma soberania coercitiva para a compreensão do direito, opta pelo termo “legalização”, entendido justamente como uma forma de institucionalização caracterizada pelos elementos da obrigação, precisão e delegação.

A obrigatoriedade representa um compromisso pelo qual o ator ou o Estado se vincula. A precisão diz respeito à clareza da obrigação, do comportamento devido e a delegação se refere ao fato que a um terceiro é garantida a autoridade com relação à dissolução de controvérsias ou interpretação da obrigação<sup>61</sup>.

Assim, um tratado internacional que tenha sido corretamente firmado e do qual constem obrigações claras, mas que seja ausente de mecanismos de resolução de controvérsias, não teria o rigor necessário dos três elementos trazidos pelos autores. É nesse sentido que Abbott e outros afirmam que tais elementos não estão unidos sempre na mesma gradação e intensidade, mas que

<sup>59</sup> BRASIL. Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm) Acesso em: 20 abr. 2022.

<sup>60</sup> ABBOTT, Kenneth W. *et al.* The concept of legalization. *International Organization*, v. 54, n. 3, p. 401, Summer, 2000.

<sup>61</sup> “Legalization” refers to a particular set of characteristics that institutions may (or may not) possess. These characteristics are defined along three dimensions: obligation, precision, and delegation. Obligation means that states or other actors are bound by a rule or commitment or by a set of rules or commitments. Specially, it means that they are legally bound by a rule or commitment in the sense that their behavior thereunder is subject to scrutiny under the general rules, procedures, and discourse of international law, and often of domestic law as well. Precision means that rules unambiguously define the conduct they require, authorize, or proscribe. Delegation means that third parties have been granted authority to implement, interpret, and apply the rules; to resolve disputes; and (possibly) to make further rules. Each of these dimensions is a matter of degree and gradation, not a rigid dichotomy, and each can vary independently. ABBOTT, Kenneth W. *et al.* The concept of legalization. *International Organization*, v. 54, n. 3, p. 401-419, Summer, 2000.

<sup>57</sup> “Exercise an effective control over international institutions and the international law making”. MARTÍ, José Luis. Sources and the legitimate authority of international law: democratic legitimacy and the sources of international law. In: BESSON, Samantha; D’ASPREMONT, Jean (ed.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 764-767.

<sup>58</sup> MARTÍ, José Luis. Sources and the legitimate authority of international law: democratic legitimacy and the sources of international law. In: BESSON, Samantha; D’ASPREMONT, Jean (ed.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 764-767.

podem ser combinados de maneira diferente, a ponto de ser possível uma “*soft legalization*”<sup>62</sup>.

Assim, é possível que um dispositivo contenha a obrigatoriedade nos termos do art.26 da CVDI<sup>63</sup>, no âmbito de um tratado internacional, bem como que as obrigações previstas sejam tão vagas que prejudiquem a clareza dos compromissos que deveriam ser adotados, deixando ampla margem para a conduta dos Estados-partes na apreciação de suas obrigações como ocorre com dispositivos no âmbito do direito internacional do meio ambiente em relação à adoção de um catálogo de princípios gerais.

Da mesma forma que acontece com qualquer outro conceito, não é possível descrever a evolução normativa do direito internacional sem considerar os diferentes cenários, momentos históricos e correntes doutrinárias que influenciaram a vida do direito internacional.

É válido reforçar, portanto, que todos esses conceitos: legitimidade, validade, juridicidade e obrigatoriedade refletem, inevitavelmente, uma ordem de poder que sofreu alterações ao longo dos séculos de formação do direito internacional.

Por certo, esses atributos elencados não exaurem os conotados da ciência jurídica, porém o objetivo do presente artigo foi o de levantar os que são considerados principais e que se correlacionam, mais proximamente, com o tema da *soft law* a fim de legitimar seu estudo em um quadro contemporâneo de formação do direito internacional propondo um olhar alternativo aos atributos da norma supraestudados.

### 3 Considerações Finais

A construção do direito internacional como sistema normativo passou por uma gama de discussões doutrinárias que buscaram, com o nascimento dos Estados modernos, costurar os atributos clássicos da norma àquele que seria o molde de uma teoria geral do direito internacional.

Elementos como soberania e a necessidade de se justificar a cientificidade do direito internacional fizeram com que esse ramo normativo se erguesse dentro de uma episteme mecanicista, analítica e fundada em critérios de validade, legalidade, legitimidade e obrigatoriedade que foram construídos na esteira de um positivismo jurídico clássico.

Contudo, hodiernamente, proliferam-se os instrumentos de *soft law* sem que a doutrina conceda a eles o devido valor na formação do direito internacional contemporâneo.

Isto se dá pelo fato de que a *soft law* — tanto como ato normativo em si quanto como produto do processo de formação de um ato internacional é, de um lado produzida, em grande medida, por atores não estatais e, de outro, carente dos atributos clássicos supramencionados (na visão positivista clássica).

O presente artigo buscou contrastar essa ideia ao redimensionar o alcance dos atributos da legalidade, validade, legitimidade e obrigatoriedade a fim de *permitir* não apenas o estudo, mas a *existência* da *soft law* como categoria normativa que deve ser inserida em um quadro de teoria geral do direito internacional a partir de uma perspectiva sistêmica e não mais mecanicista.

Ao longo do artigo, foi possível compreender como os contornos que os atributos da norma possuem podem ser reinterpretados na medida do paradigma científico que se deseja adotar.

O entendimento de que existem graus de normatividade dentro do direito internacional *per se* já se propõe como alternativa ao pensamento binário do ser ou não ser direito, do ser ou não ser legal e assim por diante.

É no esteio dessa compreensão contemporânea e sistêmica da formação do direito internacional que o debate crítico e aprofundado trazido por este artigo pretende contribuir ao se repensar a ciência jurídico-normativa internacional.

### Referências

ABBOTT, Kenneth W. *et al.* The concept of legalization. *International Organization*, v. 54, n. 3, Summer, 2000.

<sup>62</sup> ABBOTT, Kenneth W. *et al.* The concept of legalization. *International Organization*, v. 54, n. 3, p. 401-419, Summer, 2000.

<sup>63</sup> BRASIL. Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm) Acesso em: 20 abr. 2022.

- ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E do Nascimento e. *Manual de direito internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ANNAN, Kofi; UNITED NATIONS. *What tis the Rule of Law?* New York, 2008.
- BESSON, Samantha; TASIOULAS, John. *Moral philosophy and international law: the Oxford handbook of the theory of international law*. New York: Oxford University Press, 2016.
- BÓDIG, Mátyás. Legal validity, soft law, and international human rights law. *Legal Validity and Soft Law*, Springer, 2018.
- BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. *The making of international law: foundations of public international law*. New York: Oxford University Press, 2007.
- BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de justiça e a construção do direito internacional*. Belo Horizonte: Lutaador, 2005.
- BRASIL. *Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm) Acesso em: 20 abr. 2022.
- CAPRA, Fritjof; LUISI Pier Luigi. *A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas*. São Paulo: Cultrix, 2020.
- CARPENTIER, Mathieu. Sources and validity. *Legal Validity and Soft Law*, Springer, 2018.
- COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. 8. ed. Paris: Montchrestien, 2008.
- DUTRA, Delamar José Volpato. A legalidade como forma de Estado de Direito. *Revista de Filosofia*, v. 45, n. 109, 2004.
- GEORGIEV, Dencho. Politics or rule of law: deconstruction and legitimacy in international law. *European Journal of International Law*, v. 4, n. 1, p. 1–14, 1993.
- GRAU, Eros. *Direito posto e direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- GUNTHER, Teubner. *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*. *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, n. 63, 2003.
- HAGE, Jaap. What is legal validity? Lessons from soft law. *Legal Validity and Soft Law*, Springer, 2018.
- JO, Moon Hee. *Introdução ao direito internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- JUBILUT, Lílana Lyra. Os fundamentos do direito internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 2, jul. 2010.
- KELSEN, Hans. *General theory of law & state*. Nova Jersey: Transaction Publishers, 2006.
- KOSKENNIEMI, Martti. *The politics of international law*. Londres: Bloomsbury Publishing, 1990.
- KRATOCHWIL, Friedrich V. *Rules, norms and decisions on the conditions of practical and legal reasoning in international relations and domestic affairs*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- LEISTER, Margareth Anne; SOUZA, Leonardo da Rocha de. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015.
- LEMBCKE, Oliver; KLINK, Bart. A fuller understanding of legal validity and soft law. *Legal Validity and Soft Law*, v. 122, 2018.
- LYSSY, Ansgar; YEOMANS, Christopher. (ed.). *Kant on morality, humanity and legality: practical dimensions of normativity*. Germany: Palgrave Macmillan, 2021.
- MARMOR, A. *Positive law and objective values*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- MARTÍ, José Luis. Sources and the legitimate authority of international law: democratic legitimacy and the sources of international law. In: BESSON, Samantha; D'ASPROMONT, Jean (ed.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- PFORDTEN, Dietmar von der. Validity in Positive Law: a mere summary concept. *Legal Validity and Soft Law*, Springer, 2018.
- ROUGHAN, Nicole. Sources and the Normativity of International Law: From validity to justification. In: BESSON, Samantha; D'ASPROMONT, Jean (ed.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: QUADROS MAGALHÃES, José Luis. *O Estado Plurinacional e o Direito Internacional Moderno*. Curitiba: Juruá, 2012.

WALTERMANN, Antonia. Sovereignty and validity: on the relation between the concepts and the role of acceptance. *Legal Validity and Soft Law*, Springer, 2018.

WESTERMAN, Pauline. Validity: the reputation of rules. *Legal Validity and Soft Law*, Springer, 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega. 2001.



**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Novos desafios sobre a definição  
de nacionalidade de empresas  
multinacionais e o instituto da  
proteção diplomática**

**New challenges in the definition  
of nationality of multinational  
corporations and the diplomatic  
protection institute**

Vivian Daniele Rocha Gabriel

Sabrina Maria Fadel Becue

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**

# Novos desafios sobre a definição de nacionalidade de empresas multinacionais e o instituto da proteção diplomática\*

## New challenges in the definition of nationality of multinational corporations and the diplomatic protection institute

Vivian Daniele Rocha Gabriel\*\*

Sabrina Maria Fadel Becue\*\*\*

### Resumo

A atribuição de nacionalidade às empresas é tema controvertido e inexistente critério uniforme utilizado por vários países ou defendido pela doutrina de Direito Internacional. O reconhecimento de nacionalidade permite a aplicação do instituto da proteção diplomática às empresas. Para fins de proteção diplomática, o vínculo patrial das pessoas (naturais e jurídicas) com o Estado precisa ser genuíno. Em 1970, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) decidiu o caso Barcelona Traction, fixando a tese de que a nacionalidade de uma empresa deve ser determinada com base nas leis do Estado em que foi constituída ou tem a sua sede social. A CIJ afastou a possibilidade de concessão de proteção diplomática, baseada na nacionalidade dos acionistas, exceto na hipótese de ser comprovado que a violação praticada pelo Estado estrangeiro causou dano direto aos acionistas. Embora a decisão da CIJ tenha completado meio século e seja uma referência, a *ratio decidendi* não pode ser transplantada para o contexto atual e generalizada. Para exemplificar os novos desafios, examinam-se, neste artigo, dois casos de empresas supranacionais (Itaipu Binacional e EUROFIMA). A pesquisa utilizou abordagem qualitativa combinada com estudo de casos e revisão de literatura. O artigo conclui que os critérios priorizados pela CIJ estão em descompasso com as novas formas empresariais. No entanto, é prematuro alegar a obsolescência da proteção diplomática de empresas. É recomendável que sejam mantidas as vias já consagradas de proteção a investimentos estrangeiros, pois elas não impedem o surgimento de novas técnicas de tutela.

**Palavras-chave:** empresas; nacionalidade; proteção diplomática; novas formas empresariais; estruturas grupais.

### Abstract

The attribution of nationality to companies is a controversial issue and there is no uniform standard employed by countries or championed by International Law doctrine. The recognition of nationality allows the concession of diplomatic protection to companies. For the purposes of diplomatic

\* Recebido em 24/02/2023  
Aprovado em 10/08/2023

\*\* Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada em Direito do Comércio Internacional em São Paulo/SP.  
Email: vivian.d.rocha@gmail.com

\*\*\* Pós-doutorado em Direito Comercial - USP (em andamento). Doutora e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). LL.M. International Commercial Law and Dispute Resolution vinculado a Swiss International Law School. Professora de Direito e Economia da FAE Business School (PR). Professora Substituta de Direito - Universidade Federal do Paraná - Departamento de Ciências Contábeis (julho a dezembro de 2022).  
Email: sabecue@gmail.com

protection, the patriotic bond of persons (natural and legal) with the State must be genuine. In 1970, the International Court of Justice (ICJ) decided the *Barcelona Traction* case, establishing the thesis that the nationality of a company must be determined based on the laws of the State in which it was incorporated or has its registered office. The ICJ denied the possibility of granting diplomatic protection based on the shareholder's nationality, unless it is proven that the violation committed by the foreign State caused direct harm to the shareholders. Although the famous *Barcelona Traction* decision has completed half a century and is a milestone, the ratio decidendi cannot be transplanted to the current context and generalized. To illustrate the new challenges, this paper examines two examples of supranational companies (*Itaipu Binacional* and *EUROFIMA*). The research was based on qualitative approach combined with case studies and literature review. The paper concludes the criteria prioritized by the ICJ are not in line with the new business forms. However, it is premature to claim the obsolescence of the diplomatic protection applied in favor of companies. It is recommended that the established means of protecting foreign investments be maintained, as they do not prevent the emergence of new protection measures.

**Keywords:** companies; nationality; diplomatic protection; new business forms; group structures.

## 1 Introdução

Os primeiros indícios de normas que visavam proteger os estrangeiros diante de procedimentos estatais arbitrários remontam à Grécia Antiga e ao Império Romano. À época, arranjos embrionários, na forma de tratados bilaterais, foram criados para proteger negociantes estrangeiros e garantir a reciprocidade no tratamento dos cidadãos de ambas as partes, em função da inviabilidade de proteção pela via tradicional do direito interno. Algumas dessas disposições envolviam procedimentos judiciais para assegurar a execução de contratos comerciais e se aproximavam do que se entende atualmente por Princípio do Tratamento Nacional, diretriz que visa afastar o tratamento menos favorável ao estrangeiro em relação ao nacional. Isso não significava que os estrangeiros eram equiparados aos nacionais, porém não podiam ser extirpados de direitos naturais inerentes ao homem.

Para o Direito Internacional clássico, a violação a um estrangeiro poderia ser equiparada a uma transgressão dos direitos de seu próprio Estado de origem, desencadeando a responsabilidade internacional do Estado violador por atos ilícitos. Por isso, caberia ao próprio Estado de origem do indivíduo violado, que também teve seus direitos violados por extensão, endossar a reclamação e ajuizar, internacionalmente, ação interestatal para solicitar a reparação de danos ao seu nacional, o que se denomina proteção diplomática. Nesse sentido, o Estado encampa os interesses de seus particulares em função do vínculo jurídico político da nacionalidade. No entanto, isso não significa que o Estado representa os particulares, mas sim continua agindo em nome próprio diante de uma violação.

Para além da proteção internacional dos estrangeiros pessoas físicas, contemporaneamente, com a globalização, a proliferação de novos atores, nas relações internacionais, e a complexidade das relações jurídicas mundiais, suscita-se, também, como se daria a proteção internacional de pessoas jurídicas. A noção de proteção diplomática tem sido estendida às empresas em razão do vínculo da nacionalidade destas com seus Estados de origem.

No entanto, a questão da nacionalidade das empresas, elemento basilar da proteção diplomática, não é tão simples quanto parece. A Corte Internacional de Justiça (CIJ)<sup>1</sup> tentou elucidá-la em alguns casos, sendo o mais paradigmático o caso *Barcelona Traction*, que envolveu análise sobre a consideração da nacionalidade da empresa em questão e se esta seria baseada na nacionalidade dos acionistas ou do local de constituição da empresa. A CIJ concluiu que a nacionalidade seria baseada no local de constituição da empresa e não na nacionalidade dos acionistas.

Todavia, diante de arranjos complexos e empreendimentos transnacionais com diversos sócios, a pergunta que se coloca é se, atualmente, a análise sobre a nacio-

<sup>1</sup> Ressalta-se que a proteção diplomática pode ser exercida por um Estado, de forma ampla, perante diversos foros internacionais, não somente diante da CIJ, como no caso de tribunais que analisam violações de direitos humanos. Além disso, trata-se de instituição ampla e que pode ser exercida não somente pela via jurisdicional, mas também por meio de mecanismos de resolução pacífica de controvérsias. Cf. GONTIJO, André Pires. Os caminhos fragmentados da proteção humana: o petição individual, o conceito de vítima e o *amicus curiae* como indicadores do acesso aos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 4, 2012.

nalidade, no âmbito da proteção diplomática às pessoas jurídicas, pode se ater a uma interpretação mais moderna, fundada na concentração do poder (controle) e nos vínculos econômicos das entidades juridicamente independentes, e não na nacionalidade dos acionistas ou no local de constituição da empresa.

Inicia-se este artigo com uma abordagem conceitual do instituto da proteção diplomática e sua aplicação ao Direito Internacional, considerando-se como referência a decisão proferida pela CIJ no caso *Barcelona Traction*. A atribuição de nacionalidade a pessoas jurídicas e justificativa para a extensão da proteção diplomática a entes ficcionais estão imbricadas com as regras de direito doméstico e encontram novas camadas de complexidade em razão do poder econômico detido por sociedades empresárias, atualmente, e pela existência de sociedades supranacionais. Para exemplificar esses novos desafios, examinam-se, no artigo, dois casos de empresas supranacionais, qual seja o da Itaipu, empresa binacional sul-americana, e da EUROFIMA, empresa europeia. Nem a empresa europeia EUROFIMA, tampouco a Itaipu Binacional, encontrariam as respostas na decisão do caso *Barcelona Traction*. Assim, a partir da abordagem dos casos, será realizada análise qualitativa de ambos com técnica de revisão de literatura sobre o tema. A conclusão encontrada é que a proteção diplomática, ainda, detém grande relevância na proteção internacional dos interesses de particulares, porém, em demandas envolvendo proteção diplomática de arranjos societários complexos, os tribunais internacionais devem empregar novos critérios de interpretação, inclusive dando especial relevo ao poder de controle e aos vínculos econômicos que unem entidades juridicamente independentes.

## 2 Proteção diplomática: conceito e aplicação

Ser *estrangeiro* é, por exclusão, ser *não nacional*. Os nacionais são aqueles indivíduos que as leis respectivas de um determinado Estado reconhecem como tais; estrangeiros, por sua vez, são todos os demais indivíduos que habitam o território desse Estado, não compreendidos na definição de nacional dada por aquelas leis.

Embora o Princípio da Igualdade, cristalizado no costume e nas legislações nacionais dos Estados, enseje que um Estado deve tratar igualmente nacionais e es-

trangeiros, isso nem sempre ocorre. Os Estados, muitas vezes, agem por meio de discriminações e outros atos soberanos que causem prejuízos ao estrangeiro e suscitem sua consequente responsabilização. No caso das empresas, práticas frequentes têm sido as de obstrução da remessa de lucros ao país de origem e expropriação (direta e indireta), por exemplo.

Nesse contexto, um arcabouço jurídico e doutrinário tem se desenvolvido no Direito Internacional em relação à proteção jurídica do estrangeiro (pessoa física e jurídica) e à responsabilização internacional do Estado. No plano doutrinário, Emer de Vattel, um dos fundadores do Direito Internacional clássico, asseverou que os estrangeiros são extensões de seus Estados de origem e respeitar os estrangeiros e seus direitos no território do Estado receptor seria um sinal de cortesia entre Estados. A violação dos direitos dos estrangeiros, no território alienígena, equiparar-se-ia a uma transgressão dos direitos de seu Estado de origem<sup>2</sup>. Desse modo, o Estado age em nome próprio diante de uma ruptura do Direito Internacional.

Caberia ao próprio Estado de origem do indivíduo violado, cujos direitos foram violados por extensão, endossar a reclamação internacionalmente para solicitar a reparação de danos ao seu nacional. A reclamação seria fundada no vínculo de nacionalidade do sujeito violado com o seu Estado patrial, “fazendo da reclamação uma autêntica demanda entre personalidades do Direito Internacional Público”<sup>3</sup>, por meio do instituto conhecido como proteção diplomática.

A noção de proteção diplomática foi desenvolvida, especialmente, pelo fato de que o particular lesado — indivíduo ou empresa — não seria apto a acionar o Estado violador internacionalmente. O seu Estado de origem, em razão do vínculo da nacionalidade, portanto, assumiria, discricionariamente, a reclamação, por meio do endosso<sup>4</sup>. Ao particular seria facultado solicitar a proteção diplomática de seu Estado patrial, mas não teria ele o direito de obtê-la, sendo o Estado livre para

<sup>2</sup> VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Prefácio e tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004. p. 266.

<sup>3</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso Elementar*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 345.

<sup>4</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso Elementar*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 345.

conceder o endosso ou refutá-lo<sup>5</sup>, afinal, trata-se de uma situação excepcional.

A regra geral do exercício da proteção diplomática envolve a análise e o cumprimento de alguns requisitos, quais sejam: (i) a nacionalidade da pessoa protegida, (ii) o esgotamento dos recursos internos e (iii) o interesse do Estado na apresentação de reclamações.

De acordo com o primeiro requisito, deve existir o vínculo de nacionalidade do indivíduo com o Estado que ajuíza a ação. A nacionalidade é o vínculo jurídico-político entre a pessoa (nacional) e um Estado pelo qual são estabelecidos direitos e deveres recíprocos.

É do entendimento geral que a nacionalidade originária, aquela que a pessoa se vê atribuir quando nasce, deve resultar do *jus soli* ou do *jus sanguinis* ou de uma combinação desses dois critérios, acaso associados ao serviço do Estado ou à manifestação de vontade. Já a nacionalidade derivada, a qual se adquire mediante naturalização, reclama fatores de índole social que lhe deem consistência. São eles: alguns anos de residência no Estado em questão, somados, em geral, ao domínio do idioma, e às vezes reduzidos na extensão, com parcimônia, pela prestação de serviço relevante a esse Estado, ou pelo desempenho de ofício de seu particular interesse, ou pelo casamento com pessoa local. Se nenhum fator social embasa a nacionalidade derivada, o Estado que a concedeu pode, perfeitamente, prestigiá-la em seu próprio território. Porém, não se deve esperar que, no plano internacional, esse vínculo seja necessariamente reconhecido. Nesse caso, é lícito que os demais Estados e aos foros internacionais que recusem valor a semelhante vínculo patrial, por falta de efetividade.

Isso ocorreu no caso *Nottebohm*<sup>6</sup>, de 1955, perante a CIJ, que recusou o pedido de proteção diplomática de Liechtenstein, relativa ao Sr. *Nottebohm* contra a Guatemala, sob o argumento de que os vínculos do indivíduo com Liechtenstein não eram efetivos. Segundo a Corte, a nacionalidade é o vínculo jurídico que tem como

base um fato social de ligação, uma conexão genuína de existência, interesses e sentimentos, em conjunto com a existência de direitos e deveres recíprocos. O indivíduo deve ter efetiva conexão com a população do Estado, o que não foi identificado no caso. A decisão no caso *Nottebohm* gerou repercussões variáveis em virtude da introdução do critério de efetividade como potencial limite à regra geral de liberdade total dos Estados de determinar quem são seus nacionais. Em termos práticos, houve uma quase proibição de proteção diplomática caso não houvesse ligação considerada genuína do indivíduo violado com o Estado protetor<sup>7</sup>.

De acordo com o segundo requisito, para que a reparação possa ser ajuizada internacionalmente via proteção diplomática, é necessário que se tenham esgotado os recursos administrativos e jurisdicionais internos do Estado ofensor. Esse pressuposto foi reafirmado em dois casos perante a CIJ, o caso *Interhandel*<sup>8</sup>, de 1959, e o caso *Elettronica Sicula (ELSI)*<sup>9</sup>, de 1989. No primeiro caso, a CIJ rejeitou petição da Suíça contra os EUA, acatando o argumento americano de não esgotamento de recursos internos. No segundo caso, segundo aduz o ex-juiz da CIJ, o brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, houve um rígido apego da Corte da Haia ao requisito formal do esgotamento no contexto da proteção diplomática de nacionais no exterior, o que “contrasta de modo marcante com a disposição dos órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos de examinar mais de perto a eficácia dos recursos internos para estabelecer exceções à regra do esgotamento”<sup>10</sup>. O sistema de garantia coletiva, como o da proteção dos direitos humanos, fundamentalmente distinto da proteção diplomática discricionária, procede com um exame cuidadoso da eficácia dos recursos internos e aplica pre-

<sup>5</sup> Segundo o ex-juiz da Corte Internacional de Justiça (CIJ) Francisco Rezek, “o endosso não significa necessariamente que haverá instância judiciária ou arbitral”, sendo preferível, em prol da resolução pacífica de conflitos, resolução da questão por meio de entendimento direto ou outro meio diplomático ou político de solução de controvérsias entre Estados. Cf. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*: curso Elementar. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 346.

<sup>6</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*. 6 abr. 1955. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/18>. Acesso em: 18 set. 2022.

<sup>7</sup> LIMA, Lucas Carlos. A proteção diplomática no direito internacional contemporâneo: qual o papel da nacionalidade? *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*. v. 47, n. 2, p. 81-99, jul./dez. 2019. p. 88-89.

<sup>8</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Interhandel (Switzerland v. United States of America)*. 21 mar. 1959. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/34>. Acesso em: 18 set. 2022.

<sup>9</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*. 20 jul. 1989. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/76>. Acesso em: 18 set. 2022.

<sup>10</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. São José da Costa Rica: Corte Interamericana de Direitos Humanos, 1998. p. 29-30.

sunções mais a favor das supostas vítimas. Já no contexto da proteção diplomática discricionária no contencioso interestatal, a regra dos recursos internos é uma pré-condição da interposição internacional, voltada a preveni-la. Por outro lado, no contexto da proteção dos direitos humanos, ao contrário, os recursos internos são tidos como parte componente do próprio sistema da proteção internacional, recaindo a ênfase na reparação e não no esgotamento formal. Nesse sentido, em relação ao esgotamento dos recursos internos, este pode ser afastado quando se demonstrar que seria fútil buscar sua proteção<sup>11</sup>.

Em relação ao terceiro requisito, deve haver a apresentação da reclamação pelo Estado de origem do protegido. Cumpre ressaltar que a proteção do nacional pelo Estado não é absoluta, uma vez que é necessário contar com a vontade política do Estado protetor. Caso o Estado vislumbre interesse na proteção de seu nacional, seja por essa ser demasiadamente custosa ou por comprometer seus objetivos geopolíticos futuros, poderá decidir, discricionariamente, por manter os direitos de seu nacional sem a devida proteção. Além disso, mesmo depois de iniciado o caso perante jurisdição internacional, o Estado mantém o controle, podendo, a qualquer momento, transigir ou desistir do litígio.

As exigências para a aplicação da proteção diplomática são válidas tanto para indivíduos quanto para empresas. No entanto, em relação às pessoas jurídicas, as discussões pairam não acerca do esgotamento dos recursos internos, como em relação às pessoas físicas ou casos envolvendo direitos humanos, mas sim sobre a questão da nacionalidade da empresa de modo a cumprir com o primeiro requisito discriminado acima. Assim, passa-se à análise da aplicação da proteção diplomática no resguardo dos direitos das empresas.

### 3 Proteção diplomática conferida às empresas no direito internacional

Destaca-se, como no caso das pessoas físicas, o Direito Internacional parte da premissa de que o Estado de onde uma empresa é nacional também pode exercer proteção diplomática em seu nome. A proteção diplo-

mática, portanto, se estende também às empresas, cujos Estados de origem podem pleitear reparações em seu nome.

A dificuldade nessa seara está em decidir quais critérios podem ser empregados para determinar a nacionalidade das corporações. O quadro se torna ainda mais complexo diante da existência de princípios amplamente contraditórios e incompatíveis tanto na literatura quanto na jurisprudência dos tribunais internacionais.

Nesse contexto, a CIJ teve papel importante na elucidação de diretrizes que repercutem na proteção diplomática de empresas até hoje. Um dos casos mais ilustres é o caso *Barcelona Traction*<sup>12</sup>, de 1970, em que a CIJ concluiu que a nacionalidade de uma empresa deve ser determinada com base nas leis do Estado em que foi constituída ou tem a sua sede social.

Nesse caso, uma companhia instalada na Espanha e que promovia serviços de eletricidade teve sua falência declarada em razão de medidas restritivas à sua atividade pelo governo espanhol. A empresa possuía controle acionário majoritariamente belga (pessoas naturais e jurídicas), porém sua constituição foi realizada no Canadá, tendo a companhia fixado sua sede estatutária e social no país. Nesse contexto, após três acionistas espanhóis da empresa acionarem uma corte espanhola reclamando indenização em razão da falência da empresa, o judiciário espanhol ordenou a apreensão dos ativos, a nomeação de um administrador e a troca da diretoria da empresa, além de novos ativos terem sido compartilhados com subsidiárias espanholas da *Barcelona Traction* e vendidos em leilão público.

Após anos de tentativas de negociação diplomática, a Bélgica, no exercício da proteção diplomática dos cidadãos belgas, iniciou procedimento perante a CIJ contra a Espanha. A maioria dos julgadores considerou que a incorporação sob a lei de um Estado era elemento conclusivo da nacionalidade da empresa. Além disso, avaliaram, também, que não era necessário suscitar a personalidade jurídica para determinar a realidade econômica de uma empresa e, em particular, se isso indicava vínculos com um Estado diferente do de constituição. Assim, a CIJ negou que a Bélgica tivesse o direito de intentar uma ação contra a Espanha em razão de empresa cana-

<sup>11</sup> FONTOURA, José Augusto. *Direito internacional público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 134.

<sup>12</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*. 5 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022.

dense, mesmo em circunstâncias em que a maioria dos acionistas eram belgas. Ao rejeitar o pedido da Bélgica, a CIJ observou que uma sociedade como instituição de direito interno era uma entidade de nacionalidade distinta da dos seus acionistas e, embora quando houve dano à empresa os interesses dos acionistas tenham sido afetados, apenas a empresa é que teria o direito de ser resguardada internacionalmente e não seus acionistas.

Ressalta-se que o tribunal considerou que os acionistas poderiam ser protegidos caso a empresa deixasse de existir. Contudo, como a *Barcelona Traction Company* estava em liquidação judicial, ainda existia formalmente, por isso, a Bélgica não podia exercer proteção em nome dos acionistas da empresa. Durante as críticas, o tribunal destacou que a extensão da proteção aos acionistas, na medida em que expôs o Estado supostamente infrator a uma ampla gama de demandantes, poderia introduzir um elemento de incerteza e insegurança nas relações econômicas internacionais. Além disso, haveria dificuldade na apuração das participações acionárias, pois tais ações, frequentemente, são vendidas, e, em muitos casos, pode ser difícil determinar qual Estado deteria o direito de exercer proteção, caso o nomeado e os beneficiários fossem de Estados diferentes. Além disso, dado o carácter fluido dos interesses dos acionistas, para que exista um direito de proteção, a nacionalidade deve ser contínua. No próprio caso *Barcelona Traction*, havia dúvida se o interesse belga nas ações tinha sido contínuo.

A CIJ aplicou o teste do vínculo genuíno conforme formulado no caso *Nottebohm*, de modo que o Estado de incorporação da empresa não teria um direito automático de proteção na ausência de alguma conexão tangível. Deve-se, portanto, estender proteção às empresas constituídas em seu território, havendo vínculo substancial com a economia nacional.

## 4 Nacionalidade de sociedades empresárias no direito brasileiro

A proteção diplomática, como referido, baseia-se em uma ficção legal de que o Estado proponente, ao recepcionar a proteção de seus nacionais contra uma violação perpetrada por outro Estado, persegue seus próprios interesses. O patrocínio da defesa de seus nacionais justifica-se no vínculo de pertencimento da pessoa com o ente soberano e no fato de indivíduos, em regra, es-

tarem aliados de demandar, diretamente, contra outros Estados. A nacionalidade é o conceito central que confere ao Estado legitimidade para exercer a proteção diplomática.

Uma outra ficção legal permitiu a criação de pessoas jurídicas. No entanto, a noção ficcional de personalidade, atribuída a entes abstratos, torna ainda mais engenhoso o reconhecimento de nacionalidade, ao admitir que as referidas pessoas jurídicas possuam “vinculações políticas”<sup>13</sup> autônomas de seus criadores em relação ao Estado. Para parte da doutrina<sup>14</sup>, a admissão de nacionalidade à pessoa jurídica, sobretudo às sociedades empresárias, teria uma conotação pragmática “em falta de outra mais adequada”<sup>15</sup>. Quer se entenda que a nacionalidade é uma “questão fundamental”<sup>16</sup> ou artificialmente atribuída às sociedades, ela delimita a lei regente da pessoa jurídica (art. 11, LINDB), em razão das restrições constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis às sociedades classificadas como estrangeiras.

A proteção diplomática não pode ser exercida com base em um critério puramente formal. A excepcionalidade da medida exige um vínculo genuíno entre o nacional que teve um direito violado e o Estado que clama para si a responsabilidade de buscar a reparação perante a comunidade internacional. Há um duplo desafio. Primeiramente, identificar o liame político e social que une as sociedades empresárias (e demais pessoas jurídicas de direito privado) ao Estado. Em segundo lugar, a justificativa teórica para que o Estado intervenha em favor de um sujeito de direito abstrato, cada vez mais poderoso

<sup>13</sup> MAGALHÃES, J. C. de. Nacionalidade da pessoa jurídica e a empresa multinacional. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 69, n. 2, p. 97-124, 1974. p. 98.

<sup>14</sup> Para uma revisão das correntes doutrinárias que admitem e negam nacionalidade a sociedades empresárias, conferir: RÉGNIER, Leonardo Medeiros. *A personificação e a nacionalidade das sociedades comerciais*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000.

<sup>15</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda. A nacionalidade e as sociedades comerciais no Brasil e no estrangeiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais: direito internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 145-174. p. 157.; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito da empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

<sup>16</sup> TIBURCIO, Carmen. Disciplina legal da pessoa jurídica à luz do direito internacional brasileiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais: direito internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 4. p. 969-993. p. 970.

e virtualmente imortal, mas que, para efeitos legais, atua em condição de igualdade com os cidadãos.

As grandes corporações já foram denominadas de monstro “Frankenstein”<sup>17</sup>: uma instituição, originada da concentração de capital e dissociada dos seres humanos que a idealizaram, cujo propósito é desempenhar atividades de risco na persecução de um retorno financeiro. Mas esse Prometeu Moderno é uma criação estatal e, como tal, merece uma proteção adequada. As sociedades empresárias — ou em termos mais amplos, as empresas — abrangem entidades de diferentes portes, destinadas a empreendimentos privados e públicos. As empresas são, simultaneamente, algozes e heróis. Despertam preocupações relativas a monopólios, práticas discriminatórias, degradação ambiental e ilícitos, ao mesmo tempo que são força motriz de inovação, empregabilidade e geração de riquezas. Na síntese de Lynn Stout: “nós criamos as corporações; agora nós compartilhamos o planeta com elas. A relação entre nossas duas espécies pode ser simbiótica ou predatória”<sup>18</sup>. Se, por um lado, as empresas não possuem consciência, corpo e alma<sup>19</sup>; por outro, seu patrimônio e investimentos são vulneráveis a arbitrariedades de países estrangeiros.

Acerca do liame suficiente para atribuir nacionalidade às empresas, inexistente critério uniformemente aceito pela doutrina de Direito Internacional. O conceito parece ser fluído. É comum que os países adotem uma combinação de fatores atrelados à pessoa jurídica, em reconhecimento de sua autonomia em relação aos sócios, no entanto, imperativos de segurança nacional ou interesse público permitem olhar para a estrutura interna das empresas e investigar a nacionalidade de seus integrantes<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> UNITED STATES SUPREME COURT. *Louis K. Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517. Mr. Justice Brandeis, dissenting opinion. 1933.

<sup>18</sup> Tradução nossa: “*We created corporations; now we share the planet with them. The relationship between our two species can be symbiotic or predatory.*”. Cf. STOUT, Lynn. *The shareholder value myth: how putting shareholders first harms investors, corporations, and the public*. San Francisco: BK Business Book, 2012. p. 103.

<sup>19</sup> Na célebre frase atribuída a Edward Thurlow, 1st Baron Thurlow (1731-1806): “*Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?*”.

<sup>20</sup> Durante a Primeira Guerra Mundial, uma empresa constituída na Inglaterra, segundo as leis inglesas, foi declarada uma companhia inimiga por ter majoritariamente sócios e administradores alemães. Em grau recursal, Lorde Parker of Waddington afirmou: “*it is only by a figure of speech that a company can be said to have a nationality or residence at all. [...] It would seem, therefore, logically to follow that, in transferring the application of the rule against trading with the enemy from natural to artificial*

Entre os critérios identificadores da nacionalidade das empresas predominam dois de índole formal: (i) local da sua constituição ou incorporação, por coincidir, em regra, com a lei que confere personalidade jurídica, e (ii) sede estatutária, local indicado nos atos constitutivos. Ambos facilitam o reconhecimento da nacionalidade por terceiros, contudo carregam o inconveniente de serem manipuláveis e artificiais. Critérios como sede real, a partir de onde se conduz com habitualidade a administração da sociedade, e características do controle acionário, também podem ser adotados.<sup>21</sup>

A legislação brasileira prioriza um parâmetro duplo para classificar como nacional as sociedades empresárias, cumulando o requerimento de constituição em nosso país e a manutenção da sede de sua administração aqui<sup>22</sup>. Mas há exceções, a exemplo da propriedade de empresas jornalísticas e na regulação de grupos societários de direito pela Lei 6.404/76. Ao restringir a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens aos brasileiros e pessoas jurídicas de direito privado nacionais, impôs a estas últimas os critérios de incorporação e sede estatutária, sem aludir ao

*persons, something more than the mere place or country of registration or incorporation must be looked at. [...] The character of individual shareholders cannot of itself affect the character of the company. This is admittedly so in times of peace, during which every shareholder is at liberty to exercise and enjoy such rights as are by law incident to his status as shareholder. It would be anomalous if it were not so also in a time of war, during which all such rights and privileges are in abeyance. The enemy character of individual shareholders and their conduct may, however, be very material on the question whether the company's, agents, or the persons in de facto control of its affairs, are in fact adhering to, taking instructions from, or acting under the control of enemies. This materiality will vary with the number of shareholders who are enemies and the value of their holdings*” (Daimler Co Ltd v Continental Tyre and Rubber Co (Great Britain) Ltd [1916] 2 AC 307).

<sup>21</sup> O Código de Bustamante, por exemplo, combina diferentes critérios nos seus artigos 16 a 19. Para as associações, elege o local da incorporação, já para as sociedades civis e comerciais, desde que não sejam sociedades anônimas, a nacionalidade é determinada no ato constitutivo ou corresponderá ao lugar onde é exercida habitualmente a sua gerência ou direção principal. Tratando-se de sociedade anônima, a nacionalidade pode ser definida no contrato social, pela lei do lugar onde normalmente se reúne a Assembleia Geral de Acionista ou, em sua falta, o lugar onde funciona o Conselho Administrativo. O Código de Bustamante foi adotado no Brasil pelo Decreto n.º 18.871, de 13 de agosto de 1929.

<sup>22</sup> Conferir: art. 170, IX e art. 176, da Constituição Federal; art. 1.126, Código Civil; art. 60, do Decreto-lei n.º 2.627/1940 (não revogado pela Lei 6.404/1976). A redação alterada do art. 222, da Constituição Federal, ao restringir a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens aos brasileiros e pessoas jurídicas de direito privado nacionais, impôs a estas os critérios de incorporação e sede estatutária, porém não faz alusão ao local da administração.



local da administração (art. 222, Constituição Federal). Até a edição da Emenda Constitucional n.º 06/1995, o art. 171<sup>23</sup> da Constituição previa as modalidades de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional. A revogação do dispositivo não significa que preocupações acerca do controle acionário deixaram de ser relevantes. A Lei de Sociedades Anônimas (LSA) — Lei n.º 6.404/76 — estabelece que, na formação de grupos societários de direito, mediante convenção arquivada na Junta Comercial, é necessário indicar a “nacionalidade do controle do grupo” e que a sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira (arts. 265 e 269, VII). Todavia, a definição de sociedade brasileira, para esse fim, é diversa da regra geral (constituição e administração no Brasil), reputando sob controle brasileiro se a sociedade de comando for controlada por pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil (brasileiras ou não), pessoas jurídicas de direito público interno ou sociedade brasileira que, direta ou indiretamente, esteja sob o controle das pessoas referidas anteriormente (art. 269).

A distinção entre sociedade nacional e estrangeira é relevante, pois sociedades estrangeiras não podem atuar no Brasil “sem autorização do Poder Executivo” (art. 1.134, CC), são obrigadas a manter um representante no país (art. 1.138, CC) e não podem concentrar a totalidade do capital social de sociedades anônimas (art. 251, LSA).

O incremento da globalização e dos meios eletrônicos de comunicação e pagamento dificultam, sobremaneira, a aplicação dos testes acima. As reuniões dos acionistas e dos diretores podem ser conduzidas virtualmente e a partir de diferentes localidades<sup>24</sup>, impossibilitando a identificação de uma sede efetiva (concentração

das decisões administrativas e das deliberações sociais). O acesso facilitado a mercados internacionais permite que a transferência instantânea do controle acionário e sua dissimulação por instrumentos jurídicos (como grupos societários, criação de subsidiárias não operacionais, fundos de investimento, arranjos contratuais etc.).

Egberto Teixeira Lacerda já apontava que, pertinente à nacionalidade de pessoas jurídicas, nenhum critério seria completamente satisfatório, sendo “necessário ajustar os conceitos genéricos à realidade sempre nova das situações práticas”<sup>25</sup>. Para a doutrina atual, esses critérios materiais não configuram elementos identificados da nacionalidade, mas indícios do vínculo genuíno com o país para fins de proteção diplomática<sup>26</sup>.

## 5 *Barcelona traction* e novos desafios na definição de nacionalidade de empresas multinacionais

Meio século separa a decisão da CIJ no caso *Barcelona Traction* e o mundo atual. A decisão, ainda, divide opiniões e teria criado um sentimento anticlímax<sup>27</sup>. Todavia, o julgamento orientou a elaboração, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), do projeto de convenção sobre proteção diplomática e a proposta em discussão recepciona suas conclusões<sup>28</sup>.

No referido caso, a CIJ não reconheceu a legitimidade do país de origem dos sócios majoritários da companhia para pleitear a proteção diplomática. O entendimento predominante foi que a autonomia patrimonial e

<sup>23</sup> “Art. 171. São consideradas.

<sup>1</sup> — empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

<sup>11</sup> — empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.”

<sup>24</sup> Até 2021, a Lei de Sociedades Anônimas, em seu artigo 146, exigia que os membros dos órgãos de administração residissem no Brasil (regra não era aplicada às sociedades reguladas pelo Código Civil). Essa restrição foi revogada pela Lei 14.195/2021. Quanto às deliberações dos sócios, a Lei 14.030/2020 autorizou voto à distância e a realização de reuniões e assembleias de forma digital para sociedades anônimas e limitadas.

<sup>25</sup> TEIXEIRA, Egberto Lacerda. A nacionalidade e as sociedades comerciais no Brasil e no estrangeiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais: direito internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 145-174. p. 160.

<sup>26</sup> VICUÑA, Francisco Orrego. Changing approaches to the nationality of claims in the context of diplomatic protection and international dispute settlement. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, v. 15, n. 2, p. 340–361, outono 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/15.2.340>. Acesso em: 24 nov. 2022.

<sup>27</sup> TAMS, C.; TZANAKOPOULOS, A. Barcelona traction at 40: the ICJ as an agent of legal development. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 4, p. 781-800, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0922156510000361>. Acesso em: 25 nov. 2022.

<sup>28</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on diplomatic protection with commentaries. 2006. Disponível em [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_8\\_2006.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf). Acesso em: 25 nov. 2022.

decisória, conferida pelo direito local às sociedades personificadas, não admite pleitos por danos indiretos aos sócios. Ampliar o cabimento da proteção diplomática aos Estados de origem dos acionistas comprometeria a segurança jurídico das relações internacionais, uma vez que os sócios podem ser de diferentes nacionalidades. A CIJ viu com preocupação o risco de procedimentos múltiplos e concorrentes.

Logo após o julgamento, foi alegado que o vácuo no tocante à proteção dos acionistas, deixaria os investidores impotentes e sem disposição para aplicar recursos no exterior, com conseqüente redução no mercado internacional de capitais e prejuízo ao desenvolvimento econômico de países emergentes<sup>29</sup>. Esse cenário catastrófico não se concretizou e novos instrumentos jurídicos foram criados para proteção de investimento estrangeiros.

O caso é complexo e o problema reside na generalização de uma fórmula que não é compatível com as características de investimentos realizados pela atuação de empresas multinacionais ou com as rápidas mutações conduzidas da engenhosidade societária. O primeiro ponto de destaque é que *Barcelona Traction* reflete uma tomada hostil de uma companhia de grandes proporções e que suscitou medidas diplomáticas de diferentes países em favor dos acionistas (Canadá, Bélgica, Reino Unido e Estados Unidos)<sup>30</sup>, além da atuação promovida pelo Canadá, entre os anos de 1948 e 1955, em favor da companhia<sup>31</sup>. O segundo ponto que merece atenção é que a companhia não era um mero veículo de investimento, desprovida de atividade operacional, ou uma companhia de fachada. Na definição de uma conexão suficiente com o país de sua incorporação, para fins de atribuição da nacionalidade canadense, a decisão apreendeu outros vínculos formais tais como a sede estatutária, realização de reuniões de diretoria, localização dos

documentos contábeis e societários, estar listada nos registros das autoridades fiscais do país e deu relevo à autonomia da vontade dos sócios de manter a empresa constituída no Canadá ao longo de cinquenta anos<sup>32</sup>.

À época do caso, existiam empresas consideradas plurinacionais ou supranacionais, que escapariam aos critérios formais adotados no acórdão<sup>33</sup>. Essas empresas possuem natureza jurídica *sui generis* por estarem a serviço dos múltiplos países. Porém, todas elas possuem personalidade jurídica e, na lógica da decisão proferida pelo CIJ, o que mais importa é a separação da empresa em relação aos seus instituidores.

A convenção que criou a EUROFIMA é ilustrativa. A empresa foi constituída em 1956, com base num tratado internacional entre 14 Estados soberanos. Atualmente, é composto por 25 estados membros e 26 acionistas. Sua sede é na Basileia, com aplicação subsidiária da lei suíça<sup>34</sup>. A EUROFIMA é uma sociedade anônima, com possibilidade de emissão de novas ações e participações não igualitárias entre os acionistas. Inobstante possuir uma única sede estatutária, seira incongruente classificá-la como uma sociedade de nacionalidade suí-

<sup>29</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*. 5 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022. ICJ Reports 1070, § 71.

<sup>30</sup> “Citam-se, como exemplos característicos de sociedades plurinacionais, a Sociedade Internacional de Moselle, a Sociedade Europeia para Tratamento Químico dos Combustíveis Irrradiados (Eurochemic), a Sociedade Europeia para Financiamento de Material Ferroviário (Eurofima), a SAS; o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) etc. O caso da companhia de navegação aérea, SAS, criada por contrato em 8.2.1951, é dos mais eloquentes. Os estatutos da companhia estabelecem a mais perfeita igualdade entre os acionistas da Dinamarca, da Noruega e da Suécia, inclusive mantendo três sedes sociais em Copenhague, Oslo e Estocolmo e não indicando nenhuma lei nacional como fonte de interpretação e aplicação dos estatutos sociais. Merece também especial referência o caso da União Carbonífera do Sarre-Lorena (SAARLOR) criado por tratado assinado em 27.10.1956, entre França e Alemanha. Os estatutos dessa sociedade, além de preverem a existência de duas sedes sociais (uma em Estrasburgo e outra em Sarrebruck), contém a peculiaridade de acentuar que a vida da sociedade será regida por seus estatutos, pelo Tratado Franco-Alemão de 1956 e “pelos princípios comuns de direito francês e alemão”. Na falta ou insuficiência desses elementos, diz o art. 2º, apelar-se-á “para o espírito de cooperação que inspirou a transformação da sociedade em empresa franco-alemã.” (TEIXEIRA, Egberto Lacerda. A nacionalidade e as sociedades comerciais no Brasil e no estrangeiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais: direito internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 145-174. p. 163).

<sup>31</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*. 5 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022. ICJ Reports 1070, § 75-77.

<sup>32</sup> Cf. Para maiores informações, acessar: <https://www.eurofima.org/about-us/>

<sup>29</sup> LUTZ, Preston G. Diplomatic protection of corporations and shareholders: capacity of government to espouse claims of shareholders of a foreign corporation. *California Western International Law Journal*, v. 1, n. 1, art. 10, p. 141-150, 1970. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwilj/vol1/iss1/10>. Acesso em: 25 nov. 2022.

<sup>30</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*. 5 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022.

<sup>31</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*. 5 fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022. ICJ Reports 1070, § 75-77.

ça, já que ela mesma se identifica como “supranational organization, EUROFIMA is not subject to any national or international regulatory authority”<sup>35</sup>.

De modo similar, há, no Brasil, a experiência com a Itaipu Binacional. Criada em 1973 por um Tratado com o Paraguai (Decreto n. 72.707/73), é uma “empresa pública binacional”<sup>36</sup> com duas sedes estatutárias (Brasília e Assunção), portanto, titular de dupla nacionalidade. Dispõe o artigo XXII que eventuais divergências quanto à interpretação ou aplicação do Tratado serão resolvidas “pelos meios diplomáticos usuais”. A sócia brasileira era originalmente a Eletrobrás, empresa estatal que passou por vários processos de desestatização: em 2002, admitiu capital privado minoritário, transformando-se em sociedade de economia mista, e, em 2022, foi privatizada com a transferência do controle acionário estatal para investidores privados. Por força da Lei n. 14.182/2021, a desestatização da Eletrobrás implicou a alienação do controle da Itaipu Binacional para a nova estatal Empresa Brasileira de Participações em Energia Nuclear e Binacional S.A (ENBPar) e os acionistas da Eletrobrás questionam, na justiça<sup>37</sup>, essa transferência, sob alegação de terem sido prejudicados. Vê-se que a natureza especial da Itaipu Binacional — pessoa jurídica “emergente no campo do direito internacional público”<sup>38</sup> e não sujeita à legislação interna<sup>39</sup> — não

encontra todas as respostas no Direito Internacional. Por décadas, o acionista brasileiro da Itaipu Binacional era uma sociedade de economia mista, sujeitando-a ao convívio com investidores minoritários privados. A discussão sobre dano indireto aos minoritários da Eletrobras, em termos teóricos, não difere do caso *Barcelona Traction*. A privatização não pode ser equiparada à expropriação, mas ambos os casos lidam com repercussões indiretas na esfera jurídica dos acionistas. Em um cenário hipotético, os mesmos fatos poderiam envolver um ente soberano estrangeiro.

Empresas supranacionais como a Itaipu e a EUROFIMA são exceções e de atuação restrita. No entanto, a identificação de uma nacionalidade, com base nos critérios formais colocados pela CIJ, é tarefa problemática também em relação às multinacionais — sociedades privadas que internacionalizaram a atividade econômica. Isso porque as multinacionais organizam-se em grupos de sociedades, com a finalidade de segmentar os riscos, aproveitar benefícios fiscais e regulatórios. A técnica grupal é reconhecida pelo direito local, tanto para tutelar a autonomia de cada um dos entes do grupo, inclusive respeitando a constituição dos membros por lei estrangeira, quanto em relação aos efeitos econômicos destes conglomerados<sup>40</sup>. As legislações nacionais preocupam-se com a concentração do poder (controle) e com os vínculos econômicos das entidades juridicamente independentes. Desse modo, os critérios formais escolhidos em *Barcelona Traction* para definir a conexão genuína com um determinado país são, hoje, de pouca utilidade<sup>41</sup>. O poder de controle tende a suplantar os fatores atrelados à incorporação, sede estatutária ou habitualidade da administração.

Ademais, os instrumentos internacionais também evoluíram no conceito de investimentos estrangeiros e no tocante aos meios de reclamação perante órgãos internacionais, permitindo, em larga medida, que os titulares de participação societária sejam ressarcidos de atos praticados contra as empresas e apresentem diretamen-

<sup>35</sup> Cf. <https://www.eurofima.org/about-us/>

<sup>36</sup> Caracterização atribuída por Miguel Reale em um dos pareceres oficiais sobre a natureza jurídica da Itaipu Binacional que foram objeto de aprovação pelo Presidente da República em 17.10.1978. No documento, Reale esclarece que a legislação societária não atenderia aos objetivos visados com a criação deste novo ente, por isso “a proposta que fiz no sentido de constituir-se uma empresa pública binacional, o que era possível fazer-se mediante Tratado, pois este, uma vez aprovado por Decreto Legislativo do Congresso Nacional, adquire força de lei, prevalecendo as suas normas especiais sobre quaisquer outras anteriores pertinentes à matéria.” (ITAIPU BINACIONAL. *Pareceres oficiais sobre a natureza jurídica da Itaipu*. 1978. Disponível em: <https://www.itaipu.gov.br/institucional/documentos-oficiais>. Acesso em: 25 nov. 2022).

<sup>37</sup> O valor da compensação financeira é objeto de Ação Civil Pública n.º 0152617-68.2022.8.19.0001, em trâmite perante a 6ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro e a medida foi proposta por uma associação que representa os acionistas minoritários (ABRADIN – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INVESTIDORES). A ABRADIN alega que o controle da Itaipu Binacional está sendo transferido para a ENBPar, sem o pagamento da efetiva e adequada contraprestação à Eletrobras.

<sup>38</sup> ITAIPU BINACIONAL. *Pareceres oficiais sobre a natureza jurídica da Itaipu*. 1978. Disponível em: <https://www.itaipu.gov.br/institucional/documentos-oficiais>. Acesso em: 25 nov. 2022.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Cíveis Originárias (ACOs) 1904, 1905 e 1957, julgamento realizado em 05/09/2020.

<sup>40</sup> A lei societária disciplina grupos de sociedades, mas outras áreas disciplinam a responsabilização ou efeitos econômicos dos grupos empresariais, a exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho, Código de Defesa do Consumidor, Lei sobre Crimes Ambientais, Lei do CADE. Cf. PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976. *Revista Direito GV*, v. 2, p. 5-27, 2005.

<sup>41</sup> ACCONCI, Pia. Determining the internationally relevant link between a state and a corporate investor: recent trends concerning the application of the genuine link test. *Journal of World Investment & Trade*, v. 5, n. 1, p. 139-176, 2004.

te suas reivindicações via arbitragem de investimentos<sup>42</sup>. No entanto, no âmbito dos tribunais internacionais, a técnica grupal poderia ser útil para uma atualização do tema, abrindo-se espaço também para casos complexos e *sui generis*, como o dos empreendimentos transnacionais da Itaipu e da EUROFIMA, espécie de arranjo societário que não é novo, porém, faz parte de um mundo cada vez mais globalizado.

## 6 Considerações finais

A proteção diplomática é um instituto de contornos especialíssimos e escopo limitado. O caráter discricionário da iniciativa estatal e a sub-rogação do direito do particular pelo seu Estado de origem explicam o decaimento de sua importância e a evolução para outras modalidades de tutela a investimentos estrangeiros.

No que diz respeito às empresas multinacionais, o pressuposto da nacionalidade e demonstração do vínculo genuíno com o Estado-requerente acrescenta camadas de complexidade. A sobreposição de duas ficções jurídicas pode desembocar em resultados poucos críveis. A primeira ficção repousa na justificativa teórica para proteção diplomática ao admitir a reivindicação do Estado de um direito próprio, originado da violação aos seus nacionais. A segunda ficção exagera na abstração concedida pela personalidade jurídica às empresas. Sem o devido contraponto, a proteção diplomática alija o direito dos sócios e prioriza critérios formais de nacionalidade que não refletem a realidade. O alegado risco de múltiplos e concorrentes pedidos, caso se admita a proteção dos acionistas por danos indiretos, é exagerado. A discricionariedade da ação estatal e exigência de esgotamento das vias legais internas preservam a proteção diplomática do uso indiscriminado.

O caso *Barcelona Traction* e as particularidades do cenário político e das intervenções diplomáticas que antecederam o julgamento não permitem afirmar que sua conclusão foi equivocada. No entanto, a *ratio decidendi*

não pode ser transplantada para o contexto atual e generalizada. Novas formas empresariais e fortalecimento de estruturas grupais recomendam atenção especial para a manifestação do controle acionário e tutela dos interesses dos acionistas.

Todavia, seria prematuro alegar a obsolescência da proteção diplomática. Na tutela dos investimentos e investidores estrangeiros, tanto melhor que sejam mantidas as vias já consagradas de proteção na esfera internacional, pois elas não impedem o surgimento de novas técnicas. A proteção diplomática pode ser o único recurso à disposição de investidores oriundos de países que não admitem mecanismos privados de solução de controvérsia. No entanto, em demandas envolvendo arranjos societários complexos e proteção diplomática, os tribunais internacionais devem se ater a novas formas de interpretação e, à luz do direito doméstico, àquelas que consideram a concentração do poder (controle) e os vínculos econômicos das entidades juridicamente independentes.

## Referências

- ACCONCI, Pia. Determining the internationally relevant link between a state and a corporate investor: recent trends concerning the application of the genuine link test. *Journal of World Investment & Trade*, v. 5, n. 1, p. 139-176, 2004.
- DENZA, E. Nationality and diplomatic protection. *Netherlands International Law Review*, v. 65, p. 463-480, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40802-018-0119-4>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- FONTOURA, José Augusto. *Direito internacional público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito da empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.
- GONTIJO, André Pires. Os caminhos fragmentados da proteção humana: o petição individual, o conceito de vítima e o amicus curiae como indicadores do acesso aos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 4, 2012.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*. 5

<sup>42</sup> VAN HOUTTE, Hans. Protection of shareholders in investment disputes: 45 years after Barcelona traction observations sur le fondement de la protection diplomatiques des actionnaires de Societes Anonymes by Charles de Visscher. *Belgian Review of International Law*, v. 48, p. 514-520, 2015.; DENZA, E. Nationality and diplomatic protection. *Netherlands International Law Review*, v. 65, p. 463-480, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40802-018-0119-4>. Acesso em: 25 nov. 2022.

- fev. 1970. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments>. Acesso em: 18 set. 2022.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*. 20 jul. 1989. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/76>. Acesso em: 18 set. 2022.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Interhandel (Switzerland v. United States of America)*. 21 mar. 1959. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/34>. Acesso em: 18 set. 2022.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*. 6 abr. 1955. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/18>. Acesso em: 18 set. 2022.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on diplomatic protection with commentaries. 2006. Disponível em: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_8\\_2006.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf). Acesso em: 25 nov. 2022.
- ITAIPU BINACIONAL. *Pareceres oficiais sobre a natureza jurídica da Itaipu*. 1978. Disponível em: <https://www.itaipu.gov.br/institucional/documentos-oficiais>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- LIMA, Lucas Carlos. A proteção diplomática no direito internacional contemporâneo: qual o papel da nacionalidade? *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 47, n. 2, p. 81-99, jul./dez. 2019.
- LUTZ, Preston G. Diplomatic protection of corporations and shareholders: capacity of government to espouse claims of shareholders of a foreign corporation. *California Western International Law Journal*, v. 1, n. 1, art. 10, p. 141-150, 1970. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.cwsl.edu/cwilj/vol1/iss1/10>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- MAGALHÃES, J. C. de. Nacionalidade da pessoa jurídica e a empresa multinacional. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 69, n. 2, p. 97-124, 1974.
- PRADO, Viviane Muller. Grupos societários: análise do modelo da Lei 6.404/1976. *Revista Direito GV*, v. 2, p. 5-27, 2005.
- RÉGNIER, Leonardo Medeiros. *A personificação e a nacionalidade das sociedades comerciais*. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso Elementar*. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- STOUT, Lynn. *The shareholder value myth: how putting shareholders first harms investors, corporations, and the public*. San Francisco: BK Business Book, 2012.
- TAMS, C.; TZANAKOPOULOS, A. Barcelona traction at 40: the ICJ as an agent of legal development. *Leiden Journal of International Law*, v. 23, n. 4, p. 781-800, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0922156510000361>. Acesso em: 25 nov. 2022.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. A nacionalidade e as sociedades comerciais no Brasil e no estrangeiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais: direito internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 145-174.
- TIBURCIO, Carmen. Disciplina legal da pessoa jurídica à luz do direito internacional brasileiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais: direito internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 4. p. 969-993.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada: desenvolvimentos jurisprudenciais recentes no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. São José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.
- UNITED STATES SUPREME COURT. *Louis K. Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517. Mr. Justice Brandeis, dissenting opinion. 1933.
- VAN HOUTTE, Hans. Protection of shareholders in investment disputes: 45 years after Barcelona traction observations sur le fondement de la protection diplomatiques des actionnaires de Societes Anonymes by Charles de Visscher. *Belgian Review of International Law*, v. 48, p. 514-520, 2015.
- VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Prefácio e tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Editora Universidade de Brasília; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.
- VICUÑA, Francisco Orrego. Changing approaches to the nationality of claims in the context of diplomatic protection and international dispute settlement. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, v. 15, n. 2, p. 340-361, outono 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icsidreview/15.2.340>. Acesso em: 24 nov. 2022.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**The United Nation data governance:** a panopticon and a catalyst for cooperation

**A governança de dados das Nações Unidas:** um panóptico e um catalisador para a cooperação

Varda Mone

CLV Sivakumar

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**

# The United Nation data governance: a panopticon and a catalyst for cooperation\*

## A governança de dados das Nações Unidas: um panóptico e um catalisador para a cooperação

Varda Mone\*\*

CLV Sivakumar \*\*\*

### Abstract

The rapid expansion of technology and digitization has given rise to extensive data collection, processing, and trade, triggering significant concerns regarding data privacy and security. Varying data privacy laws across jurisdictions pose complex challenges in our interconnected world. This study explores the feasibility of establishing a United Nations (UN) global data privacy authority to address these issues. Such an entity could enhance privacy protection, promote secure data storage, and facilitate international data flows. We analyze the potential benefits and obstacles, leveraging the UN's resources to adapt data protection regulations to technological advancements. A UN agency dedicated to data privacy could promote transparency and accountability, benefiting governments and enterprises. We advocate for UN involvement in International Data Governance, drawing parallels with WIPO's success in intellectual property rights. This institution, symbolically acting as a "panopticon," would oversee and regulate data practices, fostering trust and responsibility in the digital ecosystem.

**Keywords:** data privacy; United Nations international data governance digital economy; WIPO; global data protection.

### Resumo

A rápida expansão da tecnologia e da digitalização deu origem a uma extensa recolha, processamento e comércio de dados, desencadeando preocupações significativas relativamente à privacidade e segurança dos dados. As diferentes leis de privacidade de dados entre jurisdições representam desafios complexos no nosso mundo interligado. Este estudo explora a viabilidade de estabelecer uma autoridade global de privacidade de dados das Nações Unidas (ONU) para abordar estas questões. Tal entidade poderia melhorar a proteção da privacidade, promover o armazenamento seguro de dados e facilitar os fluxos internacionais de dados. Analisamos os potenciais benefícios e obstáculos, aproveitando os recursos da ONU para adaptar as regulamentações de proteção de dados aos avanços tecnológicos. Uma agência da ONU dedicada à privacidade de dados poderia promover a transparência e a responsabilização, beneficiando governos e empresas. Defendemos o

\* Recebido em 05/07/2023  
Aprovado em 20/10/2023

\*\* Presently, she is a Research Scholar at VIT-AP School of Law pursuing a PhD in Data Protection Laws. She did her graduation (B.A.LL.B) from Nagpur University and Post-graduation (LLM in Constitution and Administrative Law) from Dr Ram Manohar Lohia National Law University Lucknow. She has worked as Assistant Professor at the Indore Institute of Law, Indore, M.P. She was also a full-time research intern at the Office of Mr. Vijay Sai Reddy, Member of Rajya Sabha, Indian Parliament. She is selected for international research Fellowship Research Fellowships in Humanities and Social Sciences (Remote) by University of Religions and Denominations (URD) & Central Asian Legal Research (CALR) Fellowship by Tashkent State University of Law.  
Email: vardamone.21phd7055@vitap.ac.ine

\*\*\* He did his B.Com. From Nagarjuna University, A.P.in the year 1989; M.A. from Alagappa university T.N. in the year 2004; B.L. from Nagarjuna University, A.P. in the year 1994 and M.L. from Nagarjuna University, A.P. in the year 1996. He completed PhD (Law) from Nagarjuna University in 2012. He has worked as Lecturer in Law during the period 1996-1998 in SBRTM Law College, Cuddapah (A.P). and as Assistant Professor of Law in Jaya Group of Educational Institutions, Chennai, (TN) during the period 1998-2008; Later to which he worked as Associate Professor of Law in VIT Business School, VIT University, Vellore, Tamil Nadu. He served in the position of Registrar VIT-AP University from 2016 till 15 June 2022. Presently, He is a Professor of Law at VIT University, Vellore.  
Email: sivakumar.clv@vit.ac.in

envolvimento da ONU na Governança Internacional de Dados, traçando paralelos com o sucesso da OMPI em direitos de propriedade intelectual. Esta instituição, agindo simbolicamente como um “panóptico”, supervisionaria e regularia as práticas de dados, promovendo a confiança e a responsabilidade no ecossistema digital.

**Palavras-chave:** Proteção de Dados, Direito Internacional, Privacidade de Dados, Nações Unidas; Gestão de dados; Perspectiva do Terceiro Mundo.

## 1 Introduction

In today’s fast-paced, hyperconnected world, the relentless march of technology and digitalization has fundamentally transformed the way we live, work, and interact. With every click, swipe, and tap, we generate a digital footprint, leaving behind a trail of data that paints a detailed portrait of our lives, habits, preferences, and vulnerabilities. This digital revolution has heralded unprecedented progress, powering innovation, economic growth, and global interconnectedness. However, it has also ignited a profound and pressing concern - the issue of data privacy.<sup>1</sup>

The rapid expansion of technology and digitization has ushered in an era of extensive data collection, processing, and trade. From our online shopping preferences to our health records, from our social media interactions to our financial transactions, an astonishing array of personal data is now being harvested, analysed, and monetized on a global scale. While this wealth of information has the potential to fuel ground breaking discoveries and advancements, it has also raised a chorus of alarms regarding data privacy and security.

As we navigate this digital landscape, we are confronted with a formidable challenge: how to safeguard the privacy of individuals and the security of their data in a world where boundaries have blurred, and data flows seamlessly across borders. The crux of this challenge lies in the stark divergence of data privacy laws and regulations from one jurisdiction to another. Varying data protection standards, conflicting legal requirements, and disparities in enforcement mechanisms have crea-

ted a complex and often bewildering maze for individuals, corporations, and governments alike. Consider a scenario where an individual’s personal data, residing on a cloud server located in one country, is accessed and used by a service provider headquartered in another, while the individual resides in a third country. Whose data protection laws apply? Which regulatory body has jurisdiction? How does one seek recourse in case of a breach or violation? These are just a few of the questions that underscore the multifaceted challenges posed by the global data privacy landscape.<sup>2</sup>

It is within this intricate web of data privacy challenges that we embark on a journey to explore the feasibility of establishing a global data privacy authority under the auspices of the United Nations (UN). Such an entity, if realized, would serve as a lighthouse amidst the turbulent seas of data governance. It would strive to harmonize data privacy regulations, advocate for secure data storage practices, and facilitate the free and secure flow of data across borders, thereby addressing the core concerns surrounding data privacy in the digital age.

Throughout this paper, we will delve into the intricacies of this proposal, scrutinizing its potential benefits, examining the obstacles it must overcome, and harnessing the UN’s vast expertise and resources to pave the way for a new era in data privacy governance. In doing so, we aim to shed light on the possibilities and challenges of creating an international data privacy agency, offering insights that are informed by the evolving landscape of technology and data management. We will also draw parallels with the successful model of the World Intellectual Property Organization (WIPO), which has effectively addressed global issues related to intellectual property rights. By advocating for the United Nations to play a pivotal role in International Data Governance, we aim to contribute to the ongoing discourse on how to safeguard data privacy while harnessing the transformative potential of the digital age.<sup>3</sup>

It is important to note that within this exploration, we employ the term “panopticon” symbolically. It ser-

<sup>1</sup> UNITED NATIONS. *Data strategy of the Secretary-General for action by everyone, everywhere with insight, impact, and integrity 2020-22*. 2020. Available in: [https://www.un.org/en/content/datastrategy/images/pdf/UN\\_SG\\_Data-Strategy.pdf](https://www.un.org/en/content/datastrategy/images/pdf/UN_SG_Data-Strategy.pdf).

<sup>2</sup> UNITED NATIONS. System Chief Executives Board for Coordination. *International data governance: pathways to progress*. Available in: <https://unsceb.org/international-data-governance-pathways-progress>. Access on: May 2023.

<sup>3</sup> HERT, Paul de; PAPAKONSTANTINO, Vagelis. Three Scenarios for International Governance of Data Privacy: towards an International Data Privacy Organization, Preferably a UN Agency?. *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, p. 271, 2013.



ves as a metaphor for the oversight and regulation of data practices in a world where constant vigilance is required to ensure the responsible and ethical use of data by both state and non-state actors within the digital ecosystem. In the pages that follow, we will navigate the intricate terrain of data privacy, seeking to illuminate a path forward, one where technology and privacy can coexist harmoniously, and where trust and responsibility can thrive in an ever-expanding digital world.

## 1.1 Background and Context

The exponential growth of technology and digitization has profoundly transformed modern life. A key consequence is the exponential generation of data through online activities. This “big data” is leveraged by organizations to derive insights and optimize operations. For instance, e-commerce platforms use customer data to provide personalized recommendations. However, the data economy raises substantial privacy and security concerns. As data volume grows, so do risks of unauthorized access and breaches. The Equifax hack exemplified such dangers.<sup>4</sup> Furthermore, advanced algorithms like AI analyze big data to forecast and automate decisions. But their effectiveness depends on extensive data, raising ethical issues around privacy and algorithmic bias. The COVID-19 pandemic accelerated technology integration, normalizing remote work, online education, and telehealth. While upholding vital services, this increased exposure of sensitive data to cyber threats.

While data and technology offer opportunities, their exponential growth also surfaces apprehensions around privacy, security, and ethical use of algorithms. As technology continues transforming society, solutions must emerge to harness its benefits while adequately addressing its risks. Achieving the right balance will enable realizing technology’s promise while protecting users and ethical values. But continued vigilance is required to ensure trust in an increasingly digitized world. Furthermore, the global nature of data flows and technology complicates regulatory approaches, as differing data privacy laws across jurisdictions create complexities for compliance.

<sup>4</sup> BERGHEL, H. The equifax hack revisited and repurposed. *Computer*, v. 53, n. 5, p. 85, 2020.

## 1.2 The Complexity of Varying Data Privacy Laws Across Jurisdictions

The complexity of varying data privacy laws across jurisdictions is a significant challenge in the digital age. Different countries and regions have established their own regulations and frameworks to govern data protection, often resulting in a patchwork of conflicting laws and requirements. This fragmentation poses considerable difficulties for individuals, corporations, and governments that operate in a globalized world.<sup>5</sup>

One notable example is the European Union’s General Data Protection Regulation (GDPR), which came into effect in 2018.<sup>6</sup> GDPR is one of the most comprehensive data protection laws globally and sets stringent standards for the collection, processing, and storage of personal data. GDPR applies not only to EU-based companies but also to any organization worldwide that processes the data of EU residents. This extraterritorial reach created significant compliance challenges for multinational corporations.

To navigate this complexity, the EU and the United States negotiated the EU-US Privacy Shield framework<sup>7</sup>. This agreement aimed to facilitate the transfer of personal data between the EU and the US by providing a mechanism for US companies to demonstrate GDPR compliance. However, in July 2020, the European Court of Justice invalidated the Privacy Shield<sup>8</sup>, citing concerns about US government surveillance practices. This ruling further underscored the complexities of cross-border data protection and the need for robust international agreements.<sup>9</sup>

Since then, the EU and the US have been working on a new framework for transatlantic data flows, called the EU-US Data Privacy Framework (DPF).<sup>10</sup> The DPF

<sup>5</sup> CORTEZ, E. K. (ed.). Data protection around the world: privacy laws in action. *Springer Nature*, 20 Nov. 2020.

<sup>6</sup> General Data Protection Regulation, 2018.

<sup>7</sup> EUROPEAN UNION. Department of Commerce and the European Commission, UK Government, and Swiss Federal Administration. *Privacy Shield Framework*. Available in: <https://www.privacyshield.gov/ps/eu-us-framework>.

<sup>8</sup> EUROPEAN UNION. Court of Justice of the European Union. *Data protection commissioner v Facebook Ireland and Maximilian Schrems C-311/18*. 2020.

<sup>9</sup> YAKOVLEVA, Svetlana; IRION, Kristina. Pitching trade against privacy: reconciling EU governance of personal data flows with external trade. *International Data Privacy Law*, v. 10, n. 3, 2020.

<sup>10</sup> EUROPEAN UNION. Department of Commerce and the European Commission, UK Government, and Swiss Federal Admin-

is meant to replace the Privacy Shield and address the points raised by the court in its Schrems II decision<sup>11</sup>. On October 7, 2023, US President Biden signed an Executive Order on Enhancing Safeguards for United States Signals Intelligence Activities, which introduced new binding safeguards to limit the access of US intelligence agencies to EU data and established an independent and impartial redress mechanism for Europeans.<sup>12</sup> On July 10, 2023, the European Commission adopted its adequacy decision for the DPF, which concluded that US data protection laws offer an adequate level of protection for European citizens. The DPF is expected to provide legal certainty and facilitate cross-border commerce between the EU and the US, while respecting the fundamental rights of individuals.<sup>13</sup>

Another instance is the contrasting data privacy laws between the EU and China. While the EU emphasizes strong data protection rights and consent-based data processing, China has enacted laws that grant the government broad access to data for security and surveillance purposes. This disparity in approaches poses challenges for international businesses operating in both regions, as they must reconcile conflicting requirements. Moreover, the emergence of new data privacy laws in various jurisdictions, such as the California Consumer Privacy Act (CCPA) in the United States and the Personal Information Protection Law (PIPL) in China, adds another layer of complexity. Companies that operate globally must comply with multiple, often divergent, legal frameworks.<sup>14</sup>

Another development in this area is the release of the draft Provisions on Regulating and Promoting Cross-Border Data Flows by China's data protection regulator, the Cyberspace Administration of China (CAC), on September 28, 2023.<sup>15</sup> The draft Provisions

propose a number of exemptions for businesses that would otherwise be subject to the existing data export restrictions under the PIPL, such as those that expect to export personal information of less than 10,000 individuals from China within one year, or those that need to transfer data for contractual. The draft Provisions also introduce a certification mechanism for cross-border data transfers, which would allow certified organizations to bypass the security assessment process required by the PIPL. These proposed changes are expected to ease some of the compliance burdens for international businesses operating in China, and to promote cross-border data flows while ensuring data security and privacy. However, some experts have also pointed out that there are still some ambiguities and uncertainties in the draft Provisions, such as the definition of "necessity" for data transfers, the scope and criteria of certification, and the potential conflicts with other existing or upcoming regulations. Therefore, it remains to be seen how the final version of the Provisions will address these issues and how it will align with other data protection regimes, such as the GDPR.<sup>16</sup>

The complexity of global data transfer and multiple data protection laws has led to several court cases like firstly, The Schrems II case is a pivotal example that underscores the challenges associated with cross-border data transfers. Max Schrems, a privacy activist, raised concerns about the validity of Standard Contractual Clauses (SCCs) as a mechanism for transferring personal data from the European Union (EU) to third countries. SCCs are legal contracts that require data exporters and importers to adhere to EU data protection standards. The case brought into question whether SCCs provided adequate safeguards against US government surveillance.<sup>17</sup> The European Court of Justice (ECJ) ruled in 2020 that SCCs were generally valid. However, they could only be relied upon if data protection authorities suspended or prohibited data transfers when the level of protection in the third country did not meet EU standards. This ruling adds an additional layer of complexity for companies relying on SCCs for international

istration. *Privacy Shield Framework*. Available in: <https://www.privacyshield.gov/ps/eu-us-framework>.

<sup>11</sup> TRACOL, Xavier. Schrems II: the return of the Privacy Shield. *Computer Law & Security Review*, v. 39, 2020.

<sup>12</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Questions & answers: EU-US data privacy framework*. 2023. Available in: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda\\_23\\_3752](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_23_3752).

<sup>13</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Questions & answers: EU-US data privacy framework*. 2023. Available in: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda\\_23\\_3752](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_23_3752).

<sup>14</sup> ZHENG, G. Trilemma and tripartition: the regulatory paradigms of cross-border personal data transfer in the EU, the US and China. *Computer Law & Security Review*, 2021.

<sup>15</sup> CASALINI, F.; GONZÁLEZ, J. L. *Trade and cross-border data flows*. 2019.

<sup>16</sup> ZHENG, G. Trilemma and tripartition: the regulatory paradigms of cross-border personal data transfer in the EU, the US and China. *Computer Law & Security Review*, 2021.

<sup>17</sup> COMPAGNUCCI, M. Corrales; ABOY, M.; MINNSEN, T. *Cross-border transfers of personal data after Schrems II: supplementary measures and new standard contractual clauses (SCCs)*. 2021.

data transfers, as it requires ongoing assessments of the data protection landscape in recipient countries.<sup>18</sup>

Secondly, The *Microsoft v. United States*<sup>19</sup> case highlights the extraterritorial reach of data privacy laws and their potential clash with national sovereignty. The case revolved around access to data stored on Microsoft servers located outside the United States. US law enforcement sought access to this data under a warrant, but Microsoft contested the request, arguing that the warrant did not apply to data stored abroad. Before the US Supreme Court could issue a ruling, the passage of the Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD Act) in 2018 fundamentally altered the landscape. The CLOUD Act granted US authorities the authority to compel US-based companies to disclose data stored abroad, emphasizing the global reach of US data privacy laws. This shift poses challenges for international companies as they must comply with US laws that now extend beyond US borders.<sup>20</sup>

Thirdly, The *Facebook v. Belgium* case delves into the complexities of jurisdictional disputes and enforcement of data privacy laws across borders. In this case, the Belgian Data Protection Authority (DPA) ordered Facebook to halt its tracking of non-Facebook users in Belgium without their consent, under the threat of substantial fines. Facebook contended that it was subject to Irish law, given its European headquarters' location. The Court of Justice of the European Union (CJEU) ultimately ruled in 2019 that national Data Protection Authorities (DPAs) could act against companies like Facebook, even if they were not the lead supervisory authority under the GDPR. This ruling exemplifies how EU data protection laws grant individual member states the authority to enforce GDPR provisions, resulting in potential legal disputes and divergent interpretations across borders.<sup>21</sup>

Therefore, the evolving landscape of data privacy laws across jurisdictions presents an intricate tapestry of regulations, agreements, and court rulings. Business-

ses operating on a global scale must continuously adapt to these complexities, ensuring compliance with a patchwork of laws while safeguarding the privacy rights of individuals. As international data privacy frameworks continue to evolve, staying abreast of legal developments and seeking legal counsel remains crucial for businesses to navigate this intricate terrain effectively.

In response to these challenges, there is a growing recognition of the need for international cooperation and harmonization of data privacy laws. Organizations like the United Nations are exploring the feasibility of establishing a global data privacy authority to address these issues. Such an entity could work toward creating a common framework that respects privacy rights while facilitating the responsible and secure flow of data across borders. Achieving this delicate balance is essential to harnessing the benefits of technology expansion and digitization while safeguarding data privacy and security in our interconnected world.

## 2 Research Objectives

### 2.1 Enhancing Privacy Protection and Promoting Secure Data Practices

In this research objective, our aim is to qualitatively assess how the establishment of a United Nations (UN) global data privacy authority can significantly enhance privacy protection and promote secure data storage practices. To substantiate these arguments, we draw upon real-life examples that underscore the critical need for such an entity. A prime illustration of the need for enhanced privacy protection is the European Union's General Data Protection Regulation (GDPR), which was enacted in 2018. GDPR introduced rigorous standards for the protection of personal data, including principles of data minimization, purpose limitation, and secure processing. By examining the substantial impact of GDPR on privacy protection within the EU and beyond, we underscore the positive outcomes achievable through robust data privacy regulations.

Moreover, recent data breaches, such as the Equifax breach in 2017<sup>22</sup>, serve as stark reminders of the perils

<sup>18</sup> STREINZ, T. The evolution of European data law. In: CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de (ed.) *The Evolution of EU Law* OUP. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2021.

<sup>19</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 584 U.S. 138 S. Ct. 1186 (2018).

<sup>20</sup> HICKOK, Elonnai; KHARBANDA, Vipul. *An Analysis of the CLOUD Act and Implications for India*. 2018.

<sup>21</sup> STAFF, Reuters. *Facebook loses Belgian privacy case, faces fine of up to \$125 million*. Available in: <https://www.reuters.com/article/us-facebook-belgium-idUSKCN1G01LG>.

<sup>22</sup> BERGHEL, H. The equifax hack revisited and repurposed. *Computer*, v. 53, n. 5, p. 85, 2020.

of inadequate data security measures. These real-world incidents highlight the urgent necessity for secure data storage practices. Through qualitative analysis, we can delve into the repercussions of such breaches, emphasizing the importance of stringent data security measures advocated by a UN global data privacy authority. By examining these case studies and employing qualitative analysis, we elucidate how the proposed UN authority can play an active and indispensable role in enhancing privacy protection and instigating secure data practices on a global scale.

## 2.2 Facilitating International Data Flows in the Digital Age

This research objective is dedicated to analyze how a UN global data privacy authority could effectively facilitate the secure and seamless exchange of data across borders in the digital age. To substantiate our arguments, we draw insights from recent developments and real-life examples that highlight the intricacies of international data flows and underscore the compelling need for international cooperation. A salient example is the EU-US Privacy Shield framework, which exemplifies the challenges associated with international data transfers and the complexities stemming from conflicting data protection regulations. By delving into the history of the Privacy Shield, its subsequent invalidation by the European Court of Justice, and the ongoing efforts to establish the EU-US Data Privacy Framework, we illuminate the pressing need for a harmonized approach to international data flows.<sup>23</sup>

Additionally, we throw light on the disparities in data privacy laws between regions such as the European Union and China. These divergent approaches to data protection create compliance hurdles for multinational corporations. By meticulously examining these disparities and their tangible effects on cross-border data flows, we emphasize the relevance and urgency of a UN global data privacy authority in bridging gaps and fostering international cooperation.<sup>24</sup> Furthermore, we illustrate the evolving landscape of data regulation. While the-

se provisions aim to alleviate compliance burdens and promote cross-border data flows, they also reveal ambiguities and uncertainties, underlining the imperative for a unified global approach to data privacy.

In this research paper, utilizing the context of these real-world cases, we offer an in-depth analysis of how a United Nations (UN)-led initiative can serve as a robust framework for enabling seamless international data transfers while simultaneously upholding data security and privacy. This initiative aims to address the challenges posed by our increasingly interconnected global landscape, characterized by the pervasive influence of digitalization and the rapid expansion of technology. In a manner akin to the pioneering role of the World Intellectual Property Organization (WIPO) in effectively managing cross-border issues related to intellectual property, we explore the potential for the UN to play a similar role in the realm of data governance.

## 3 Data Privacy in the Digital Age

In our exploration of the potential establishment of a United Nations (UN) global data privacy authority, we have uncovered critical insights into how such an initiative could enhance privacy protection, promote secure data practices, and facilitate international data flows. These research objectives have provided us with a comprehensive understanding of the challenges and opportunities in our increasingly interconnected global landscape, characterized by the proliferation of technology and digitalization.

### 3.1 The Proliferation of Technology and Digitalization

The proliferation of technology and digitalization has reshaped nearly every aspect of human existence. This transformative wave of innovation has left an indelible mark on the way we live, work, communicate, and even perceive reality. At the core of this seismic shift lies an intricate relationship between technology, data, and our understanding of privacy.

*Data Explosion and Collection:* One of the defining features of the digital age is the astounding volume of data generated and collected daily. This explosion of data is fuelled by a multitude of sources, ranging from smar-

<sup>23</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Data protection*. European Commission adopts new adequacy decision for safe and trusted EU-US data flows. 2023. Available in: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_3721](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3721).

<sup>24</sup> Data Protection Regulations and International Data Flows: Implications for Trade and Development (UNC-TAD 2016).

phones and wearable devices to sensors embedded in everyday objects. Social media platforms, e-commerce websites, and online services also contribute significantly to the continuous stream of information. Every click, swipe, purchase, or social interaction leaves a digital footprint, accumulating in vast reservoirs of data.<sup>25</sup> This data is incredibly diverse, encompassing personal information, preferences, behaviours, and even intimate details of individuals' lives. The sheer scale and diversity of data collected in the digital age are unparalleled in human history.<sup>26</sup>

*Data Processing and Analysis:* Simultaneously, technological advancements in data processing and analysis have unlocked the potential of this data deluge. Artificial intelligence (AI), machine learning, and big data analytics have ushered in an era of data-driven decision-making. These technologies can sift through massive datasets at remarkable speeds, identifying patterns, trends, and correlations that would be impossible for humans to discern.

The implications of this are far-reaching. In healthcare, AI can assist in diagnosing diseases and predicting patient outcomes by analysing medical records and imaging data. In finance, predictive analytics can help identify fraudulent transactions or assess credit risk. In marketing, personalization algorithms can tailor advertisements to individual consumer preferences. However, as data becomes increasingly central to decision-making, concerns about privacy and security loom large.

*Data as a Commodity:* The digital age has given rise to a novel economic paradigm where data has become a valuable commodity. Data brokers, advertisers, and tech giants amass vast fortunes by trading in personal information. User profiles are created, refined, and sold to the highest bidder. Advertisers use this data to deliver hyper-targeted advertisements, and companies use it to gain a competitive edge.

This commodification of data raises significant ethical questions. Users often have limited control over how their data is used and shared, and they may not fully grasp the extent to which their information is bought and sold. The monetization of personal data can lead to a loss of individual autonomy and privacy, promp-

ting calls for more stringent regulations and consumer protections.

*Privacy and Security Concerns:* Amid this digital revolution, data privacy and security have become paramount concerns. The interconnectedness of the digital world has made data vulnerable to cyberattacks and breaches. Hackers, criminal organizations, and state-sponsored actors exploit security weaknesses to gain unauthorized access to sensitive information. High-profile data breaches, such as the Equifax breach in 2017<sup>27</sup>, have exposed the personal data of millions of individuals, underscoring the urgency of protecting data in the digital age.

Moreover, the lack of privacy awareness among the general public is a pressing issue. Many individuals are unaware of the extent to which their data is collected and how it is used. Privacy policies and consent forms, often laden with legal jargon, make it challenging for people to make informed choices about their data. This lack of transparency erodes trust and undermines the principles of informed consent.

In this landscape, navigating the complex web of national and international data privacy laws is a daunting task. Legislation struggles to keep pace with rapid technological advancements, leading to a lack of consistency and clarity in data protection regulations. This regulatory fragmentation complicates compliance efforts for organizations operating across borders.

The role of a United Nations (UN)-led global data privacy authority emerges as a potential solution, offering a framework for international cooperation, harmonized standards, and ethical guidelines. In subsequent sections, we will delve deeper into these challenges and examine how a UN-led global data privacy authority can address them, paving the way for a more secure and harmonized data governance framework in the digital age.<sup>28</sup>

### 3.2 Data Collection, Processing, and Trading Trends

The rapid proliferation of technology and digitalization has fundamentally reshaped the landscape of

<sup>25</sup> PAGOROPOULOS, A.; PIGOSSO, D. C.; MCALOONE, T. C. The emergent role of digital technologies in the Circular Economy: a review. *Procedia CIRP*, 2017.

<sup>26</sup> ZHU, Y.; ZHONG, N.; XIONG, Y. Data explosion, data nature and dataology. *Springer Link*, p. 147-158, 2009.

<sup>27</sup> BERGHEL, H. The equifax hack revisited and repurposed. *Computer*, v. 53, n. 5, p. 85, 2020.

<sup>28</sup> HERT, Paul de; PAPAKONSTANTINO, Vagelis. Three Scenarios for International Governance of Data Privacy: towards an International Data Privacy Organization, Preferably a UN Agency?. *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, p. 271, 2013.

data collection, processing, and trading. In this era, data is often referred to as the new currency, and the trends in its collection, processing, and trading are at the forefront of discussions on data privacy and security. Data collection has become pervasive and continuous in the digital age. The proliferation of connected devices, from smartphones and smartwatches to Internet of Things (IoT) sensors, means that individuals are constantly generating data. This data encompasses a wide range of information, including location data, browsing habits, social media interactions, and health metrics. Social media platforms and online services play a central role in data collection. Users willingly share personal details, preferences, and behaviours on these platforms, often unaware of the extent to which their data is being harvested. In addition, e-commerce sites track shopping patterns and user preferences, contributing to the wealth of data available for analysis. Furthermore, data collection extends to offline activities through technologies like facial recognition and biometric data capture, further blurring the lines between the physical and digital realms.

The digital age has witnessed a revolution in data processing capabilities. Artificial intelligence (AI), machine learning, and advanced analytics have empowered organizations to extract valuable insights from vast datasets. These technologies enable real-time analysis, predictive modeling, and the automation of decision-making processes. For instance, in the healthcare sector, AI algorithms can analyze medical images to detect diseases or predict patient outcomes. In finance, predictive analytics can identify fraudulent transactions by recognizing patterns in transaction data. In marketing, machine learning algorithms power recommendation engines that tailor product suggestions to individual user preferences. This data processing prowess has the potential to enhance various aspects of our lives but also raises concerns about the responsible and ethical use of personal data. Ensuring that data processing respects privacy rights and maintains data security is crucial in this context.<sup>29</sup>

Data has emerged as a valuable commodity in the digital economy. Data brokers, advertisers, and technology companies engage in data trading to monetize the information they collect. User profiles are created, en-

riched, and sold to interested parties. This data trading ecosystem is complex and opaque. Users often have little control over how their data is used and may not be aware of the extent to which their information is being bought and sold. Advertisers leverage this data to deliver highly targeted ads, while companies use it to gain competitive advantages. The commodification of personal data raises ethical concerns. It prompts discussions about transparency, user consent, and the need for regulations that protect individuals from potential abuses of their data.<sup>30</sup>

### 3.3 Challenges to Data Privacy and Security

As data collection, processing, and trading trends evolve, they bring forth a host of challenges to data privacy and security that demand careful consideration and action. The interconnected digital world is vulnerable to a myriad of cybersecurity threats. Cybercriminals and hackers continually exploit vulnerabilities in networks, software, and hardware to gain unauthorized access to sensitive data. Large-scale data breaches have become distressingly common, exposing personal information, financial records, and even classified government data. These breaches result in financial losses, damage to reputation, and the potential for identity theft and fraud. Protecting data from cyber threats has become a top priority for individuals, organizations, and governments.

Some examples of the global data breach issues that illustrate these challenges are:

- a. The CAM data breach in March 2020 exposed over 10 billion records of adult video streaming website users, including their full names, email addresses, sexual orientation, chat transcripts, payment logs, and IP addresses<sup>1</sup>. This breach exposed users to the risk of blackmail, extortion, and harassment by cybercriminals who could exploit their sensitive and personal information.<sup>31</sup>
- b. The Yahoo data breach in 2017 affected 3 billion user accounts, compromising their security questions and answers, which could be used to access other online accounts<sup>2</sup>. This breach eroded user trust and

<sup>29</sup> ZHAO, J; MORTIER, R; CROWCROFT, J; WANG, L. *Privacy-preserving machine learning based data analytics on edge*. 2018.

<sup>30</sup> ESTADELLA-YUSTE, Olga. Transborder data flows, and the sources of public international law. *North Carolina Journal of International Law*, v. 16, n. 2, 1991.

<sup>31</sup> MURTHY, M. S. Data protection law and policy in the USA: an overview. *Indian JL & Legal Research*, n. 3, 2022.

confidence in Yahoo's ability to protect their data and resulted in a significant reduction in Yahoo's sale price to Verizon.<sup>32</sup>

c. The Aadhaar data breach in 2018 revealed that the personal details of more than a billion citizens in India stored in the world's largest biometric database could be bought online.<sup>3</sup> This breach exposed users to the risk of identity theft, fraud, and misuse of their biometric data by unauthorized parties.<sup>33</sup>

d. The Accellion data breach in 2021 affected hundreds of organizations that used Accellion's file transfer service to share sensitive data. This breach compromised the data of millions of individuals, including their health records, financial information, and personal details. Some of the victims included the Reserve Bank of New Zealand, the Australian Securities and Investments Commission, the University of Colorado, and Kroger.<sup>34</sup>

**Lack of Privacy Awareness:** Many individuals are unaware of the extent to which their data is collected and how it is used. Complex privacy policies and consent forms laden with legal jargon often hinder informed decision-making. Users may unwittingly agree to the collection and sharing of their data without fully comprehending the consequences.

This lack of privacy awareness erodes trust and makes it challenging for individuals to exercise their right to control their personal information. Education and user-friendly privacy practices are needed to address this issue.

Some examples of the lack of privacy awareness that illustrate this issue are:

a. The Facebook-Cambridge Analytica scandal in 2018 revealed that Facebook had allowed a third-party app developer to harvest the data of millions of users without their consent or knowledge. This data was then used by Cambridge Analytica to influence political campaigns and elections around the world. This scandal

sparked public outrage and scrutiny over Facebook's privacy practices and policies.<sup>35</sup>

b. The Google Street View controversy in 2010 exposed that Google had collected personal data from unencrypted Wi-Fi networks while taking pictures for its Street View service. This data included emails, passwords, browsing history, and other sensitive information. Google claimed that this was an inadvertent mistake and that it did not use or retain the data. However, this incident raised concerns over Google's respect for user privacy and compliance with data protection laws.<sup>36</sup>

c. The Clearview AI controversy in 2020 revealed that Clearview AI had scraped billions of images from social media platforms and websites to create a facial recognition database that it sold to law enforcement agencies. This database was used to identify suspects and persons of interest without their consent or awareness. This controversy raised ethical questions over Clearview AI's use of public data for private profit and its potential impact on civil liberties and human rights.<sup>37</sup>

**Legislative Gaps:** National and international data privacy laws struggle to keep pace with rapid technological advancements. This results in a fragmented regulatory landscape, with varying standards and levels of protection across different regions. The lack of consistency and clarity in data protection regulations poses challenges for multinational corporations operating across borders. Complying with a patchwork of laws can be complex and costly, creating the need for greater harmonization and global cooperation in data governance.

Some examples of the legislative gaps that illustrate this issue are:

a. The EU-US Privacy Shield framework was an agreement between the EU and the US that aimed to facilitate the transfer of personal data between the two regions by providing a mechanism for US companies to demonstrate GDPR compliance. However, in July 2020, the European Court of Justice invalidated the Privacy Shield, citing concerns about US government survei-

<sup>32</sup> WHITLER, K. A.; FARRIS, P. W. The impact of cyber-attacks on brand image: why proactive marketing expertise is needed for managing data breaches. *Journal of Advertising Research*, v. 57, n. 1, p. 3-9, 2017.

<sup>33</sup> TYAGI, A. K.; REKHA, G.; SREENATH, N. Is your privacy safe with Aadhaar?: an open discussion?. *IEEE*, Solan, p. 318-323, 2018.

<sup>34</sup> KOFF, E. *NSW Accellion Data Breach*. 2020.

<sup>35</sup> CONFESSORE, Nicholas. *Cambridge Analytica and Facebook: the scandal and the Fallout So Far*. 2018. Available in: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>.

<sup>36</sup> HALLIDAY, Josh. Google faces new Street View data controversy. *The Guardian*, 2012.

<sup>37</sup> REZENDE, I. N. Facial recognition in police hands: assessing the 'Clearview case' from a European perspective. *New Journal of European Criminal Law*, p. 375-89, 2020.

llance practices. This ruling created uncertainty and disruption for thousands of businesses that relied on the Privacy Shield for transatlantic data flows.<sup>38</sup>

b. The GDPR is the most comprehensive and influential data protection law in the world. It applies to the EU and the EEA, as well as to any entity that processes the personal data of individuals in these regions. However, the GDPR also faces challenges in its implementation and enforcement, such as the lack of resources and coordination among national data protection authorities, the inconsistency and divergence in national interpretations and applications of the GDPR, and the difficulty in imposing effective sanctions and remedies for cross-border violations.

c. The PIPL is the first comprehensive data protection law in China. It applies to any entity that processes the personal information of individuals in China or provides products or services to individuals in China. However, the PIPL also faces challenges in its alignment and compatibility with other data protection regimes, such as the GDPR. For example, the PIPL has different definitions and categories of personal information, different legal bases and conditions for data processing, different requirements and exemptions for cross-border data transfers, and different rights and obligations for data subjects and processors.<sup>39</sup>

Ethical Concerns: The use of data for profiling, surveillance, and targeted advertising raises ethical questions. It highlights the importance of ethical guidelines and principles in data handling, especially when data is used to make decisions that can profoundly affect individuals' lives, such as in lending, employment, or healthcare.

Some examples of the ethical concerns that illustrate this issue are:

a. The use of facial recognition technology for law enforcement purposes has been criticized for its potential to violate privacy, civil liberties, and human rights. Facial recognition technology can be used to track, monitor, and identify individuals without their consent

or knowledge. It can also be prone to errors and biases, resulting in false positives, misidentification, and discrimination.<sup>40</sup>

b. The use of social media data for political campaigning and manipulation has been condemned for its potential to undermine democracy, influence public opinion, and spread misinformation. Social media data can be used to profile voters based on their preferences, behaviors, and emotions. It can also be used to target them with personalized messages, ads, and content that can sway their voting decisions.<sup>41</sup>

c. The use of health data for research and innovation has been praised for its potential to improve health outcomes, prevent diseases, and discover new treatments. Health data can be used to analyze patterns, trends, and correlations among various health factors. It can also be used to develop personalized medicine, diagnostics, and therapies. However, the use of health data also raises ethical issues such as consent, confidentiality, ownership, access, and security. Health data is sensitive and personal information that can reveal intimate details about individuals' physical and mental health. It can also be subject to misuse, abuse, and exploitation by unauthorized parties.<sup>42</sup>

In conclusion, the digital age has ushered in a new era of data collection, processing, and trading, bringing with it both opportunities and challenges. The responsible handling of data, safeguarding data privacy and security, and ensuring that individuals have control over their personal information are pressing issues in this digital landscape. The role of a United Nations (UN)-led global data privacy authority becomes increasingly relevant in addressing these challenges and fostering a more secure and harmonized data governance framework on a global scale.

<sup>38</sup> EUROPEAN UNION. Department of Commerce and the European Commission, UK Government, and Swiss Federal Administration. *Privacy Shield Framework*. Available in: <https://www.privacyshield.gov/ps/eu-us-framework>.

<sup>39</sup> CALZADA, I. Citizens data privacy in China: the state of the art of the Personal Information Protection Law (PIPL) *Smart Cities*, p. 1129-50, 2022.

<sup>40</sup> HIROSE, M. Privacy in public spaces: the reasonable expectation of privacy against the dragnet use of facial recognition technology. *Conn. L. Rev.*, 2016.

<sup>41</sup> DIMITROVA, D. V.; MATTHES, J. Social media in political campaigning around the world: theoretical and methodological challenges. *Journalism & mass communication quarterly*, v. 95, n. 2, p. 333-42, June 2018.

<sup>42</sup> ABOUELMEHDI, K.; BENI-HESSANE, A.; KHALOUFI, H. Big healthcare data: preserving security and privacy. *Journal of big data*, p. 1-8, 2018.



## 4 Global Data Privacy Landscape

### 4.1 Varied Data Privacy Laws Across Jurisdictions

In today's interconnected world, one of the most prominent challenges in the realm of data privacy is the significant variation in data protection laws across different jurisdictions. This diversity arises from the complex interplay of historical, cultural, and legal factors, resulting in a patchwork of regulations that govern the collection, processing, and sharing of personal data. The implications of this variance are far-reaching, affecting individuals, corporations, and governments alike.<sup>43</sup>

Data privacy laws can differ dramatically from one jurisdiction to another. For instance, the European Union's General Data Protection Regulation (GDPR) imposes stringent requirements on organizations, emphasizing principles such as data minimization, purpose limitation, and the right to be forgotten. Meanwhile, in the United States, the privacy landscape is fragmented, with a mix of federal and state laws, as well as industry-specific regulations. These variations can pose substantial compliance challenges for multinational corporations that operate in multiple regions, forcing them to navigate a complex web of legal requirements.<sup>44</sup>

### 4.2 The Need for Global Regulatory Solutions

Given the challenges posed by varied data privacy laws, there is a growing recognition of the need for global regulatory solutions to address these complexities. A harmonized and consistent approach to data privacy can offer numerous benefits:

*Streamlined Compliance:* Global regulatory standards can simplify compliance efforts for organizations operating across multiple jurisdictions. A unified framework reduces the need for tailored compliance programs for each region, making it more efficient and cost-effective to protect individuals' privacy.

*Enhanced Data Flow:* A standardized approach to data privacy facilitates the seamless flow of data across borders. This is crucial for global business operations, international research collaboration, and the development of emerging technologies such as cloud computing and AI.

*Improved Privacy Rights:* A global regulatory solution can strengthen individuals' privacy rights by establishing consistent and robust protections regardless of their location. This ensures that individuals have a uniform level of control over their personal data, regardless of where it is processed or stored.

*Effective Cross-Border Cooperation:* International law enforcement and cooperation in addressing cybercrimes and data breaches are enhanced when there is clarity and consistency in data privacy regulations. This fosters collaboration in pursuing cybercriminals and ensuring justice is served.

The variation in data privacy laws across jurisdictions presents significant challenges for individuals, corporations, and governments. While harmonizing these regulations is a complex undertaking, there is a growing consensus on the need for global regulatory solutions that strike a balance between protecting privacy and enabling innovation in our increasingly interconnected world. Such solutions hold the promise of fostering a more secure, efficient, and equitable data privacy landscape on a global scale.<sup>45</sup>

## 5 Proposal for a United Nations Data Privacy Body

The scope and scale of the digital ecosystem have grown exponentially in recent years, generating a vast amount of data on individuals and organizations. This data, often termed as the "new gold," has become a critical resource for economic and social development. However, concerns about data privacy and protection have also risen. With the emergence of new technologies such as artificial intelligence and the Internet of Things, challenges related to data privacy have become

<sup>43</sup> SVANTESSON, D. Enforcing privacy across different jurisdictions. *Enforcing privacy: regulatory, legal and technological approaches*. Springer, p. 195-222, 2016. Available in: [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-25047-2\\_9](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-25047-2_9).

<sup>44</sup> AUSLOOS, J. The 'right to be forgotten': worth remembering?. *Computer law & security review*, v. 28, n. 2, p. 143-52, 2012.

<sup>45</sup> GREENLEAF, Graham. A world data privacy treaty? "globalization" and "modernization" of Council of Europe Convention 108. In: WITZLEB, N. et al. (ed.). *Emerging challenges in privacy law: comparative perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

increasingly complex and global in nature.<sup>46</sup> This proposal aims to address these challenges by advocating for the establishment of a United Nations Data Privacy Body, in alignment with the World Intellectual Property Organization (WIPO), to provide a comprehensive and harmonized framework for data privacy regulations worldwide.

### 5.1 The Feasibility of Establishing a Global Data Privacy Body

The establishment of a global data privacy body, such as a United Nations (UN) agency dedicated to data privacy, is a concept that is gaining momentum in the digital age. Its feasibility rests on several key factors. Firstly, the increasing interconnectedness of our world highlights the need for a unified approach to data privacy that transcends borders. Secondly, the growing concerns about data breaches, privacy violations, and surveillance underscore the urgency of addressing these issues at an international level.<sup>47</sup> The success of existing UN agencies, such as the World Health Organization (WHO) and the International Monetary Fund (IMF), demonstrates the capacity of the UN to effectively manage global challenges.

### 5.2 Role and Scope of the Proposed UN Agency

Furthermore, the need for a United Nations data privacy body is evident due to the growing concerns over the lack of comprehensive international regulations on data privacy. As highlighted by the World Intellectual Property Organization (WIPO), there is currently no global framework that adequately addresses the complex challenges of data protection. This has resulted in various countries and regions implementing their own data privacy laws, leading to a fragmented regulatory landscape that hinders cross-border data transfers and creates confusion for businesses.<sup>48</sup> To overcome these obstacles, a United Nations data privacy body would serve as a central authority responsible for developing con-

sistent and harmonized global standards and guidelines on data protection, thereby promoting the effective and secure exchange of data on an international level. Considering the escalating data privacy violations and breaches, the establishment of a United Nations Data Privacy Body, following the model of the World Intellectual Property Organization (WIPO), is imperative. Firstly, an international body solely dedicated to addressing data privacy concerns would facilitate the development of standardized regulations and enforcement mechanisms across nations. Importantly, this body would actively promote and streamline international cooperation in handling data privacy issues. Secondly, by providing a platform for knowledge-sharing and capacity-building among nations, this body could empower countries to better protect their citizens' personal information in an increasingly digitalized world. Lastly, such an organization would also play a pivotal role in fostering global information exchange while ensuring the preservation of individual privacy rights.<sup>49</sup> Overall, the establishment of a United Nations Data Privacy Body will effectively address growing concerns over data privacy violations and breaches while promoting global cooperation and knowledge-sharing.

### 5.3 Leveraging UN Expertise and Resources

The proposed United Nations Data Privacy Body would play a crucial role in protecting individuals' privacy rights in the digital age. Its functions would encompass monitoring the implementation and enforcement of data privacy regulations globally, facilitating international cooperation on data protection issues, and developing best practices and standards to ensure the responsible handling of personal data. As noted by Voss, W. Gregory, such a body would serve as a central authority for addressing cross-border data privacy concerns and harmonizing data protection laws across different jurisdictions.<sup>50</sup> Additionally, it would provide a platform for public engagement and education to raise awareness about the importance of privacy in the digital era. In order to effectively address the challenges associated with data privacy in the digital era, it is imperative to establish global data privacy standards and guidelines.

<sup>46</sup> YILMA, Kinfe. *Privacy and the role of International Law in the digital age*. 2023.

<sup>47</sup> GREENLEAF, Graham. Data protection in a globalized network. In: BROWN, I. (ed). *Research handbook on governance of the internet*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

<sup>48</sup> AARONSON, Susan Ariel. Data is different, and that's why the world needs a new approach to governing cross-border data flows. *Digital Policy, Regulation and Governance*, v. 21, n. 5, p. 441-460, 2019.

<sup>49</sup> YILMA, Kinfe. *Privacy and the role of International law in the digital age*. 2023.

<sup>50</sup> VOSS, W. Gregory. Cross-border data flows, the GDPR, and data governance. *Wash. Int'l LJ*, v. 29, p. 485, 2019.

These standards and guidelines would serve as a framework for countries to develop and enforce their own data privacy regulations. Moreover, a unified approach would enhance cross-border data protection and empower individuals to exercise control over their personal information. A global data privacy body similar to the World Intellectual Property Organization (WIPO) under the United Nations could ensure harmonization of standards and provide a platform for international cooperation on data privacy issues. Monitoring and enforcing compliance with data privacy regulations is crucial to ensure the protection of individuals' personal information.<sup>51</sup> A United Nations Data Privacy Body (UNDPB) could play a vital role in this process, overseeing international data transfers and enforcing regulations in line with the World Intellectual Property Organization (WIPO). By establishing a UNDPB, member states would be able to collaborate, share best practices, and implement accountability mechanisms to combat emerging privacy challenges. Such efforts would foster a global standard for data privacy protection, strengthening individuals' trust in the digital economy. To achieve a comprehensive and effective data privacy framework, it is crucial to facilitate international cooperation and information sharing on data privacy issues.<sup>52</sup> With the exponential growth of cross-border data flows and increasing concerns over data protection, collaboration among nations becomes imperative. By creating a specialized United Nations Data Privacy Body in lines with WIPO, countries can come together to exchange best practices, harmonize policies, and establish common regulatory standards. This global cooperation would ensure the consistent protection of individuals' data regardless of their geographical location, thereby fostering trust and maintaining the integrity of the digital economy. The establishment of a United Nations Data Privacy Body that aligns with the World Intellectual Property Organization (WIPO) is crucial in this digital era of heightened privacy concerns. The unprecedented growth of technology has exponentially increased the risk of data breaches and privacy violations. A dedicated UN body would be responsible for formulating

international policies that protect individual privacy rights, promote data security, and regulate the activities of technology companies. Such a body would ensure consistency, harmonization, and global cooperation in addressing the complexities of data privacy.

#### 5.4 Potential Benefits of the UN Data Privacy Agency

The creation of a UN data privacy agency offers several potential benefits. Firstly, it would promote the harmonization of data protection laws, reducing compliance burdens for organizations operating internationally. Secondly, it would enhance individuals' privacy rights by ensuring consistent and robust data protection regardless of their location. Thirdly, the agency would foster international cooperation in addressing cybercrimes, data breaches, and privacy violations, strengthening global cybersecurity efforts. Finally, it would contribute to the development of ethical guidelines for emerging technologies like AI and biotechnology, safeguarding human rights and dignity in the digital age.<sup>53</sup>

The feasibility of establishing a global data privacy agency under the auspices of the United Nations is rooted in the pressing need for a unified approach to data privacy, the urgency of addressing global data privacy challenges, and the UN's track record in managing international issues. Such an agency holds the potential to harmonize regulations, protect individuals' privacy, enhance cybersecurity, and provide ethical guidance, ultimately fostering a more secure and equitable data privacy landscape on a global scale.

### 6 Comparison to WIPO's Role in Intellectual Property Rights

In alignment with WIPO, the establishment of a United Nations Data Privacy Body would contribute to strengthening and harmonizing international efforts to safeguard individuals' privacy in the digital age. The World Intellectual Property Organization (WIPO) has been successful in developing international frameworks

<sup>51</sup> GREENLEAF, Graham. Global data privacy laws 2019: new eras for International Standards. *Privacy Laws & Business International Report*, p. 19-20, 2019. Available in: <https://ssrn.com/abstract=3384012>.

<sup>52</sup> GREENLEAF, Graham. Data protection in a globalized network. In: BROWN, I. (ed). *Research handbook on governance of the internet*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

<sup>53</sup> UN GLOBAL PULSE. *UN global pulse principles on data protection and privacy*. Available in: <https://www.unglobalpulse.org/policy/ungp-principles-on-data-privacy-and-protection/>.

and standards for intellectual property protection.<sup>54</sup> Similarly, a UN Data Privacy Body could provide a forum for member states to develop and promote common principles, guidelines, and standards for data privacy, ensuring a comprehensive and consistent approach globally. This alignment with WIPO would enhance cooperation and collaboration among nations, facilitating the implementation of effective data privacy regulations and providing a solid foundation for cross-border data protection. Furthermore, the issue of data privacy shares several similarities with intellectual property rights. Both concepts involve the protection of valuable assets and the recognition of ownership rights. Just as intellectual property rights safeguard innovative ideas, data privacy ensures the protection of personal information. Similar to how infringements on intellectual property rights can lead to financial losses and reputational damage for creators, violations of data privacy can result in identity theft and privacy breaches. These similarities emphasize the need for a dedicated international body to address data privacy concerns in a manner consistent with existing frameworks for intellectual property rights.<sup>55</sup>

### 6.1 Lessons from WIPO's Success: Parallels in International Data Governance

The World Intellectual Property Organization (WIPO) stands as a testament to the effectiveness of international collaboration and harmonization of laws in protecting intellectual property rights (IPR) globally. WIPO, established in 1967 as a specialized agency of the United Nations, has played a pivotal role in shaping a consistent framework for IP protection across the world. By examining the history of WIPO conventions and its accomplishments, valuable lessons can be drawn for addressing data protection rights and regulating cross-border issues in data privacy.<sup>56</sup>

WIPO's success story is underpinned by the convergence of nations around common principles and standards for IPR. It's worth noting that the journey began with the Berne Convention for the Protection of Lite-

rary and Artistic Works in 1886, which aimed to establish a universal copyright framework. This convention laid the foundation for international collaboration in the field of IP. Subsequently, the Paris Convention for the Protection of Industrial Property in 1883 marked a significant milestone in harmonizing the protection of industrial property. In a manner parallel to WIPO's history, addressing data protection rights on a global scale requires international collaboration. The establishment of a UN-led agency dedicated to data protection rights could serve as a catalyst for this. Member states would work together to develop treaties and agreements that set common standards for data protection, ensuring that individuals' data privacy rights are consistently respected across borders. Just as the Berne Convention harmonized copyright protection, similar international agreements could harmonize data protection laws and regulations. These agreements would provide a unified framework for data privacy, making compliance with consistent standards more manageable for organizations worldwide.

Capacity building and education have been pivotal in WIPO's success. The organization has offered training, technical assistance, and support to help member states strengthen their IP systems. This has been particularly important for developing countries looking to better understand and implement IP laws and regulations. Similarly, a UN-led data protection agency could provide capacity-building programs and technical assistance to bolster member states' data protection systems. This training would encompass understanding data protection laws, implementing cybersecurity measures, and best practices in data handling.

Effective dispute resolution mechanisms, such as WIPO's Arbitration and Mediation Center, are vital for maintaining a fair and predictable environment for IP rights holders. Similarly, establishing a mechanism for resolving cross-border data privacy disputes would be crucial. This dedicated body would offer efficient and impartial dispute resolution services to address conflicts related to data privacy.

Moreover, public awareness campaigns have been a hallmark of WIPO's efforts to educate the public about the importance of IP rights. These campaigns foster respect for IP rights and encourage innovation and creativity. Similarly, promoting public awareness about data protection rights and privacy would be paramount.

<sup>54</sup> BOYLE J. A manifesto on WIPO and the future of intellectual property. *Duke L. & Tech. Rev.*, 2004.

<sup>55</sup> BOYLE, J. A manifesto on WIPO and the future of intellectual property. *Duke L. & Tech. Rev.*, 2004.

<sup>56</sup> WIPO Convention. 1967. Available in: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>.

It would empower individuals to understand and assert their data protection rights, fostering a more privacy-conscious society.

The historical success of WIPO in the realm of intellectual property rights, shaped by international collaboration and harmonization of laws, provides valuable lessons for establishing common principles for data protection rights and regulating cross-border issues in data privacy. By leveraging these lessons, a UN-led data protection agency could pave the way for a more secure and harmonized data governance framework on a global scale, much like the achievements of WIPO in the field of intellectual property.<sup>57</sup>

## 6.2 Why WIPO's role model taken in the present case is based on following factors:

a. **Global Agreements:** WIPO has successfully negotiated and administered international treaties and agreements, such as the Paris Convention for the Protection of Industrial Property and the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. These agreements have set global standards for the protection of intellectual property.

b. **Promotion of Innovation:** WIPO's initiatives aim to balance the interests of creators and innovators with the broader goal of promoting innovation and creativity worldwide. This approach has been seen as a model for fostering innovation within a framework of legal protection.

c. **Capacity Building:** WIPO provides technical assistance and capacity-building programs to help countries, especially developing nations, establish and strengthen their intellectual property systems. This support enhances access to global markets and encourages innovation.

d. **Dispute Resolution:** WIPO's Arbitration and Mediation Center is a model for resolving intellectual property disputes through alternative dispute resolution mechanisms, offering an efficient and cost-effective means of settling conflicts.

While each UN organization has its unique role and contributions, WIPO's success in its specific field has

made it a role model for international cooperation in intellectual property rights and innovation.

## 7 Conclusion

### 7.1 Summarizing Key Findings and Insights

A. **Enhanced protection of individuals' privacy rights globally** Furthermore, the establishment of a United Nations Data Privacy Body aligned with WIPO would create an opportunity for enhanced protection of individuals' privacy rights on a global scale. Currently, there is a lack of a comprehensive international framework that adequately addresses privacy concerns in the digital age. As stated by Kuner, the existing patchwork of national legislations and regional agreements fails to effectively address the challenges posed by cross-border data flows and the increasing power of big tech corporations. Such a body would provide a much-needed platform for harmonizing privacy standards and facilitating international cooperation in this field.<sup>58</sup>

B. **Promotion of trust and confidence in the digital economy** the promotion of trust and confidence in the digital economy is a crucial aspect to consider, as it is directly linked to the success and growth of online industries. In this era of extensive data sharing and dependence on technology, individuals and businesses are increasingly concerned about the protection of their data and privacy. Establishing a specialized United Nations Data Privacy Body, in line with the World Intellectual Property Organization (WIPO), can address these concerns by providing a global framework and guidelines for data protection.<sup>59</sup>

C. **Facilitation of cross-border data flows** while ensuring privacy safeguards Furthermore, the establishment of a United Nations Data Privacy Body in line with the World Intellectual Property Organization

<sup>58</sup> KUNER, C. International Organizations and the EU general data protection regulation: exploring the interaction between EU law and international law. *International Organizations Law Review*, v. 16, n. 1, p. 158-191, 2019. Available in: <https://doi.org/10.1163/15723747-2019008>.

<sup>59</sup> A World That Counts: Mobilizing the Data Revolution for Sustainable Development, Report Prepared at the Request of the UN Secretary General by the Independent Expert Advisory Group on a Data Revolution for Sustainable Development, November, 2014.

<sup>57</sup> MOSSINGHOFF, G. J.; OMAN, R. The World Intellectual Property Organization: a United Nations success story. *World Affs*, 1997.

(WIPO) could effectively address the facilitation of cross-border data flows while maintaining privacy safeguards. The increasing globalization and digitalization of information have necessitated the need for harmonized international measures to ensure data protection.<sup>60</sup> This proposed body would serve as a global platform for countries to collaborate on developing standardized legal frameworks and practices for cross-border data transfers, striking a balance between data privacy concerns and the need for seamless data flow. The creation of a United Nations (UN) Data Privacy Body is crucial in addressing the challenges brought about by the increasing digitalization and global exchange of personal information. The World Intellectual Property Organization (WIPO) has played a central role in standardizing intellectual property rights at the international level. However, in the sphere of data privacy, there is a clear gap in international governance. Establishing a UN Data Privacy Body would fill this void by ensuring the protection of individuals' privacy rights in the digital age.<sup>61</sup>

## 7.2 Advocating for the UN's Role in International Data Governance

The establishment of a United Nations Data Privacy Body aligned with WIPO poses several challenges, but potential solutions can be identified. One challenge concerns the integration of diverse national laws and regulations, varying in scope and content, into a unified framework. However, this could be addressed through the adoption of a comparative approach, considering the best practices and principles from different jurisdictions.<sup>62</sup> Another challenge is the harmonization of international standards and norms, which may require extensive negotiations and consensus-building among member states. Nonetheless, with a commitment to multilateral cooperation, this challenge can be surmounted. Lastly, the implementation and enforcement of data privacy laws demand effective mechanisms for monitoring compliance and resolving disputes. Utilizing

innovative technologies, such as blockchain and artificial intelligence, can enhance transparency, accountability, and efficiency in this regard.<sup>63</sup>

## 8 Recommendations and Future Directions

### 1. Concrete Recommendations for UN Action

Balancing privacy rights with legitimate interests of businesses and governments. In the context of rapidly advancing technology and globalization, there is an increasing need to navigate the delicate balance between privacy rights and the legitimate interests of businesses and governments. While individuals have the right to protect their personal information, businesses and governments have valid reasons to collect and utilize this data for various purposes, such as national security and economic development. However, striking the right balance can be challenging, as it requires addressing the concerns of both individuals and the entities that rely on this data.

2. Addressing differing cultural and legal perspectives on data privacy

Ensuring data privacy in today's globalized world is complex due to the existence of differing cultural and legal perspectives. Different countries have varying regulations and cultural norms surrounding data privacy, which can create challenges when sharing and protecting personal information across borders. For instance, some countries emphasize individual privacy rights, while others prioritize national security or economic interests.

3. Addressing these differences requires a unified international approach.

The establishment of a United Nations Data Privacy Body aligned with the World Intellectual Property Organization (WIPO) would enable the creation of global standards and guidelines to harmonize and respect cul-

<sup>60</sup> MISHRA, Neha. Data localization laws in a digital world: data protection or data protectionism?. *The Public Sphere*, 2015.

<sup>61</sup> BYGRAVE, Lee A. Privacy protection in a global context—a comparative overview. *Scandinavian Studies in Law*, v. 47, p. 319-348, 2004.

<sup>62</sup> SULLIVAN, Clare. EU GDPR or APEC CBPR? a comparative analysis of the approach of the EU and APEC to cross border data transfers and protection of personal data in the IoT era. *Computer law & security review*, v. 35, n. 4, p. 380-397, 2019.

<sup>63</sup> BOSRI, Rabeya; RAHMAN, Mohammad Shahriar; BHUIYAN, Md Zakirul Alam; OMAR, Abdullah Al. Integrating blockchain with artificial intelligence for privacy-preserving recommender systems. *IEEE Transactions on Network Science and Engineering*, v. 8, n. 2, p. 1009-1018, 2020.

tural diversity while protecting individuals' data privacy rights.<sup>64</sup>

4. Establishing effective mechanisms for resolving disputes and enforcing regulations.

Dispute resolution and enforcement of regulations are crucial aspects in the establishment of an effective United Nations data privacy body. Ensuring that mechanisms are in place to address disputes promptly and efficiently is imperative to maintain accountability and transparency in data privacy matters. Additionally, the enforcement of regulations is vital to safeguard individuals' privacy rights and to hold organizations accountable for any violations. A dedicated dispute resolution mechanism could contribute to resolving conflicts between countries or between individuals and organizations, promoting a standardized and fair approach to resolving disputes. The establishment of a United Nations Data Privacy Body in line with the World Intellectual Property Organization (WIPO) is crucial in the digital age where personal information is increasingly vulnerable to misuse and exploitation. This body would serve as a global authority responsible for setting and implementing data privacy regulations, ensuring transparency, and safeguarding individuals' rights in the digital realm. By aligning with WIPO's principles, which have successfully regulated intellectual property on an international scale, this new body can effectively tackle the emerging challenges of data privacy in a globalized and interconnected world.

#### *The Road Ahead: Implementing the Proposed Agency*

In conclusion, the establishment of a dedicated United Nations Data Privacy Body aligned with the World Intellectual Property Organization (WIPO) is imperative to address the growing challenges of global data protection. The existing mechanisms within the UN framework, including the General Assembly and Human Rights Council, fall short in effectively coordinating and enforcing data privacy policies on an international scale. By incorporating the expertise and mandates of WIPO, this proposed body can harmonize data protection laws, facilitate international cooperation, and uphold the fundamental right to privacy in the digital age. A United Nations Data Privacy Body, similar to the World Intellectual Property Organization (WIPO), has the poten-

tial to significantly impact and benefit the protection of data privacy worldwide. Firstly, it could establish global data privacy standards and regulations, ensuring consistency across countries and bridging the gaps in existing legal frameworks. Additionally, this body could facilitate international cooperation and collaboration in addressing data privacy concerns, promoting harmonization, and fostering trust among nations. The presence of such a body could also enhance transparency, accountability, and enforcement mechanisms, ultimately leading to greater data protection and privacy for individuals and organizations.

## References

AARONSON, Susan Ariel. Data is different, and that's why the world needs a new approach to governing cross-border data flows. *Digital Policy, Regulation and Governance*, v. 21, n. 5, p. 441-460, 2019.

ABBOTT, Kenneth; DUNCAN, Hard Snidal. *Soft Law in International Governance*. International Organization, 2000.

ABOUELMEHDI, K.; BENI-HESSANE, A.; KHALOUFI, H. Big healthcare data: preserving security and privacy. *Journal of big data*, p. 1-8, 2018.

AUSLOOS, J. The 'right to be forgotten': worth remembering? *Computer law & security review*, v. 28, n. 2, p. 143-52, 2012.

A WORLD that counts: mobilizing the data revolution for sustainable development, report prepared at the request of the UN Secretary General by the Independent Expert Advisory Group on a data revolution for sustainable development. 2014.

BERGHEL, H. The equifax hack revisited and repurposed. *Computer*, v. 53, n. 5, p. 85, 2020.

BOSRI, Rabeya; RAHMAN, Mohammad Shahriar; BHUIYAN, Md Zakirul Alam; OMAR, Abdullah Al. Integrating blockchain with artificial intelligence for privacy-preserving recommender systems. *IEEE Transactions on Network Science and Engineering*, v. 8, n. 2, p. 1009-1018, 2020.

BOYLE, J. A manifesto on WIPO and the Future of Intellectual Property. *Duke L. & Tech. Rev.*, 2004.

<sup>64</sup> ABBOTT, Kenneth; DUNCAN, Hard Snidal. *Soft Law in International Governance*. International Organization, 2000. p. 421.

- BYGRAVE, Lee A. Privacy protection in a global context—a comparative overview. *Scandinavian Studies in Law*, v. 47, p. 319-348, 2004.
- CALZADA, I. Citizens data privacy in China: the state of the art of the Personal Information Protection Law (PIPL). *Smart Cities*, p. 1129-50, 2022.
- CASALINI, F.; GONZÁLEZ, J. L. *Trade and cross-border data flows*. 2019.
- COMPAGNUCCI, M. Corrales; ABOY, M.; MINSSEN, T. *Cross-border transfers of personal data after Schrems II: supplementary measures and new standard contractual clauses (SCCs)*. 2021.
- CONFESSORE, Nicholas. *Cambridge Analytica and Facebook: the scandal and the Fallout So Far*. 2018. Available in: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>.
- CORTEZ, E. K. (ed.). Data protection around the world: privacy laws in action. *Springer Nature*, 20 Nov. 2020.
- HERT, Paul de; PAPAKONSTANTINO, Vagelis. Three Scenarios for International Governance of Data Privacy: towards an International Data Privacy Organization, Preferably a UN Agency?. *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, p. 271, 2013.
- DIMITROVA, D. V.; MATTHES, J. Social media in political campaigning around the world: theoretical and methodological challenges. *Journalism & mass communication quarterly*, v. 95, n. 2, p. 333-42, June 2018.
- ESTADELLA-YUSTE, Olga. TransborderL data flows, and the sources of public international law. *North Carolina Journal of International Law*, v. 16, n. 2, 1991.
- EUROPEAN COMMISSION. *Data protection: European Commission adopts new adequacy decision for safe and trusted EU-US data flows*. 2023. Available in: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_3721](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3721).
- EUROPEAN COMMISSION. *Questions & answers: EU-US data privacy framework*. 2023. Available in: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda\\_23\\_3752](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_23_3752).
- EUROPEAN UNION. Court of Justice of the European Union. *Data protection commissioner v Facebook Ireland and Maximilian Schrems C-311/18*. 2020.
- EUROPEAN UNION. Department of Commerce and the European Commission, UK Government, and Swiss Federal Administration. *Privacy Shield Framework*. Available in: <https://www.privacyshield.gov/ps/eu-us-framework>.
- GREENLEAF, Graham. A world data privacy treaty? “globalization” and “modernization” of Council of Europe Convention 108. In: WITZLEB, N. et al. (ed.). *Emerging challenges in privacy law: comparative perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- GREENLEAF, Graham. Data protection in a globalized network. In: BROWN, I. (ed.). *Research handbook on governance of the internet*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.
- GREENLEAF, Graham. Global data privacy laws 2019: new eras for International Standards. *Privacy Laws & Business International Report*, p. 19-20, 2019. Available in: <https://ssrn.com/abstract=3384012>.
- HALLIDAY, Josh. Google faces new Street View data controversy. *The Guardian*, p. 379, 2012.
- HICKOK, Elonnai; KHARBANDA, Vipul. *An Analysis of the CLOUD Act and Implications for India*. 2018.
- HIROSE, M. Privacy in public spaces: the reasonable expectation of privacy against the dragnet use of facial recognition technology. *Conn. L. Rev*, 2016.
- KOFF, E. *NSW Accellion Data Breach*. 2020.
- KUNER, C. International Organizations and the EU general data protection regulation: exploring the interaction between EU Law and International Law. *International Organizations Law Review*, v. 16, n. 1, p. 158-191, 2019. Available in: <https://doi.org/10.1163/15723747-2019008>.
- MISHRA, Neha. Data localization laws in a digital world: data protection or data protectionism?. *The Public Sphere*, 2015.
- MOSSINGHOFF, G. J.; OMAN, R. The World Intellectual Property Organization: a United Nations success story. *World Affs*, 1997.
- MURTHY, M. S. Data protection law and policy in the USA: an overview. *Indian JL & Legal Research*, n. 3, 2022.
- PAGOROPOULOS, A.; PIGOSSO, D. C.; MCALLOONE, T. C. The emergent role of digital technologies in the Circular Economy: a review. *Procedia CIRP*, 2017.



- REZENDE, I. N. Facial recognition in police hands: assessing the 'Clearview case' from a European perspective. *New Journal of European Criminal Law*, p. 375-89, 2020.
- STAFF, Reuters. *Facebook loses Belgian privacy case, faces fine of up to \$125 million*. Available in: <https://www.reuters.com/article/us-facebook-belgium-idUSKCN1G01LG>.
- STREINZ, T. The evolution of European data law. In: CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de (ed.) *The Evolution of EU Law*'OUP. 3rd. ed. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- SULLIVAN, Clare. EU GDPR or APEC CBPR? A comparative analysis of the approach of the EU and APEC to cross border data transfers and protection of personal data in the IoT era. *Computer law & security review*, v. 35, n. 4, p. 380-397, 2019.
- SVANTESSON, D. Enforcing privacy across different jurisdictions. Enforcing privacy: regulatory, legal and technological approaches. *Springer*, p. 195-222, 2016. Available in: [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-25047-2\\_9](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-25047-2_9).
- TRACOL, Xavier. Schrems II: the return of the Privacy Shield. *Computer Law & Security Review*, v. 39, 2020.
- TYAGI, A. K.; REKHA, G.; SREENATH, N. Is your privacy safe with Aadhaar?: an open discussion'. *IEEE*, Solan, p. 318-323, 2018.
- UN GLOBAL PULSE. *UN global pulse principles on data protection and privacy*. Available in: <https://www.unglobalpulse.org/policy/ungp-principles-on-data-privacy-and-protection/>.
- UNITED NATIONS. System Chief Executives Board for Coordination. *International data governance: pathways to progress*. Available in: <https://unsceb.org/international-data-governance-pathways-progress>. Access on: May 2023.
- UNITED NATIONS. *Data strategy of the Secretary-General for action by everyone, everywhere with insight, impact, and integrity 2020-22*. 2020. Available in: [https://www.un.org/en/content/datastrategy/images/pdf/UN\\_SG\\_Data-Strategy.pdf](https://www.un.org/en/content/datastrategy/images/pdf/UN_SG_Data-Strategy.pdf).
- VOSS, W. Gregory. Cross-border data flows, the GDPR, and data governance. *Wash. Int'l LJ*, v. 29, p. 485, 2019.
- WHITLER, K. A.; FARRIS, P. W. The impact of cyber-attacks on brand image: why proactive marketing expertise is needed for managing data breaches. *Journal of Advertising Research*, v. 57, n. 1, p. 3-9, 2017.
- WIPO Convention. 1967. Available in: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>.
- YAKOVLEVA, Svetlana; IRION, Kristina. Pitching trade against privacy: reconciling EU governance of personal data flows with external trade. *International Data Privacy Law*, v. 10, n. 3, 2020.
- YILMA, Kinf. *Privacy and the role of international law in the digital age*. 2023.
- ZHAO, J; MORTIER, R; CROWCROFT, J; WANG, L. *Privacy-preserving machine learning based data analytics on edge*. 2018.
- ZHENG, G. Trilemma and tripartition: the regulatory paradigms of cross-border personal data transfer in the EU, the US and China. *Computer Law & Security Review*, 2021.
- ZHU, Y.; ZHONG, N.; XIONG, Y. Data explosion, data nature and dataology. *Springer Link*, p. 147-158, 2009.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**The art of legal warfare:** how to deprive the aggressor state of jurisdictional immunities. evidence from Ukraine

**A arte da guerra jurídica: como privar o Estado agressor de imunidades jurisdicionais. Evidências da Ucrânia**

Anatoliy Kostruba

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

# The art of legal warfare: how to deprive the aggressor state of jurisdictional immunities. evidence from Ukraine\*

## A arte da guerra jurídica: como privar o Estado agressor de imunidades jurisdicionais. Evidências da Ucrânia

Anatoliy Kostruba\*\*

### Abstract

States often refuse to enforce foreign court judgments relying on immunities guaranteed to each country by the UN Charter. However, when it comes to violations of jus cogens, a relevant question arises: can a state hide behind its own immunities, in the face of a blatant violation of international law? The question applies very well to the situation on the territory of Ukraine. The purpose of the article is to analyze the issue of sovereign immunities of states and current issues related to the deprivation of such immunities. In addition, the relevance of this issue on the example of the war in Ukraine will be examined. The four measures that the international community should take to punish the aggressor and prevent acts of aggression in the future, whether by Russia or any other state, will be suggested.

**Keywords:** Russia-Ukraine war; state sovereignty; state immunity; russian aggression; responsibility for violation of international law.

### Resumo

A questão da responsabilidade do Estado é relevante há muito tempo. Muitas vezes, os Estados recusam-se a executar decisões de tribunais estrangeiros com base nas suas imunidades garantidas a cada país pela Carta das Nações Unidas. No entanto, quando se trata de violações do jus cogens, surge uma questão relevante: pode um Estado esconder-se atrás das suas próprias imunidades face a uma violação flagrante do direito internacional e de violações dos direitos humanos? A questão da punição da Rússia pelos crimes cometidos no território da Ucrânia e pelas violações do direito internacional em geral é atualmente relevante. Além disso, a guerra na Ucrânia demonstrou a falta de funcionamento de muitas áreas do direito internacional. Assim, o mecanismo de punição da Rússia é importante não só para este caso específico, mas também para prevenir atos semelhantes no futuro. A pedido de 39 Estados-Membros, o Tribunal Penal Internacional lançou uma investigação sobre a guerra na Ucrânia. Outros tribunais também estão a considerar as queixas da Ucrânia na sequência da invasão russa. Neste artigo, o autor descreve a sua própria visão da razão pela qual as imunidades

\* Recebido em 29/03/2023  
Aprovado em 12/09/2023

\*\* Researcher at Research Institute Legal De La Sorbonne Andre Tunc, University Paris 1 Pantheon-Sorbonne (IRJS). PhD of Law at National Academy of Law Sciences of Ukraine. Email: anatoliy\_kostruba@pltch-sci.com

da Rússia não são absolutas e por que os tribunais nacionais deveriam negar imunidades à Rússia em pedidos de indenização por danos causados pela agressão armada na Ucrânia, incluindo a ocupação da Crimeia e do Donbass. O autor também se refere à jurisprudência de outros países e da Ucrânia para compreender as abordagens dos tribunais estrangeiros à questão das imunidades no contexto da agressão armada e para comparar as suas abordagens com os processos judiciais ucranianos. Por fim, o autor também propõe alterações à legislação ucraniana para recuperar de forma mais eficaz os danos causados pela Rússia. Além disso, o autor propõe quatro medidas que a comunidade internacional deve tomar para punir o agressor e prevenir atos de agressão no passado, seja por parte da Rússia ou de qualquer outro Estado. O objetivo do artigo é analisar a questão das imunidades soberanas dos Estados e questões atuais relacionadas à privação de tais imunidades. Além disso, o autor examina a relevância desta questão a partir do exemplo da guerra na Ucrânia. O artigo também pretende destacar as medidas que a Ucrânia e a comunidade internacional podem tomar para punir a Rússia pelos seus crimes e violações do direito internacional. O principal método científico utilizado pelo autor no estudo é o método de análise e síntese. O autor utilizou este método para analisar a prática existente no direito internacional, a fim de compreender o papel das imunidades estatais nas relações internacionais. Este método também foi utilizado para encontrar formas de resolver o problema de responsabilizar a Rússia por um ato de agressão e violação do jus cogens.

**Palavras chave:** guerra entre a Rússia e a Ucrânia, soberania do Estado, imunidade do Estado, agressão russa, responsabilidade pela violação do direito internacional.

## 1 Introduction

The issue of state immunity in international law has been relevant for many years because the conceptions of the rule of law vary in different sovereign states from ancient times. The general rule of state immunity is that equal to equal has no power or jurisdiction. That is, State A cannot judge State B without its consent. With the development of trade activities between states, a more limited approach to state immunity has been established: acts of a sovereign nature (*acta jure imperii*)

and acts of a commercial nature (*acta jure gestionis*) are distinguished. Immunity does not apply to the latter, since it is believed that in such cases the state does not fulfill its sovereign functions, but rather acts as a private person<sup>1</sup>.

However, at some point, theories began to emerge that it was necessary to distinguish between the activities of the state as a holder of sovereign power and those cases when it acts as a private person, i.e. within the framework of private law. The latter actions were judged in accordance with the law of the place of the court deciding the case, and thus the state's immunity ceased to be absolute. The principle of state immunity emerged as a customary norm in international law. Gradually, it began to be implemented in court practice, international treaties and domestic legislation. Opinions on the method of legal regulation of state immunity are varied<sup>2</sup>.

The principle of non-subordination of one sovereign state to the legislation of another or the removal of a state and its organs from the jurisdiction of another state originated in embassy law and has become generally recognized today. Legislation and doctrine have always tried to define its essence and codify the rules on immunity in separate general (universal) conventions<sup>3</sup>. However, it should be emphasized that unlawful acts prohibited by international law (in particular, issues of aggression, war crimes, crimes against humanity and genocide) do not fall under the category of commercial acts. And in general, the use of armed forces is an act of a sovereign state, which, as a general rule, is subject to immunity.

With the outbreak of a full-scale war in Ukraine in February 2022, the Ukrainian authorities have been actively pursuing the issue of bringing Russia to justice. Russia has so far violated all ten principles of international law that must be inviolable. It has also committed a huge number of crimes against Ukraine and

<sup>1</sup> HRYSHKO, V. Compensation for human rights violations and state immunity: will ukrainian courts be able to judge Russia? *Dejure Foundation*, 2023. Available at: <https://dejure.foundation/tpost/vmnoy46hu1-vdshkoduvannya-shkodi-za-porushennya-pra>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>2</sup> VEDKAL, V. State immunity, its types and concepts of realization. *Legal Scientific Electronic Journal*, v. 9, p. 296-298, 2021.

<sup>3</sup> SARDAK, S.; BRITCHENKO, I.; VAZOV, R.; KRUPSKYI, O. P. Life cycle: formation, structure, management. *Ikonomicheski Izsledvannia*, v. 30 n. 6, p. 126-142, 2021.

Ukrainians<sup>4</sup>. Taking this into account, Ukraine is developing options for bringing Russia to justice. However, it should be taken into account that state immunities stand in the way of bringing the aggressor countries to justice. One of the main obstacles to lawsuits against Russia for compensation for damage caused by armed aggression in Ukraine is that under customary international law, any state and its property are protected by immunity from the jurisdiction of foreign courts and immunity from the enforcement of judgments. Simply put, when Ukrainians file lawsuits against Russia in the national courts of Ukraine or other states, Russia will claim that foreign courts have no jurisdiction to hear such claims because it has absolute immunity, even if the actions of that country's army in Ukraine are unlawful.

The same response will be expected when Ukrainians try to seize Russia's foreign property and force the sale of such property in Ukraine or other countries to enforce court decisions against Russia. Russia will argue that its property is protected by absolute immunity from execution and cannot be seized or sold without Russia's consent.

However, can the aggressor country really use such justifications for its actions? In this article, the peculiarities of the State's immunity, its problematic issues will be identified, and means to bring the aggressor to justice will be determined. In addition, the relevance of this issue is significant. After all, bringing Russia to justice will be an important factor for the development of international law in general. Firstly, it will be an incredibly important precedent for bringing to justice any country that will commit violations of international law in the future. That is, international law will have a sanction and the possibility of real responsibility for violations. This leads to the second reason: the creation and practical implementation of this mechanism will be an important deterrent to aggression by other countries and will create real protection against violations of international law. States will realize that they will be held accountable for their actions under the existing procedure, which has already been implemented in Russia. Finally, it will provide Ukraine with the opportunity to partially begin

to rebuild the destroyed cities, provide assistance to the victims, and restore its economy. Thus, the issue is extremely relevant for both Ukraine and the world.

## 2 Materials and methods

The main method used for the study is the analysis and synthesis method. Its application provided reliable results in many areas of research. This method includes a set of techniques, operations and actions to separate objects into components, elements, properties (analysis) and combine them into a single whole (synthesis) in the course of solving a cognitive task. First of all, this method was applied when analyzing the existing practice in international law in order to understand the role of State immunities in international relations<sup>5</sup>. In addition, the method of analysis is used to describe the general features of immunities in international law and the problems that arise in the context of their application. This method was used by the author when reviewing the case law on immunities. Among other things, this method was used to find ways to solve the problem of bringing Russia to justice for an act of aggression and violation of jus cogens.

The historical method of research permitted to study the issues of formation of the State's immunities and analysis of certain international legal acts adopted in the last century. This method is based on the study of the emergence, formation and development of objects in chronological order. The use of the historical method allows for an in-depth understanding of the essence of the problem and makes it possible to formulate more reasonable recommendations for a new object. This method in combination with the analysis made it possible the author to generate a hypothesis that the current concept of state immunities was outdated and needed to be revised and updated. In addition, the author used the historical method to analyze the historical retrospective of the trials that were held. The historical analysis of the tribunals is very important in terms of analyzing their impact on the future trial against Russian war criminals. The principles and procedures that

<sup>4</sup> OSIEJEWICZ, J.; SHAPOVALOVA, O. V.; IVANII, O. M.; KOLYSHKIN, O. V.; GVOZDETSKA, S. V. Poland: national regulation on processing data for scientific research purposes and biobanking activities. *Global Biosecurity*, v. 5 n. 1, 2023. DOI: <https://doi.org/10.31646/gbio.214>.

<sup>5</sup> BRITCHENKO, I.; SAVCHENKO, L.; NAIDA, I.; TREGUBOV, O. Areas and means of formation of transport regional complexes and mechanisms for managing their competitiveness in Ukraine. *Ikonomicheski Izhledvania*, v. 29 n. 3, p. 61-82, 2020.

were laid down in the implementation of those trials of war criminals could be used in the future. In combination with modern legal methods, an effective system of justice and punishment of Russia war criminals in the International Court of Justice can be created.

The formal legal method was also used. This method involves the study of legal facts and legal texts, their interpretation in a logical sequence using special legal terms and constructions. This method is the basis for the study of international legal acts regulating state immunities. It was also used to analyze the drafts and plans created by Ukraine to punish war crimes. In addition, the formal legal method was used to analyze international law and national legislation in terms of recognizing Russia as a threat to Europe and recognizing it as a terrorist state.

The systemic approach is a branch of research methodology that consists in studying an object as an integral set of elements in a set of relations and connections between them, i.e., considering the object as a model of a system. This method was mainly used in systematizing the information received and identifying steps to punish Russia. This method was used to describe the model of deprivation of immunities for violation of *jus cogens*. The systematic method was also used to describe the steps that should be taken by the international community and Ukraine to punish the aggressor and compensate for the damage. In addition, these steps are important in preventing acts of aggression in the future. It is the scientific achievements using the systematic method that are mainly reflected in the conclusions to the article<sup>6</sup>.

## 3 Results

### 3.1 Theoretical and legal approaches to understanding sovereign immunities

First of all, we note that the term immunity in Latin means exemption from something. State immunity in its broadest application is the principle that a state or its bodies cannot be sued in a foreign court without

its consent. Sovereign immunities are the removal of a foreign state and its property from the jurisdiction of a national court. This means that it is impossible to file a lawsuit against a foreign state, apply interim measures to such a state and its property, or foreclose on its funds and property<sup>7</sup>. In international law, this principle is formulated as *par in parem non habet imperium* that means equal has no power over equal.

Article 2 of the Charter of the United Nations, 1945 states that ...the Organization is founded on the principle of sovereign equality of all its Members...<sup>8</sup>. The essence of immunities is disclosed in the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 1970. According to the Declaration, the concept of sovereign equality, in particular, includes the following elements a) states are legally equal; b) each state enjoys the rights inherent in full sovereignty; c) each state is obliged to respect the legal personality of other states; d) the territorial integrity and political independence of a state are inviolable; e) each state has the right to freely choose its political, social and cultural systems; f) each state is obliged to fulfill its international obligations in full and in good faith and to live in peace with other states<sup>9</sup>.

The issue of state immunities is partially regulated in the following acts: Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961<sup>10</sup>; Vienna Convention on Consular Relations, 1963<sup>11</sup>; Convention on Special Missions 1969<sup>12</sup>; Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a

<sup>7</sup> SUPREME COURT. Topical issues of limiting the judicial immunity of the aggressor state: the practice of the Supreme Court. The principle of state immunity from the jurisdiction of any foreign state. *Liga 360*, 10 Oct. 2022. Available at: <https://ips.ligazakon.net/document/VSS00962>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>8</sup> UNITED NATIONS. *Charter of The United Nations*. 1945. Available at: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/chapter-1>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>9</sup> UNITED NATIONS. *Declaration on principles of international law concerning friendly relations and cooperation among states in accordance with the Charter of the United Nations*. 1971. Available at: <https://digitalibrary.un.org/record/202170>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>10</sup> UNITED NATIONS. *Vienna convention on diplomatic relations*. 1961. Available at: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_1\\_1961.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>11</sup> UNITED NATIONS. *Vienna convention on consular relations*. 1963. Available at: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_2\\_1963.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>12</sup> UNITED NATIONS. *Convention on special missions*. 2005. Available at: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_3\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_3_1969.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>6</sup> OSIEJEWICZ, J. Judicial review of EU legislation as an instrument to ensure consistency of national and EU Law. *Ius Gentium*, v. 61, p. 361–375, 2017.

Universal Character, 1975<sup>13</sup>. These agreements regulate many issues related to the representation of states in international communication, in particular, the use of immunity from civil jurisdiction by a diplomatic agent, except for the filing of claims in equity with respect to private real property located in the territory of the host state, unless the agent has immunity on behalf of the accrediting state for the purpose of representation; inheritance claims, if the agent is to be an executor of a will, take care of inherited property, an heir or a disclaimer as a private person and not on behalf of the accrediting state.

Trade agreements may also provide for provisions on consent to the jurisdiction of the courts of the contracting state in a certain category of cases. Such rules are usually formulated in annexes to treaties on the legal status of trade missions in that state. Ukraine's international treaties may also contain jurisdictional provisions. International conventions, legislation, practice and doctrine of states define such concepts as the essence and types of immunity in different ways. Immunity differs from non-subordination to the laws of another state. As noted above, state immunity can be understood as the exemption of a state and its bodies from the jurisdiction of another state. In the theory and practice of states, several types of immunity are distinguished: judicial; from preliminary injunctive relief; from enforcement of a court decision; property (property).

Judicial immunity means that a state is not subject to the jurisdiction of the courts of another state without its consent. The reasons for prosecution are irrelevant. As a rule, states cannot be sued in foreign courts unless they have voluntarily submitted themselves to the jurisdiction of foreign courts. This applies to claims brought directly against foreign states and indirect claims, such as claims in rem against a vessel owned by a foreign state<sup>14, 15</sup>.

<sup>13</sup> UNITED NATIONS. *Vienna convention on the representation of states in their relations with international organizations of a universal character*. 1975. Available at: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5\\_1\\_1975.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf). Access on: 23 feb. 2023.

<sup>14</sup> STOLL, P. T. State Immunity. *Oxford Public International Law*, Apr. 2011. Available at: <https://opil.oup.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1106>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>15</sup> LEVCHENKO, I.; LOSONCZI, P.; BRITCHENKO, I.; VAZOV, R.; ZAIATS, O.; VOLODAVCHYK, V.; HUMENIUK, I.; SHUMILO, O. Development of a method for targeted financing of economy sectors through capital investment in the innovative development. *Eastern-European Journal of Enterprise Technologies*, v. 5,

Immunity from preliminary injunctive relief means that no coercive measures may be taken against a state's property without the consent of the state. Immunity from enforcement means that without the consent of the state, no enforcement of a judgment rendered against it by a court of another state can be carried out.

Along with the above, a more general concept is used - property immunity. The question of this type of immunity may arise, for example, in connection with a particular case in court. The application of immunity does not mean denial of justice. A lawsuit against a state may be filed in the courts of the same state. And in the courts of another state - only with its explicit or tacit consent. There are different ways to express consent. First, through authorized persons. Secondly, such consent may be expressed by states on a mutual and voluntary basis in a customary or conventional rule of public international law, in particular, in a multilateral or bilateral trade agreement, etc. An example of conventional norms on immunity from jurisdiction is the European (Basel) Convention on Immunity of States, 1972 (currently ratified by only 8 countries). The Convention distinguishes between public law and private law actions of the state. It contains a list of cases in which the state does not enjoy immunity (disputes over labor contracts, protection of trademark patents, real estate, compensation for damage, etc.) Immunity does not apply to contracts that must be enforced in the country of the court hearing the case; to the enforcement of commercial, financial, and professional agreements. Immunity is not recognized if the state has a commercial establishment in the country of the court considering the case. However, the immunity will be preserved if at least one of the following conditions is met: the other party to the dispute is also a state; the parties have specifically agreed in writing to recognize immunity; the non-commercial agreement was concluded in the territory of a foreign state and is subject to its administrative law<sup>16</sup>.

It is worth noting that the application of immunity does not equal denial of justice<sup>17</sup>. A lawsuit against a

p. 6-13, 2021. DOI: 10.15587/1729-4061.2021.243235.

<sup>16</sup> COUNCIL OF EUROPE. *European convention on the immunity of states*. 1972. Available at: <https://rm.coe.int/16800730b1>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>17</sup> TSYPKO, V.; ALIEKSIEIEVA, K. I.; VENGER, I. A.; TAVOLZHANSKYI, O. V.; GALUNETS, N. I.; KLYUCHNIK, A. V. Information policy of the enterprise as the basis for the reproduction of human potential in the structure of public social interaction. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, v. 10 n. 6, p. 1664-

state may be brought in the courts of that state, and in the courts of another state - only with its tacit or explicit consent. There are the following ways of expressing consent:

a) through authorized persons;

b) consent can be expressed by states on a mutual and voluntary basis in a customary or conventional rule of international law, for example, in a multilateral or bilateral treaty on trade relations, etc;

c) the consent may be expressed in a written contract, i.e., a document signed by individuals or legal entities or concluded by means of an exchange of letters, messages by teletype, telegraph or other electronic communication devices that guarantee the fixation of the contract, or by means of an exchange of a statement of claim and a statement of defense, in which one party declares the existence of an agreement and the other party does not raise any objections to it;

d) if there is no such consent, the contracting party may apply to its state for its entry into diplomatic relations with another state<sup>18</sup>.

In state practice, there is no unified approach to determining the scope of such immunities: both absolute jurisdictional immunities, such as those introduced in Ukraine, and limited (functional) immunities of foreign states are applied. Limited immunity means that in the case of private law transactions, labor disputes and tort liability for damage caused in the territory of the forum state (primarily road accidents), a foreign state cannot avoid liability and the national court has the right to hear the case with its participation. In other cases, when the state acts as a sovereign and exercises its sovereign powers, the national court is not entitled to exercise jurisdiction over it.

The choice of this or that model of sovereign immunities is a rather sensitive political decision, since the principle of reciprocity in international relations has not been canceled. Therefore, states that are actively and directly involved in foreign economic activity, as was the case in the former USSR and the countries of the socialist camp, are usually adherents of absolute immunities. Ukraine, by the way, inherited this approach from the USSR. Limited immunities, in turn, were chosen

by developed countries in response to the active direct involvement of states in international trade, a process that became quite widespread after World War II not only thanks to the countries of the socialist camp, but primarily to new countries that emerged in the process of decolonization<sup>19</sup>. The following legal documents are based on the theory of functional (limited) immunity: Foreign Sovereign Immunities Act<sup>20</sup> (USA, 1976), State Immunity Act<sup>21</sup> (United Kingdom, 1978), State Immunity Act<sup>22</sup> (Singapore, 1979), State Immunity Ordinance<sup>23</sup> (Pakistan, 1981), Foreign State Immunities<sup>24</sup> (South Africa, 1981), State Immunity Act<sup>25</sup> (Canada, 1985), Foreign States Immunities Act<sup>26</sup> (Australia, 1985). The theory of limited immunity is applied in practice by the courts of Austria, France, Italy, Switzerland, Belgium, Greece, Denmark, Norway, and Finland.

Thus, the immunity of states is based on their legal equality and sovereignty. Although states do not yet have a unified concept of its implementation in international legal relations, most of the world's leading countries adhere to the theory of limited immunity<sup>27</sup>. While preserving the principle of sovereign equality of states, it distinguishes between their public law and private law actions and helps to prevent inequality in legal relations,

<sup>19</sup> VODIANNIKOV, O. Aggressive immunities and the immune aggressor: between the legislator and the judge. *LB*, 26 Aug. 2022. Available at: [https://lb.ua/blog/oleksandr\\_vodennikov/527485\\_agresivni\\_imuniteti\\_i\\_imunnyi.html](https://lb.ua/blog/oleksandr_vodennikov/527485_agresivni_imuniteti_i_imunnyi.html). Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>20</sup> UNITED STATES. *Foreign sovereign immunities act*. 2023. Available at: <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/international-judicial-asst/Service-of-Process/Foreign-Sovereign-Immunities-Act.html>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>21</sup> UNITED KINGDOM. *State immunity act of 1978*. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>22</sup> SINGAPORE. *State immunity act of 1979*. Available at: <https://sso.agc.gov.sg/Act/SIA1979>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>23</sup> PAKISTAN. *State immunity ordinance of 1981*. Available at: <https://pakistancode.gov.pk/pdf/files/administratore76fcf01a8103c67d-13c638ef9545317.pdf>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>24</sup> SOUTH AFRICA. *Foreign state immunities of 1981*. Available at: [https://www.gov.za/sites/default/files/gcis\\_document/201503/act-87-1981.pdf](https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201503/act-87-1981.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>25</sup> CANADA. *State immunity act of 1985*. Available at: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/s-18/FullText.html>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>26</sup> AUSTRALIA. *Foreign states immunities act of 1985*. Available at: <https://www.legislation.gov.au/Series/C2004A03235>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>27</sup> BONDARENKO, S.; LIGANENKO, I.; KALAMAN, O.; NIEKRASOVA, L. Comparison of methods for determining the competitiveness of enterprises to determine market strategy. *International Journal of Civil Engineering and Technology*, v. 9, n. 13, p. 890-898, 2018.

1672, 2019.

<sup>18</sup> KULCHIY, O.; LIAKHIVNENKO, S. *Private International Law*. Poltava: PUEI, 2016.



for example, between the state and a private contractor. This theory is better suited to modern realities, and thus it is likely that most countries, including Ukraine, will soon join it.

### 3.2 State immunities: judicial practice

Since the issue of state immunities and state responsibility is highly topical, it is not surprising that it has been considered in court practice. As far back as 1928, the Permanent Court of International Justice (the predecessor of the International Court of Justice) in the *Chorzów Factory case (Merits)* stated: “It is a principle of international law, even a general understanding of the law, that any breach of an obligation entails an obligation of reparation... Reparation is an integral component of a breach of a convention and there is no need for it to be expressly stated in the convention text”<sup>28</sup>. By denying sovereign immunities to the aggressor state, the court will apply such an integral component of an international legal obligation as compensation for the damage caused by the violation and restoration of the legal situation that existed before the violation of the international law. And the overall purpose of such a countermeasure should be to protect the effectiveness of the peremptory norm on the prohibition of the use of force or threat of force enshrined in Article 2(4) of the UN Charter<sup>29</sup>.

However, the practice of national courts is quite interesting. One of the most famous examples is a series of lawsuits filed by Italians against Germany for compensation for damage caused by Nazi Germany during World War II. Initially, the Italian courts of first instance dismissed them, citing Germany’s judicial immunity. Until in 2004, the Court of Cassation, reviewing one of the cases, ruled that Germany does not have immunity when it comes to international crimes. This became a precedent that other Italian plaintiffs began to refer to en masse<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Chorzów Factory Case (merits)*. 1928. Available at: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-factory-at-chorzow-merits-judgment-thursday-13th-september-1928>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>29</sup> A SPECIAL tribunal for the leadership of the russian federation: kuleba names five key parameters. *Analytical portal “Word and Action”*, 14 July 2022. Available at: <https://www.slovoidilo.ua/2022/07/14/novyna/pravo/specztrybunal-kerivnyctva-rf-kuleba-nazvav-pyat-osnovnyx-parametriv>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>30</sup> TERZIEVA, V. State immunity and victims rights to access to

Based on this, Germany filed a case with the International Court of Justice in 2012<sup>31</sup>. The detailed circumstances of this case will be discussed in the next section of the article. However, it should be noted that the ICJ ruled that Italy and Italian courts had violated Germany’s jurisdictional immunity. The Italian government and parliament agreed and passed a law recognizing Germany’s immunity<sup>32</sup>. However, the Italian Constitutional Court ruled that such an execution of the decision did not comply with the Italian Constitution, as it would deny the right to access to justice, and therefore denied the aggressor state immunity, explaining that it was protecting the right of Italians to a fair trial<sup>33</sup>.

Another example is the Greek case of *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany No. 137/1997*, in which the Greek courts denied Germany immunity for claims for damages caused by the actions of the Third Reich in Greece during World War II, in particular, the killing of civilians and destruction of property in the territory of the Prefecture of Voiotia in southern Greece. The Greek courts, among other things, explained their decision by reasoning that although immunity from jurisdiction is a sovereign right of Germany, it should not be abused by Germany<sup>34</sup>.

It should be understood that the courts of Italy and Greece were not the only ones to challenge the immunity of the state when considering serious human rights violations. A number of court decisions in the United States have been made regarding human rights violations by state sponsors of terrorism. This became possible due to the application of the terrorism exception under the Foreign Sovereign Immunities Act (the same exception is available in Canadian law). In addition, as

court, reparation, and the truth. *International Criminal Law Review*, v. 22, n. 4, p. 780-804, 2022.

<sup>31</sup> CRAWFORD, J. Will Russia’s leaders be brought to justice for Ukraine War Crimes? *SWI*, 10 Mar. 2022. Available at: <https://www.swissinfo.ch/eng/politics/will-russia-s-leaders-be-brought-to-justice-for-ukraine-war-crimes--/47416668>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>32</sup> SUPREME COURT AREIOS PAGOS. *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany n. 137/1997*, 4 May 2000. Available at: <https://www.internationalcrimesdatabase.org/case/3247>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>33</sup> THE CONSTITUTIONAL COURT. *Judgment n. 238*, 2014. Available at: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/S238\\_2013\\_en.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>34</sup> SUPREME COURT AREIOS PAGOS. *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany n. 137/1997*, 4 May 2000. Available at: <https://www.internationalcrimesdatabase.org/case/3247>. Access on: 23 Feb. 2023.

early as 1992, the District Court of the District of Columbia in *Prinz v. Federal Republic of Germany* noted that immunity could not be applied to a lawsuit against Germany by a Holocaust survivor who had been a concentration camp survivor, because such acts were barbaric and violated fundamental human rights. Although this conclusion was later overturned on appeal, the reasoning of the first instance court itself demonstrates the controversy of applying immunities to cases involving serious human rights violations<sup>35</sup>.

In January 2021, the Central District Court in Seoul, South Korea, ordered the Japanese government to compensate 12 South Korean victims for sexual slavery committed by members of the Japanese Army during World War II (the Comfort Women case). The court noted that the doctrine of state immunity is not permanent or static, and it was not created to allow states that have violated peremptory norms and caused serious harm to individuals of other states to evade reparations and compensation<sup>36</sup>.

In September 2021, the Brazilian Supreme Court ruled that a state's jurisdictional immunity ceases to function if it commits illegal acts related to human rights violations. The case concerned compensation to the relatives of 10 deceased sailors of the *Changri-La*, which was sunk by a German submarine near Rio de Janeiro in 1943. The court concluded that unlawful acts committed by foreign states in violation of human rights do not enjoy immunity from jurisdiction. It is noteworthy that the Brazilian court referred, in particular, to the decision of the Seoul Court<sup>37</sup>. The Federal Supreme Court of Brazil was the first and only court to recognize that the application of state immunity in such circumstances was incompatible with the right of victims to truth so far<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> UNITED STATES DISTRICT COURT. District of Columbia. *Prinz v. Federal Republic of Germany*, 23 Dec. 1992. Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/813/22/1807808/>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>36</sup> SOUTH KOREA. Seoul Central District Court. *Joint Case n. 2016/505092*, 2021. Available at: <http://lbox.kr/detail/%EC%84%9C%EC%9A%B8%EC%A4%91%EC%95%99%EC%A7%80%EB%B0%A9%EB%B2%95%EC%9B%90/2016%EA%B0%80%ED%95%A9505092>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>37</sup> BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo 954.858*. Rio de Janeiro, 23 Aug. 2021. Available at: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347973404&text=.pdf>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>38</sup> TERZIEVA, V. State immunity and victims rights to access to court, reparation, and the truth. *International Criminal Law Review*, v. 22, n. 4, p. 780-804, 2022.

Finally, the practice of the Supreme Court of Ukraine is worth noting. In April and May 2022, the Supreme Court issued two interesting and important decisions. In its ruling of April 14, 2022 in case No. 308/9708/19, the Court stated that in cases of compensation for damage caused to an individual, his or her property, health, life as a result of Russia's armed aggression, the foreign defendant state does not enjoy judicial immunity against the consideration of such cases by the courts of Ukraine. The second important aspect of this position of the Court, by which it overturned the previous practice, is that since 2014, there is no need to send requests to the Russian Embassy in Ukraine for Russia's consent to be a defendant in cases of compensation for damage in connection with the Russian Federation's armed aggression against Ukraine and its disregard for the sovereignty and territorial integrity of the Ukrainian state. And starting from February 24, 2022, such a request is also impossible due to the severance of diplomatic relations between Ukraine and Russia<sup>39</sup>.

On May 18, 2022, the Supreme Court of Ukraine adopted Resolution No. 760/17232/20 in the case on jurisdictional immunities, where it set out the rationale for denying immunities in a more structured manner. According to this position, the Court denied Russia's jurisdictional immunity because: upholding Russia's jurisdictional immunity would deprive the plaintiff of effective access to court, which is incompatible with the provisions of paragraph 1 of Art. 6 of the ECHR; the judicial immunity of the Russian Federation does not apply in view of customary international law codified in the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2004; maintaining Russia's immunity is incompatible with Ukraine's international legal obligations in the field of counter-terrorism; Russia's judicial immunity is not applicable in view of the violation of Ukraine's state sovereignty by this country, and therefore is not an exercise by Russia of its sovereign rights protected by judicial immunity. Based on the foregoing, the Supreme Court concluded that Russia has no right to further invoke its judicial immunity, thereby denying the jurisdiction of Ukrainian

<sup>39</sup> UKRAINE. The Supreme Court of Ukraine. *Resolution n. 308/9708/19, 14 Apr. 2022*. Available at: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1270169/>. Access on: 23 Feb. 2023.

courts to consider and resolve cases on compensation for damage caused by such acts of aggression<sup>40</sup>.

Thus, the case law of Ukrainian courts has recognized the absence of Russia's immunities for crimes committed as a result of armed aggression on the territory of Ukraine and the legitimacy of bringing them to justice. In addition, in general, the case law reviewed above shows that the approach of inviolability of state immunities is outdated and requires revision and updating in light of the current situation.

### 3.3 Ukraine's actions to deprive the aggressor country of its immunities

From the very beginning of Russia's aggression, Ukraine launched a powerful offensive on the legal front. This includes proceedings before the International Court of Justice and the European Court of Human Rights, cooperation with the International Criminal Court, appeals to the OSCE Moscow Mechanism, and consultations on the establishment of a special criminal tribunal for crimes committed on the territory of Ukraine. Having analyzed the situation in the international community, we note that many countries have imposed a record number of sanctions in the first days of the war, including the "blocking" of a significant number of assets belonging to the aggressor state, including the assets of the Central Bank of Russia, as well as the assets and property of Russian oligarchs, corporations, and banks. General estimates of the size of such assets vary. However, the blocked reserves of the Central Bank alone amount to \$415 billion<sup>41</sup>. However, the blocking of assets does not mean their automatic transfer to Ukraine.

The National Council for the Recovery of Ukraine from the Consequences of the War, established by the President of Ukraine in April 2022, presented a Recovery Plan for Ukraine. Among many points, the Plan addresses the lack of a national and international mechanism for compensation for damage caused by

Russia's aggression<sup>42</sup>. To do this, it is proposed to: introduce national legislation to limit the sovereign immunity of foreign states, which will be consistent with the international law of important jurisdictions; create an international compensation mechanism based on a multilateral treaty that will ensure the confiscation of Russian assets of Russians/other designated categories of persons in order to redirect them to compensate for the damage caused to Ukraine.

In order to recover compensation from Russia for the damage caused, it is necessary to overcome both immunities: jurisdictional and enforcement. This is a difficult but achievable task. Such practice also exists.<sup>43</sup> Courts in Italy, Greece, and South Korea have already denied immunity to aggressor states: Germany and Japan. The courts of these countries motivated their decisions, among other things, by the fact that states cannot abuse sovereign rights and that recognizing immunity would lead to injustice and denial of justice. Ukraine has already followed this path in its lawsuits against the aggressor Russia. Most of the decisions to deny sovereign immunity to the aggressor state (Russia) have been made by Ukrainian courts. So far, in at least 83 decisions and rulings on claims against Russia for compensation for damage from armed aggression in Ukraine, Ukrainian courts have seized Russian property and denied it immunity.

It should be noted that neither the law of important jurisdictions nor general international law contains exceptions to the abolition of sovereign immunities of states in cases of damage caused on the territory of another state by the armed forces and other organs of the state during an armed conflict. The International Court of Justice also believes that states enjoy sovereign immunities in cases of damage caused during an armed conflict. Here is a brief summary of the case. In 2008, Germany filed a lawsuit against Italy, demanding that the Court recognize that Italy did not respect the jurisdictional immunity that Germany enjoys under international law. This arose as a result of Italy's allowing civil claims against Germany to be brought in Italian courts

<sup>40</sup> UKRAINE. The Supreme Court of Ukraine. *Resolution n. 760/17232/20, 18 May 2022*. Available at: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1282788/>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>41</sup> VODIANNIKOV, O. The art of legal warfare: how to deprive the aggressor state of jurisdictional immunities. *LB*, 26 Aug. 2022. Available at: [https://lb.ua/blog/oleksandr\\_vodennikov/523500\\_mistetstvo\\_yuridichnoi\\_viyini\\_yak.html](https://lb.ua/blog/oleksandr_vodennikov/523500_mistetstvo_yuridichnoi_viyini_yak.html). Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>42</sup> A PLAN for the recovery of Ukraine. *Ukraine Recovery Conference, 2022*. Available at: <https://ua.urc2022.com/plan-vidnovlennya-ukrayini>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>43</sup> BAZALUK, O.; YATSENKO, O.; ZAKHARCHUK, O.; OVCHARENKO, A.; KHRYSTENKO, O.; NITSENKO, V. Dynamic development of the global organic food market and opportunities for Ukraine. *Sustainability*, Switzerland, v. 12, n. 17, 2020. DOI: 10.3390/SU12176963.

to compensate for damage caused by violations of international humanitarian law committed during World War II. In its 2012 judgment in the case of jurisdictional immunities of a state (*Germany v. Italy*), the International Court of Justice recognized that customary international law continues to require that a state be granted immunity in the case of torts allegedly committed in the territory of another state by the armed forces and other organs of the state during an armed conflict. The Court also noted that, assuming that the rules of the law of armed conflict prohibiting murder, deportation and slave labor were *ius cogens*, there was no conflict between these rules and the rules on state immunity. The two sets of rules dealt with different issues. The rules of state immunity were limited to determining whether the courts of one state could exercise jurisdiction over another state. They did not address the question of whether the conduct in question was lawful or unlawful<sup>44</sup>. Despite this practice, it cannot be argued that its revision is impossible. In addition, the court should also take into account new circumstances that have arisen in connection with the current conflict. For example, the case between Germany and Italy concerned a conflict that took place before the creation of the UN and the adoption of almost all current international law. The current conflict has different features. In addition, the approaches of states to this issue have changed. In the end, international law simply needs new, bolder and tougher actions to make the international law system work. Thus, we believe that in the context of stripping Russia of its immunities, the judgment in *Germany v. Italy* as the only correct option. New measures should be taken to abolish state immunity in violation of *ius cogens*.

In addition, from a legal point of view, Ukraine is currently in a state of individual self-defense within the meaning of Article 51 of the UN Charter. The right of a state to individual self-defense is recognized by the same Article 51 of the UN Charter as an inalienable right of every state. Therefore, it recognizes the right of a state that has become a victim of the use of force (and in our case, internationally wrongful aggression) to take all lawful measures for self-defense, including derogation from international legal norms and obligations (except for peremptory norms). Such derogation is le-

gitimate during the entire period of individual self-defense<sup>45</sup>. These rules were codified in the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of 2001, approved by the UN General Assembly<sup>46</sup>. In other words, Article 51 of the UN Charter is the basis for derogation from the international legal obligations of the state vis-à-vis the aggressor state, as well as for the application of countermeasures in response.

The application of Article 51 of the UN Charter in judicial practice should eliminate the problem of retroactive effect of legislative restrictions on sovereign immunities, as the courts will apply the rule that already exists at the time of the damage caused by the aggression against Ukraine. This approach also gives the Ukrainian court the right not to apply the rule on absolute immunity provided for in Article 79 of the Law of Ukraine On Private International Law<sup>47</sup>, which has not been repealed and remains in force, but to apply the rule of higher legal force - the provisions of the UN Charter, i.e. an international treaty<sup>47</sup>.

The state can and should assist Ukrainian citizens and businesses affected by the armed aggression in obtaining compensation from Russia in court. For this purpose, a law should be adopted that would deprive Russia of immunities for claims related to armed aggression. In addition, it is advisable for Ukraine to introduce new mechanisms at the legislative level to help plaintiffs more effectively seek compensation from Russia in court. Ukrainian procedural law should provide for the right of courts to order the seizure of Russian property around the world.

This is, of course, not a complete list of legislative changes that the Ukrainian legal system needs to effectively prosecute Russia. But it is very important that allied states change their legislation at the same time.

It is worth noting that war crimes and crimes against humanity have no statute of limitations, and the pro-

<sup>45</sup> UNITED NATIONS. *Declaration on principles of international law concerning friendly relations and cooperation among states in accordance with the Charter of the United Nations*. 1971. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/202170>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>46</sup> UNITED NATIONS. *Responsibility of states for internationally wrongful acts*. 2001. Available at: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>47</sup> UKRAINE. *Law "On Private International Law"*, Document n. 2709-IV, 2005. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>44</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional immunities of the state: Germany v. Italy; Greece intervening*, 2012. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/143>. Access on: 23 Feb. 2023.

cess of prosecuting crimes committed during the war in Ukraine is likely to take years. Any efforts to prosecute and conduct trials will require sustained political will and financial resources for many years to come. States should increase their financial support to the International Criminal Court in all areas to enable it to be as effective as possible<sup>48</sup>.

It should be emphasized that the decisions of the International Criminal Court against Russia are important for the whole world. J. Goldston, Executive Director of the Open Society Justice Initiative, expressed an interesting opinion on this issue, emphasizing that the hasty prosecution of egregious war crimes in Ukraine and the crime of aggression may make it difficult for states to ignore calls for accountability the next time a powerful actor like Russia crosses international rules. The international community's response to the atrocities in Ukraine should include not only the means to ensure justice in this case, but also a renewed commitment to the values and mechanisms of international justice that are reliable, fair, and serve those affected by crimes wherever they occur<sup>49</sup>. So, let us emphasize once again that Ukraine's victory and the punishment of the Russian Federation is important for the entire international community. We believe that a qualitatively new stage in the development of international law has now begun, which should create a solid foundation for the peaceful existence of countries, put an end to acts of aggression, and finally create a mechanism of sanctions for states that violate international law.

## 4 Discussion

In general, among scientific studies, there are certain scientific works relating to the issue of state immunities, which the author relied on in his own analysis. For example, the general theoretical issues of state immunities are considered in the work of the Ukrainian scholar V. Vedkal. His article describes the essence and

peculiarities of the principle of state immunity, which is universally recognized. The researcher relies on the dispositive nature of its character and the existence of the right to use it. At the same time, the researcher refers to the retrospective of the emergence of state immunity and the way it has evolved from a customary norm to a recognized principle. V. Vedkal examines the peculiarities of the application of the types of immunity: judicial immunity, state immunity from preliminary injunctive relief, state immunity from enforcement of decisions and state property immunity, as well as their characteristic features. The Ukrainian researcher also analyzes two main approaches to the application of state immunity: absolute immunity, based on the sovereign equality of states; functional immunity (limited), in which the state, acting as a sovereign, always enjoys immunity. The theoretical approaches to the description of immunities and the conclusions drawn by V. Vedkal in the article, were also used by the author of this article when writing it<sup>50</sup>.

The issue of judicial practice in the context of state immunities was revealed in the work of the researcher from the Netherlands V. Terzieva. In her article, the author thoroughly reviewed several court cases concerning the issue of state immunities. Based on her analysis, she concluded that "foreign states do not enjoy jurisdictional immunity for claims based on violations of international jus cogens law committed on the territory of the forum state". In the article, she examines the readiness of the international community to adopt a new approach to state immunities, which has replaced the outdated understanding of state responsibility. The author examines whether such a potential exception has any basis in the previous case law on the application of the rule to claims arising from acts that can be qualified as international crimes in the forum state. International courts have not specifically addressed the question of whether the rule of state immunity applies to acts that can be characterized as jus cogens violations or international crimes committed within the territorial state, unless there were alternative mechanisms for the victims to exercise their right of access to a court. Recognition by the responsible state of an individual right to claim compensation for serious violations of international law during armed conflict could provide victims with reparation in the form of satisfaction. The conclusions of V. Terzieva suggest that it is high time for states to

<sup>48</sup> BRITCHENKO, I.; SAVCHENKO, L.; NAIDA, I.; TREGUBOV, O. Areas and means of formation of transport regional complexes and mechanisms for managing their competitiveness in Ukraine. *Ikonomicheski Izhledvania*, v. 29, n. 3, p. 61-82, 2020.

<sup>49</sup> GOLDSTON, J. How to hold Russia accountable for war crimes in Ukraine. *Open Society Foundation*, July 2022. Available at: <https://www.opensocietyfoundations.org/explainers/how-to-hold-russia-accountable-for-war-crimes-in-ukraine>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>50</sup> VEDKAL, V. State immunity, its types and concepts of realization. *Legal Scientific Electronic Journal*, v. 9, p. 296-298, 2021.

agree on new approaches to understanding immunities and sanctions for state violations of key norms of international law<sup>51</sup>.

In this context, it is worth noting another Ukrainian author, O. Marchenko. The main idea of his work points to the imperfection of the procedure for the enforcement of decisions of international judicial institutions. He describes interesting thoughts on the existing judicial practice and options for a possible solution to the situation based on the existing practice of different states. He also provides some suggestions for possible punishment of Russia<sup>52</sup>.

The issue of bringing Russia to justice has also been addressed in the works of several scholars. For example, we can take into account the scientific works of the Ukrainian researcher O. Vodiannikov. He has written several scientific papers in which he has raised topical issues of state immunities and their application in the context of punishing Russia. The author of this article also cites some excerpts from his work. O. Vodiannikov emphasizes that the cost of war for the Ukrainian economy, infrastructure and population is growing every day. He emphasizes that the existing mechanisms are imperfect, and many of the ideas voiced by officials have no procedural justification. Thus, the international community will have to take additional measures to bring Russia to criminal responsibility, impose economic sanctions, and collect reparations. To achieve this, the existing issue of state immunities must first be reconsidered. We also emphasizes that there is no uniform approach in the practice of states to determining the scope of such immunities. In addition, he outlines the shortcomings of current proposals to bring the aggressor to justice. For example, O. Vodiannikov notes that the proposal to limit immunity in accordance with the international law of important jurisdictions is reasonable and long overdue for the reform of Ukrainian legislation. However, it is helpless for the purposes of holding the aggressor liable for the damage caused in a Ukrainian court. In general, the scholar provides a signi-

ficant number of good ideas and comments, which the author of this article also draws attention to<sup>53</sup>.

Another work that reveals the peculiarities of Russian responsibility is the work of the English author J. Crawford. She also emphasizes the need for a judicial procedure to bring Russia to justice, in particular through the International Criminal Court. She emphasizes that there is hundreds of evidence of Russia's crimes against humanity, human rights violations, use of prohibited weapons, etc. With this in mind, J. Crawford emphasizes that despite Russia's open statements about not recognizing court cases against it and condoning international law, it will still have to answer to the International Criminal Court<sup>54</sup>.

Nevertheless, despite the fact that this issue has been partially addressed in academic research, it is very relevant in the current circumstances. The issue of state responsibility has many problematic aspects that have remained unresolved for a long time, and the war in Ukraine has clearly proved this. This necessitates the creation of specific measures to bring Russia to justice and prevent similar situations in the past. Moreover, preventive and deterrent measures will apply not only to Russia, but also to other countries that dare to violate international law.

First of all, it is worth noting that the violations committed by Russia are not just certain shortcomings in its activities as a party to certain private law agreements. This is a huge disrespect for international law in general and a violation of all the basic *jus cogens* and *erga omnes*. Therefore, we will consider the deprivation of immunities and prosecution of the state in the context of violation of *jus cogens*.

Therefore, we believe that in order to create an effective mechanism to counter violations of international law and punish violations of fundamental norms, we need to be guided by four components: international non-recognition; demilitarization; criminal punishment; and economic compensation.

<sup>51</sup> TERZIEVA, V. State immunity and victims rights to access to court, reparation, and the truth. *International Criminal Law Review*, v. 22, n. 4, p. 780-804, 2022.

<sup>52</sup> MARCHENKO, O. An Aggressor with undermined immunity: how courts direct Russia's money to compensate for war losses. *Yevropeiska Pravda*, 8 June 2022. Available at: <https://www.eurointegration.com.ua/articles/2022/06/8/7140806/>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>53</sup> VODIANNIKOV, O. The art of legal warfare: how to deprive the aggressor state of jurisdictional immunities. *LB*, 26 Aug. 2022. Available at: [https://lb.ua/blog/oleksandr\\_vodennikov/523500\\_mistetstvo\\_yuridichnoi\\_viyeni\\_yak.html](https://lb.ua/blog/oleksandr_vodennikov/523500_mistetstvo_yuridichnoi_viyeni_yak.html). Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>54</sup> CRAWFORD, J. Will Russia's leaders be brought to justice for Ukraine War Crimes? *SWI*, 10 Mar. 2022. Available at: <https://www.swissinfo.ch/eng/politics/will-russia-s-leaders-be-brought-to-justice-for-ukraine-war-crimes--/47416668>. Access on: 23 Feb. 2023.

With regard to international non-recognition, everything is more or less clear. It may include: economic sanctions; refusal to cooperate; prohibition of participation in any economic, political, cultural, sports international events; severance of diplomatic relations; termination of trade relations; termination of logistics and supply; prohibition of entry into the territory of other states; termination of residence permits and visas, etc. In the modern world of globalization, it is very important for a state to be able to exist under conditions of complete total blockade. However, there is always an open question about some countries that, despite being blocked by the whole world, continue to cooperate with the aggressor. In this case, such countries should be subject to similar punishment.

In addition, speaking about the actions of the international community, we should not miss the moment of countering force with another force. Any military invasions and acts of aggression should be immediately punished with similar collective forceful responses. Only then can there be an effective deterrent.

The second component identified by the author is demilitarization. Violating states must be fully demilitarized. If a country has violated international law in the context of the use of force and has endangered the territorial integrity and sovereignty of another state, it must definitely be demilitarized. This is necessary in order to prevent any acts of aggression on its part in the future, including any revanchism. The absence of punishment for crimes leads to the fact that such a country feels impunity. It may be willing to repeat it in the future if it has the military power and potential to do so. With this in mind, the aggressor state must be demilitarized. In order to take appropriate action, all states must express unity.

In order for militarization measures to be applied in practice, there must be a court decision. The existing UN court is not suitable for this, as its competence extends only to states that have given their consent. Therefore, an ad hoc tribunal should be created within the framework of this process, which would have the authority to issue orders for the demilitarization of the aggressor. In addition, along with the tribunal, a body should be established to implement the measures and to monitor that the state against which the measures were taken does not build up new military capabilities.

In our opinion, a big problem is the lack of a mechanism to influence the offending state, which is a permanent member of the UN Security Council and has the right to veto. Current events in Ukraine have shown that the system of international law must be completely revised. A mechanism of effective deterrence and punishment must be created.

The third component is criminal penalties. Persons guilty of executing criminal orders, violating the laws and customs of war, violating human rights, etc. must be punished. History already knows about war crimes tribunals. Among the most famous tribunals is the Nuremberg Tribunal. It was the first and worked from November 1945 to October 1946. This international process set a precedent for the international legal competence of humanity over the criminal regime of a single country. It was a trial of a criminal regime, not of a country and its people.

The Nuremberg Tribunal tried criminals from European countries, so the International Tribunal for the Far East was created for criminals from Japan. Also worth mentioning is the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, established by a UN Security Council resolution in 1993. It investigated war crimes during the wars in the former Yugoslav republics in 1991-2001. Similar independent civilian tribunals have been established: The 1973 Tribunal for Latin America; the 1974-1976 Tribunal for Chile (held in Rome); the 2001 Tribunal for Human Rights Violations in the Field of Psychiatry (held in Berlin); the 2004 Tribunal for Iraq (held in Brussels); the 2009-2012 Tribunal for Palestine (held in Barcelona, London, Cape Town, and New York)<sup>55</sup>. Therefore, there is already a precedent in international law for holding criminals accountable for their crimes. Thus, there is no need to create a separate procedure when establishing the Tribunal for Russian criminals. It is known and tested in practice.

An international tribunal is a court of universal jurisdiction operating under international law, which is constantly changing and improving during the course of such a tribunal. An international tribunal is created to assess the situation of war according to specially de-

<sup>55</sup> LATYSHEVA, O.; ROVENSKA, V.; SMYRNOVA, I.; NITSENKO, V.; BALEZENTIS, T.; STREIMIKIENE, D. Management of the sustainable development of machine-building enterprises: a sustainable development space approach. *Journal of Enterprise Information Management*, v. 34, n. 1, p. 328-342, 2020. DOI: 10.1108/JEIM-12-2019-0419.

veloped principles, rules and procedures, which then become precedents. Despite all the criticism of international tribunals, their most important function is not to punish those responsible for mass crimes, but to self-evaluate the bestial nature of humanity, which sometimes wakes up and leads to the loss of humanity. That is why Ukraine, when promoting the idea of an international tribunal for Russia, should proceed from the principles of international tribunals formulated by Ukrainian philosopher Datsiuk<sup>56</sup>.

It is worth noting that some states and international organizations have already called for the establishment of tribunals for Russia. The idea of a tribunal was proposed by the Council of Europe to investigate and prosecute the crime of aggression committed by the political and military leadership of the Russian Federation. According to the Council of Europe's proposal, the tribunal should also have the power to issue international arrest warrants and not be limited by state immunity or the immunity of heads of state and government and other public officials<sup>57</sup>. In November 2022, the NATO Parliamentary Assembly recognized the Russian Federation as a terrorist state and called on the international community to take collective action to establish an international tribunal to prosecute the crime of aggression committed by Russia during its war against Ukraine<sup>58</sup>. At the same time, the European Commission stated that the EU would work to establish a special criminal tribunal to investigate and prosecute the crime of Russian aggression, and the European Parliament called Russia a terrorist state<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> DATSIUK, O. International tribunals as tools of humanity. *Ukrainska Pravda*, 31 July 2015. Available at: <https://blogs.pravda.com.ua/authors/datsuk/55bb216c36b7e/>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>57</sup> COUNCIL OF EUROPE. Pace calls for an ad hoc international criminal tribunal to hold to account perpetrators of the crime of aggression against Ukraine. *Council of Europe*, 28 Apr. 2022. Available at: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/pace-calls-for-an-ad-hoc-international-criminal-tribunal-to-investigate-war-crimes-in-ukraine>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>58</sup> NATO PARLIAMENRARY ASSEMBLY. *NATO post-madrid summit*: fit for purpose in the new strategic era: resolution 479. 22 Nov. 2022. Available at: <https://www.nato-pa.int/download-file?filename=/sites/default/files/2022-11/RESOLUTION%20479%20-%20%20NATO%20POST%20MADRID%20.pdf>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>59</sup> FIEDLER, T. EU proposes setting up specialized court to try Russian war crimes, *Politico*, 30 Nov. 2022. Available at: <https://www.politico.eu/article/eu-ursula-von-der-leyen-propose-set-up-court-russia-war-crime-ukraine/>. Access on: 23 Feb. 2023.

In addition, the following countries have already supported the idea of establishing a tribunal for Russia: Canada, the United Kingdom, Estonia, Turkey, Poland, Latvia, Greece, Lithuania, France, the Netherlands, the Czech Republic, Italy, and Germany.

According to the Minister of Foreign Affairs of Ukraine D. Kuleba, Ukraine proposes to base the future special tribunal on five main parameters:

a) The special tribunal will be based on the rules and approaches applied by the International Criminal Court and set forth in its Rome Statute. It will investigate and prosecute crimes of aggression against Ukraine committed on its territory, as defined in Article 8 bis of the Rome Statute.

b) The Special Tribunal's jurisdiction will cover all events since February 2014, the beginning of Russia's armed aggression against Ukraine.

c) The Special Tribunal will have jurisdiction over individuals who exercise effective control over or directly direct the political or military actions of the state.

d) The official status of the defendant, such as the status of the head of state or the official status of another official, will not exempt such a person from individual criminal liability or mitigate the punishment.

e) The special tribunal will consider only crimes of aggression against Ukraine and will be established as an international criminal ad hoc tribunal<sup>60</sup>.

Ukraine has already had court verdicts against Russian war criminals. For example, in May 2022, the Solomianskyi Court of Kyiv sentenced a Russian soldier who killed an elderly civilian man in Sumy region in February 2022. Also in January 2023, the Chernihiv District Court handed down a 12-year sentence to three Russian soldiers who tortured and killed civilians in the village of Yahidne, Chernihiv region. Trials of other war criminals are ongoing.

Thus, the author believes that a tribunal and criminal punishment is an integral part that should be applied to all those involved in the Russian aggression in Ukraine. It is also extremely important not only to punish the

<sup>60</sup> A SPECIAL tribunal for the leadership of the russian federation: kuleba names five key parameters. *Analytical portal "Word and Action"*, 14 July 2022. Available at: <https://www.slovoidilo.ua/2022/07/14/novyna/pravo/specztrybunal-kerivnycztva-rf-kuleba-nazvav-pyat-osnovnyx-parametriv>. Access on: 23 Feb. 2023.



criminals. It is also important to show all countries that crimes and acts of aggression, as well as violations of international law and human rights, will be punished. This will be an important deterrent for countries in the future.

The fourth component is economic compensation. Before we get to it, it is worth paying attention to the unprecedented actions that took place in the United States. U.S. President Joe Biden in late 2022 signed a law allowing the U.S. Department of Justice to transfer some forfeited assets to the State Department to aid Ukraine. On 02 February 2023 a U.S. court ordered the forfeiture of 5.4 million dollars belonging to sanctioned Russian businessman Konstantin Malofeev. The ruling by District Court Judge Paul Gardef in federal court in Manhattan was the first order to confiscate the Russian oligarch's assets since the Justice Department created a KleptoCapture interagency task force in 2022 to enforce sanctions imposed by the United States and its allies in response to Russia's invasion of Ukraine.

Malofeev, who denies funding the separatists, was placed under Washington sanctions the same year and charged with violating them in 2022. Late last year, prosecutors said in court that they had the right to confiscate the money in Malofeev's account at Sunflower Bank in Denver because he tried to transfer it to a business partner in violation of US sanctions. Since the oligarch did not challenge the confiscation request, prosecutors said that the funds should be confiscated by default, and the court approved the decision. The court's decision opens the way for the possible use of confiscated funds to rebuild war-torn Ukraine<sup>61</sup>.

This is a specific practical case. Thus, on the one hand, the seizure of a particular person's assets from the Russian Federation may at first glance appear to be a violation of his or her rights. However, if we consider this issue in detail, based in particular on the case law of the ECHR, we can state that a restriction on certain human freedoms are permissible if their implementation poses a risk to other people, violates their safety, threatens national security and territorial integrity, etc.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> COHEN, L. Russian oligarch ordered to forfeit \$5.4 mln to U.S.: Ukraine may get funds. *Reuters*, 2 Feb. 2023. Available at: <https://www.reuters.com/world/europe/russian-oligarch-ordered-forfeit-54-mln-us-ukraine-may-get-funds-2023-02-02/>. Access on: 23 Feb. 2023.

<sup>62</sup> OSIEJEWICZ, J. Judicial review of EU legislation as an instrument to ensure consistency of national and EU Law. *Ius Gentium*, v.

From this perspective, we can see that the confiscation of assets of a person who actively supports a criminal regime that violates jus cogens, any norms of international law and commits outright crimes against humanity can be considered legitimate. Moreover, this court verdict is a precedent that will allow the assets of other participants who support the aggressor country or participate in violations of international law to be confiscated in the same way. Money, property and other assets may be confiscated in similar procedures in different countries. A similar procedure can be applied to state assets and assets of legal entities from Russia associated with the criminal regime and violation of international law. Thus, persons who openly supported the violation of international law should be punished accordingly, including economic punishment. Based on all of the above, we believe that the confiscation of assets in this case is justified and lawful.

In other words, in order to confiscate and transfer assets to Ukraine, it is necessary to:

- a) The state in which the financial assets (money, real estate, property, etc.) are located adopts a law that allows the competent authority of that state to confiscate the assets and transfer them to Ukraine. Such a transfer can be made either by creating a separate body or by direct coordination between the competent authority of that state and Ukraine.
- b) The prosecutor's office or other authorized investigative authorities shall conduct an investigation to identify such assets and establish the facts of the violation.
- c) Based on the investigation materials, the court of the state issues a verdict on the confiscation of assets and their transfer to Ukraine.

This procedure may be applied in the future. The transfer of assets to Ukraine will set a precedent and help harmonize all legal and procedural issues. In the future, the same procedure can be applied to any aggressor state.

There is only one issue that remains open - the immunity of the state when it comes to state assets. In order to finally overcome the unresolved approaches to state immunities in the context of violation of jus cogens, we believe that it is necessary to resolve this

61, p. 361–375, 2017.

issue at the international level. For example, by adopting a UN General Assembly Resolution. If we refer to the provisions of paragraph 2 of Article 11 of the UN Charter, the UN General Assembly is authorized to adopt resolutions on general principles of cooperation in the maintenance of international peace and security submitted to it by any UN Member State or the UN Security Council or by a non-member state<sup>63</sup>. Thus, at the level of the UN General Assembly, it is possible to adopt a resolution on the revocation of any immunities of a state that has committed acts of aggression and violated fundamental norms of international law. Thus, we believe that the current approach to immunity is outdated and does not meet the requirements of the present. The international community should revoke the immunities of any state that has clearly violated jus cogens and collectively take practical steps to prevent such actions by any state. The problem of the absence of a sanctions mechanism in international law clearly demonstrates the imperfection of the system, which must be corrected.

## 5 Conclusion

Thus, it should be noted that the consequence of sovereign immunities is the removal of a foreign state and its property from the jurisdiction of a national court. This means that it is impossible to file a lawsuit against a foreign state, apply interim measures to such a state and its property, or foreclose on its funds and property. This is a state right guaranteed by the UN Charter and a number of international treaties. In the practice of states, there is no single approach to determining the scope of such immunities: both absolute jurisdictional immunities, such as those introduced in Ukraine, and limited (functional) immunities of foreign states are applied.

Despite the fact that the practice of international courts tells us that state immunities are inviolable, the practice of national courts of individual states shows a completely different picture. We believe that this practice of states is evidence that the issue of state immu-

nities and the impossibility of limiting them should be reconsidered.

The current situation is the beginning of a new stage in the development of international law. It proves once again that the policy of appeasement of the aggressor has never been effective. The Second World War showed us this. This is also demonstrated by Russian aggression. Therefore, in order to prevent such a situation from happening again in the future, states, led by Ukraine, must create an effective mechanism for depriving the aggressor state of its immunities. In addition, Russia should be held accountable for its crimes and a mechanism should be created to bring any offending state to justice in the future. In addition, the existence of a mechanism of specific sanctions for violations of international jus cogens law will be a significant deterrent and prevent such crimes from happening again in the future.

In order to punish Russia for its acts of aggression, the international community needs to take the following measures: international non-recognition; demilitarization; criminal punishment; economic compensation.

The analysis shows that the issue of bringing the aggressor country to justice is not limited to Russia and Ukraine. The problem lies much deeper. Russia's aggression against another sovereign state is only an identifier that has revealed a long-standing problem. This problem lies in the improper use of state immunities, the lack of mechanisms for punishing violations of fundamental international legal norms, and the absence of procedural aspects of compensation for economic damage. Therefore, the conclusions drawn by the author in this article can serve not only to punish Russia and compensate for certain losses to Ukraine, but also to further develop a mechanism of punishment for violations of international law. An effective sanctions mechanism has long been lacking in international law.

Returning to the issue of legislative restriction of the sovereign immunity of foreign states, it should be recognized that such a restriction is long overdue. Its introduction is actually dictated not so much by the war as by the introduction of Council of Europe standards and, globally, by the harmonization of Ukraine's legal order with the main approaches of the legal orders of our allies in this war. Unfortunately, the legislator has wasted time to properly and effectively introduce countermeasures in the form of depriving the aggressor sta-

<sup>63</sup> UNITED NATIONS. *Declaration on principles of international law concerning friendly relations and cooperation among states in accordance with the Charter of the United Nations*. 1971. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/202170>. Access on: 23 Feb. 2023.

te of its sovereign immunities. This can be remedied by the courts by applying Article 51 of the UN Charter as a basis for refusing to recognize the aggressor's immunities in respect of any damage caused during the aggression against Ukraine.

## References

- A PLAN for the recovery of Ukraine. *Ukraine Recovery Conference*, 2022. Available at: <https://ua.urc2022.com/plan-vidnovlennya-ukrayini>. Access on: 23 Feb. 2023.
- A SPECIAL tribunal for the leadership of the russian federation: kuleba names five key parameters. *Analytical portal "Word and Action"*, 14 July 2022. Available at: <https://www.slovoidilo.ua/2022/07/14/novyna/pravo/specztrybunal-kerivnyctva-rf-kuleba-nazvav-pyat-osnovnyx-parametriv>. Access on: 23 Feb. 2023.
- AUSTRALIA. *Foreign states immunities act of 1985*. Available at: <https://www.legislation.gov.au/Series/C2004A03235>. Access on: 23 Feb. 2023.
- BAZALUK, O.; YATSENKO, O.; ZAKHARCHUK, O.; OVCHARENKO, A.; KHRYSTENKO, O.; NITSENKO, V. Dynamic development of the global organic food market and opportunities for ukraine. *Sustainability*, Switzerland, v. 12, n. 17, 2020. DOI: 10.3390/SU12176963.
- BONDARENKO, S.; LIGANENKO, I.; KALAMAN, O.; NIEKRASOVA, L. Comparison of methods for determining the competitiveness of enterprises to determine market strategy. *International Journal of Civil Engineering and Technology*, v. 9, n. 13, p. 890-898, 2018.
- BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo 954.858*. Rio de Janeiro, 23 Aug. 2021. Available at: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347973404&ext=.pdf>. Access on: 23 Feb. 2023.
- BRITCHENKO, I.; SAVCHENKO, L.; NAIDA, I.; TREGUBOV, O. Areas and means of formation of transport regional complexes and mechanisms for managing their competitiveness in Ukraine. *Ikonomicheski Izsledvania*, v. 29, n. 3, p. 61-82, 2020.
- CANADA. *State immunity act of 1985*. Available at: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/s-18/FullText.html>. Access on: 23 Feb. 2023.
- COHEN, L. Russian oligarch ordered to forfeit \$5.4 mln to U.S.: Ukraine may get funds. *Reuters*, 2 Feb. 2023. Available at: <https://www.reuters.com/world/europe/russian-oligarch-ordered-forfeit-54-mln-us-ukraine-may-get-funds-2023-02-02/>. Access on: 23 Feb. 2023.
- COUNCIL OF EUROPE. *European convention on the immunity of states*. 1972. Available at: <https://rm.coe.int/16800730b1>. Access on: 23 Feb. 2023.
- COUNCIL OF EUROPE. Pace calls for an ad hoc international criminal tribunal to hold to account perpetrators of the crime of aggression against Ukraine. *Council of Europe*, 28 Apr. 2022. Available at: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/pace-calls-for-an-ad-hoc-international-criminal-tribunal-to-investigate-war-crimes-in-ukraine>. Access on: 23 Feb. 2023.
- CRAWFORD, J. Will Russia's leaders be brought to justice for Ukraine War Crimes? *SWI*, 10 Mar. 2022. Available at: <https://www.swissinfo.ch/eng/politics/will-russia-s-leaders-be-brought-to-justice-for-ukraine-war-crimes-/47416668>. Access on: 23 Feb. 2023.
- DATSIUK, O. International tribunals as tools of humanity. *Ukrainska Pravda*, 31 July 2015. Available at: <https://blogs.pravda.com.ua/authors/datsuk/55bb216c36b7e/>. Access on: 23 Feb. 2023.
- FIEDLER, T. EU proposes setting up specialized court to try Russian war crimes, *Politico*, 30 Nov. 2022. Available at: <https://www.politico.eu/article/eu-ursula-vonder-leyen-propose-set-up-court-russia-war-crime-ukraine/>. Access on: 23 Feb. 2023.
- GOLDSTON, J. How to hold Russia accountable for war crimes in Ukraine. *Open Society Foundation*, July 2022. Available at: <https://www.opensocietyfoundations.org/explainers/how-to-hold-russia-accountable-for-war-crimes-in-ukraine>. Access on: 23 Feb. 2023.
- HRYSHKO, V. Compensation for human rights violations and state immunity: will ukrainian courts be able to judge Russia? *Dejure Foundation*, 2023. Available at: <https://dejure.foundation/tpost/vmnoy46hu1vdshkoduvannya-shkodi-za-porushennya-pra>. Access on: 23 Feb. 2023.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Chorzów Factory Case (merits)*. 1928. Available at: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-factory-at-chorzow-merits-judgment-thursday-13th-september-1928>. Access on: 23 Feb. 2023.

- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Jurisdictional immunities of the state: Germany v. Italy: greece intervening*. 2012. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/143>. Access on: 23 Feb. 2023.
- KULCHIIY, O.; LIAKHIVNENKO, S. *Private International Law*. Poltava: PUET, 2016.
- LATYSHEVA, O.; ROVENSKA, V.; SMYRNOVA, I.; NITSENKO, V.; BALEZENTIS, T.; STREIMIKIENE, D. Management of the sustainable development of machine-building enterprises: a sustainable development space approach. *Journal of Enterprise Information Management*, v. 34, n. 1, p. 328-342, 2020. DOI: 10.1108/JEIM-12-2019-0419.
- LEVCHENKO, I.; LOSONCZI, P.; BRITCHENKO, I.; VAZOV, R.; ZAIATS, O.; VOLODAVCHYK, V.; HUMENIUK, I.; SHUMILO, O. Development of a method for targeted financing of economy sectors through capital investment in the innovative development. *Eastern-European Journal of Enterprise Technologies*, v. 5, p. 6-13, 2021. DOI: 10.15587/1729-4061.2021.243235.
- MARCHENKO, O. An Aggressor with undermined immunity: how courts direct Russia's money to compensate for war losses. *Yevropeiska Pravda*, 8 June 2022. Available at: <https://www.euointegration.com.ua/articles/2022/06/8/7140806/>. Access on: 23 Feb. 2023.
- NATO PARLIAMENRARY ASSEMBLY. *NATO post-madrid summit: fit for purpose in the new strategic era: resolution 479*. 22 Nov. 2022. Available at: <https://www.nato-pa.int/download-file?filename=/sites/default/files/2022-11/RESOLUTION%20479%20-%20%20NATO%20POST%20MADRID%20.pdf>. Access on: 23 Feb. 2023.
- OSIEJEWICZ, J. Judicial review of EU legislation as an instrument to ensure consistency of national and EU Law. *Ius Gentium*, v. 61, p. 361-375, 2017.
- OSIEJEWICZ, J.; SHAPOVALOVA, O. V.; IVANII, O. M.; KOLYSHKIN, O. V.; GVOZDETSKA, S. V. Poland: national regulation on processing data for scientific research purposes and biobanking activities. *Global Biosecurity*, v. 5, n. 1, 2023. DOI: <https://doi.org/10.31646/gbio.214>.
- PAKISTAN. *State immunity ordinance of 1981*. Available at: <https://pakistancode.gov.pk/pdf/files/administratore76fcf01a8103c67d13c638ef9545317.pdf>. Access on: 23 Feb. 2023.
- SARDAK, S.; BRITCHENKO, I.; VAZOV, R.; KRUPSKYI, O. P. Life cycle: formation, structure, management. *Ikonomicheski Izsledvania*, v. 30, n. 6, p. 126-142, 2021.
- SINGAPORE. *State immunity act of 1979*. Available at: <https://sso.agc.gov.sg/Act/SIA1979>. Access on: 23 Feb. 2023.
- SOUTH AFRICA. *Foreign state immunities of 1981*. Available at: [https://www.gov.za/sites/default/files/gcis\\_document/201503/act-87-1981.pdf](https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201503/act-87-1981.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.
- SOUTH KOREA. Seoul Central District Court. *Joint Case n. 2016/505092, 2021*. Available at: <http://lbox.kr/detail/%EC%84%9C%EC%9A%B8%EC%A4%91%EC%95%99%EC%A7%80%EB%B0%A9%EB%B2%95%EC%9B%90/2016%EA%B0%80%ED%95%A9505092>. Access on: 23 Feb. 2023.
- STOLL, P. T. State Immunity. *Oxford Public International Law*, Apr. 2011. Available at: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1106>. Access on: 23 Feb. 2023.
- SUPREME COURT AREIOS PAGOS. *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany n. 137/1997, 4 May 2000*. Available at: <https://www.internationalcrimesdatabase.org/case/3247>. Access on: 23 Feb. 2023.
- SUPREME COURT. Topical issues of limiting the judicial immunity of the aggressor state: the practice of the Supreme Court. The principle of state immunity from the jurisdiction of any foreign state. *Liga 360*, 10 Oct. 2022. [Available at: <https://ips.ligazakon.net/document/VSS00962>. Access on: 23 Feb. 2023.
- TERZIEVA, V. State immunity and victims rights to access to court, reparation, and the truth. *International Criminal Law Review*, v. 22, n. 4, p. 780-804, 2022.
- THE CONSTITUTIONAL COURT. *Judgment n. 238, 2014*. Available at: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/S238\\_2013\\_en.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.
- TSYPKO, V.; ALIEKSIEIEVA, K. I.; VENGER, I. A.; TAVOLZHANSKYI, O. V.; GALUNETS, N. I.; KLYUCHNIK, A. V. Information policy of the enterprise as the basis for the reproduction of human potential in the structure of public social interaction. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, v. 10, n. 6, p. 1664-1672, 2019.

- UKRAINE. *Law "On Private International Law"*, Document n. 2709-IV, 2005. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text>. Access on: 23 Feb. 2023.
- UKRAINE. The Supreme Court of Ukraine. *Resolution n. 308/9708/19, 14 Apr. 2022*. Available at: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1270169/>. Access on: 23 Feb. 2023.
- UKRAINE. The Supreme Court of Ukraine. *Resolution n. 760/17232/20, 18 May 2022*. Available at: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1282788/>. Access on: 23 Feb. 2023.
- UNITED KINGDOM. *State immunity act of 1978*. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>. Access on: 23 Feb. 2023.
- UNITED NATIONS. *Charter of The United Nations*. 1945. Available at: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/chapter-1>. Access on: 23 Feb. 2023.
- UNITED NATIONS. *Convention on special missions*. 2005. Available at: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_3\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_3_1969.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.
- UNITED NATIONS. *Declaration on principles of international law concerning friendly relations and cooperation among states in accordance with the Charter of the United Nations*. 1971. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/202170>. Access on: 23 Feb. 2023.
- UNITED NATIONS. *Responsibility of states for internationally wrongful acts*. 2001. Available at: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.
- UNITED NATIONS. *Vienna convention on consular relations*. 1963. Available at: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_2\\_1963.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.
- UNITED NATIONS. *Vienna convention on diplomatic relations*. 1961. Available at: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_1\\_1961.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.
- UNITED NATIONS. *Vienna convention on the representation of states in their relations with international organizations of a universal character*. 1975. Available at: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5\\_1\\_1975.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/5_1_1975.pdf). Access on: 23 Feb. 2023.
- UNITED STATES DISTRICT COURT. District of Columbia. *Princz v. Federal Republic of Germany, 23 Dec. 1992*. Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/813/22/1807808/>. Access on: 23 Feb. 2023.
- UNITED STATES. *Foreign sovereign immunities act*. 2023. Available at: <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/international-judicial-assistance/Service-of-Process/Foreign-Sovereign-Immunities-Act.html>. Access on: 23 Feb. 2023.
- VEDKAL, V. State immunity, its types and concepts of realization. *Legal Scientific Electronic Journal*, v. 9, p. 296-298, 2021.
- VODIANNIKOV, O. Aggressive immunities and the immune aggressor: between the legislator and the judge. *LB*, 26 Aug. 2022. Available at: [https://lb.ua/blog/oleksandr\\_vodennikov/527485\\_agresivni\\_imuniteti\\_i\\_imunniy.html](https://lb.ua/blog/oleksandr_vodennikov/527485_agresivni_imuniteti_i_imunniy.html). Access on: 23 Feb. 2023.
- VODIANNIKOV, O. The art of legal warfare: how to deprive the aggressor state of jurisdictional immunities. *LB*, 26 Aug. 2022. Available at: [https://lb.ua/blog/oleksandr\\_vodennikov/523500\\_mistetstvo\\_yuridichnoi\\_viyni\\_yak.html](https://lb.ua/blog/oleksandr_vodennikov/523500_mistetstvo_yuridichnoi_viyni_yak.html). Access on: 23 Feb. 2023.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Uma Europa forte e unida?:**  
o desenvolvimento do projeto  
europeu de integração à luz da  
gestão das crises migratórias  
**The influxes of the migratory**  
**crises' management in the**  
**European integration project**

Gabriel Braga Guimarães

Ana Carolina Barbosa Pereira Matos

VOLUME 20 • N. 2 • 2023  
DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

# Uma Europa forte e unida?: o desenvolvimento do projeto europeu de integração à luz da gestão das crises migratórias\*

## The influxes of the migratory crises' management in the european integration project

Gabriel Braga Guimarães\*\*

Ana Carolina Barbosa Pereira Matos\*\*\*

### Resumo

A migração é um tema que ganhou bastante relevância no contexto europeu. Não obstante, considerando que cada país é afetado de forma diferente pelos fluxos migratórios, as reações políticas e medidas tomadas por cada Estado são diversas e, muitas vezes, descoordenadas. A dificuldade de coesão na implementação da política comum de gestão migratória leva à ocorrência de várias dissonâncias na União Europeia, gerando efeitos deletérios ao processo de integração europeia, como por exemplo, conflitos diplomáticos, adoção de medidas debilitadoras da tutela dos direitos dos migrantes e crescimento, entre as populações nacionais, de uma visão negativa quanto ao papel da migração. No contexto da crise migratória de 2015-2016, por exemplo, a demora em agir de forma coesa e eficaz enfraqueceu a unidade do bloco e evidenciou falhas estruturais que ameaçam a sua continuidade, levando ao episódio do *Brexit*. Nesse cenário, o objetivo da pesquisa realizada no presente artigo é a análise dos influxos da gestão da crise migratória, particularmente a de 2015-2016, no projeto europeu de integração. No tocante ao método de investigação adotado, a pesquisa é desenvolvida a partir do método dedutivo, sendo realizada uma análise bibliográfica e documental. Concluiu-se que o futuro da União Europeia quanto à gestão das políticas migratórias ainda é incerto, pois, embora se tenha consciência da desarmonia dos instrumentos normativos existentes quanto ao tema e da necessidade de maior coesão, considerando que podem emergir mais rusgas ao projeto de integração europeia, questões políticas, econômicas e sociais particulares de cada Estado ou grupo de Estados se apresentam como grande obstáculo a ser superado, especialmente frente à tutela do princípio da solidariedade e das demais normas de tutela dos direitos humanos como vetores hermenêuticos protetivos dos migrantes.

**Palavras-chave:** crise migratória; projeto europeu de integração; União Europeia; *brexit*; tutela jurídica das pessoas migrantes.

\* Recebido em 31/03/2023  
Aprovado em 16/06/2023

\*\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre e graduado em Direito pela UFC. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto. Membro do Módulo de Pesquisa “Pobreza, Sustentabilidade e Direito Internacional” do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI) da UFC. Bolsista CAPES/BRASIL.  
Email: gabrielbrag12@yahoo.com

\*\*\* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, com graduação em Direito e especialização em Direito Processual Civil, ambas pela Universidade de Fortaleza. Professora de Direito do Centro Universitário Christus. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Christus. Orientadora da linha de pesquisa de Direito Europeu do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais - GEDAI da Universidade Federal do Ceará.  
Email: anacarolina.bpmatoss@gmail.com

## Abstract

Migration is a topic that has gained considerable relevance in the European context. Considering that each country is affected differently by migratory flows, the political reactions and measures taken by each State are diverse and, often, uncoordinated. The difficulty of cohesion in the implementation of the European Union's common migration policy leads to the occurrence of several dissonances, such as diplomatic conflicts, the adoption of measures that weaken the protection of migrants' rights and the growth among national populations of a negative view of the role of migration. In the context of the 2015-2016 migration crisis, the delay in acting in an cohesive and effective manner weakened the unity of the bloc and highlighted structural flaws that threaten its continuity, leading to the Brexit episode. In this scenario, this paper analyzes the inflows of the migratory crisis' management on the European integration project. Regarding the research method adopted, the research is developed from the deductive method, carrying out a bibliographic and documental analysis. It argues that the future of the European Union regarding the management of migratory policies is still uncertain, because, although it is aware of the disharmony of the existing normative instruments on the subject and the need for greater cohesion, considering that more raids on the project of European integration may emerge, particular political, economic and social issues of each State or group of States present themselves as a great obstacle to be overcome, especially in the face of the protection of the principle of solidarity and other norms of protection of human rights as hermeneutic vectors that protect migrants.

**Keywords:** migratory crisis; european integration project; European Union; brexit; legal protection of migrants.

## 1 Introdução

A migração é um tema que ganhou bastante relevância no contexto europeu, tornando-se a Europa um dos principais destinos migratórios nos últimos anos<sup>1</sup>, o que impactou consideravelmente a perspectiva europeia

sobre a gestão das políticas migratórias<sup>2</sup>. A Europa, por ser fisicamente acessível através do Mar Mediterrâneo<sup>3</sup>, é um destino bastante procurado<sup>4</sup>, tanto para aqueles que buscam a proteção de um Estado em razão de alguma ameaça que vivenciam em seu local de origem ou de residência habitual - os refugiados<sup>5</sup> - quanto para

<sup>2</sup> Vide EUROPEAN COMMISSION. *Managing migration better in all aspects: a European agenda on migration*. 2015. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_15\\_4956](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_4956). Acesso em: 13 jul. 2022.; EUROPEAN COMMISSION. *New Pact on Migration and Asylum, setting out a fairer, more European approach*. 2020. Disponível em: [https://ec.europa.eu/home-affairs/news/new-pact-migration-and-asylum-setting-out-fairer-more-european-approach-2020-09-23\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/news/new-pact-migration-and-asylum-setting-out-fairer-more-european-approach-2020-09-23_en). Acesso em: 04 jun. 2022.

<sup>3</sup> Observe-se, nesse sentido, que “[l]a frontière extérieure méditerranéenne et sud atlantique de l'espace Schengen est très proche géographiquement à des États d'origine ou de transit d'une forte immigration illégale vers l'Union européenne. Cette proximité rend possible l'accès clandestin au territoire des États membres concernés (l'Espagne, l'Italie, la Grèce, Malte et Chypre, principalement) par de petites embarcations ou par des navires qui ne sont normalement pas en condition de naviguer (embarcations dans de mauvais état, surchargées, sans aucun équipement de sécurité, d'illumination ou de guidage et sans équipage spécialisé)”. SECRETARY-GENERAL OF THE EUROPEAN COMMISSION. *Annexe au Document de Travail des Services de la Commission. Étude sur les instruments de droit international pertinents en matière d'immigration clandestine par voie maritime*. Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by sea. 2007. p. 9.

<sup>4</sup> Importante observar que “[e]m termos de fluxo, a União Europeia continua sendo o destino mais procurado do mundo”. WENDEN, Catherine Wihtol de. As novas migrações. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v.13, n.23, p.17-28, 2016. p. 18. Todavia, ressalta-se que, “embora a problemática dos refugiados alarme a opinião pública europeia e mundial, esse continente ainda recebe poucos refugiados (numa comparação com a Turquia, Paquistão e Líbano). Nesse contexto, o contingente de refugiados recebidos pela Europa não é o maior, perdendo inclusive para a América.” MARQUES JÚNIOR, William Paiva; SILVA, Fernanda Cláudia Araújo da. A transnacionalidade e os direitos humanos como elementos de resolução sobre o aspecto de provisoriedade ou definitividade do instituto do Refúgio. *In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: NOVOS DESAFIOS NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO*, 5., 2017, Perúgia. *Anais* [...]. Itajaí: UNIVALI, 2017. v. 01. p. 295-313.

<sup>5</sup> Considera-se como refugiado, nos termos da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, toda pessoa que “temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”. COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Convenção relativa ao estatuto dos refugiados*. Geneva, 1951. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>1</sup> WENDEN, Catherine Wihtol de. As novas migrações. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v.13, n.23, p.17-28, 2016. p. 18.



aqueles que buscam melhores condições de vida - os migrantes econômicos<sup>6</sup>.

Não obstante, embora a proximidade geográfica seja um fator fundamental no desfecho do processo de mobilidade humana, várias outras razões levam a Europa a ser um dos principais destinos finais dos fluxos migratórios, sendo o desenvolvimento econômico, por exemplo, uma das motivações. Outrossim, crises político-econômicas em Estados próximos ao continente europeu levam as populações desses países, ao se encontrarem de muitas formas desamparadas ou perseguidas, a migrar para outros Estados que possam lhe fornecer proteção e segurança<sup>7</sup>. Ademais, fatores como: políticas de solidariedade e reassentamento, no caso da Alemanha; proximidade geográfica, no caso da Itália, da Grécia e da Turquia; e, até mesmo, idioma local, para a França e o Reino Unido, especialmente quanto às populações oriundas de suas ex-colônias, são elementos importantes a serem contabilizados na análise da problemática<sup>8</sup>.

Tendo em vista que cada país é afetado de forma diferente pelo fluxo migratório<sup>9</sup>, as reações políticas e

as medidas tomadas por cada Estado são muitas vezes desordenadas. Nesse sentido, a deficiência na uniformização da política migratória comunitária e a atuação de forma desalinhada dos Estados leva à ocorrência de vários conflitos diplomáticos<sup>10</sup>, à adoção de políticas públicas debilitadoras da tutela dos direitos dos migrantes<sup>11</sup> e ao crescimento entre as populações nacionais de uma visão negativa quanto ao papel da migração<sup>12</sup>. A dificuldade da União Europeia (UE) em se organizar de forma coesa e eficiente corrobora para que cada Estado-membro adote a estratégia que mais lhe convenha, o que leva à ocorrência de atos que enfraquecem a unidade do bloco e evidenciam falhas estruturais<sup>13</sup>. Fa-

---

*ranean migrants: opportunity from crisis?*. 2016. Dissertação (Master of Arts in Security Studies - Europe and Eurasia) - Naval Postgraduate School, Monterey, 2016.

<sup>10</sup> Vide, como exemplo, o caso do navio Aquarius. GUIMARÃES, Gabriel Braga. Análise do caso do navio Aquarius e os desafios à aplicação do princípio do non-refoulement frente às dificuldades impostas pela crise migratória. In: MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; FRANÇA, Marcos Sousa (org.). *Governança internacional e os desafios contemporâneos da agenda multilateral*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. p. 329-346.

<sup>11</sup> Observe-se, como exemplo, as medidas de externalização de fronteiras e criminalização da migração adotadas nos últimos anos. Para maior aprofundamento sobre as medidas de externalização de fronteiras, vide MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. Políticas de externalização de fronteiras: uma análise sob a perspectiva do direito internacional dos refugiados e da diretiva europeia sobre procedimentos comuns para a concessão e a revogação de proteção. In: FERRAZ, Daniel Amin; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; LASMAR, Jorge Mascarenhas (org.). *Política exterior, segurança e estratégia global*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 2-22. Outrossim, para maior aprofundamento sobre as medidas de criminalização da migração na Europa, vide SANTOS, Valdirene Ferreira. *Sobre a imigração ilegal na Europa e os espaços de exceção: o caso dos centros de internamento para estrangeiros na Espanha*. 2014. 103 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Araraquara, 2014.; GARCIA, Fernanda di Flora. A exceção é a regra: os centros de detenção para imigrantes na Itália. REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Urbana, Brasília, ano 22, n. 43, p. 235-250, 2014.; CARVALHO, Felipe Augusto Lopes. Criminalização de imigrantes ilegais na União Europeia: novos paradigmas a partir do caso Celaj. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 252-268, 20 jun. 2019. DOI <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v16i1.5956>.

<sup>12</sup> Vide, nessa oportunidade, WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *A produção da vida nua no patamar de (in)distinção entre direito e violência: a gramática dos imigrantes como "sujeitos de riscos" e a necessidade de arrostar a mixofobia por meio da profanação em busca da comunidade que vem*. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

<sup>13</sup> Nesse sentido, apregoa Susana Ferreira que "[a] reintrodução, ainda que temporária, dos controles fronteiriços por parte de alguns estados-membros, a adoção de políticas nacionais de asilo cada vez mais restritivas e o reforço dos perímetros fronteiriços internos por

---

<sup>6</sup> Importante esclarecer que "normalmente, um migrante econômico deixa o seu país voluntariamente, à procura de uma vida melhor. Para um refugiado, as condições econômicas no país de acolhida são menos importantes do que a segurança. Na prática, a distinção pode ser muito difícil de estabelecer, mas ela é fundamental: um migrante goza da proteção do governo do seu país; um refugiado, não." COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Perguntas e respostas: como diferenciar o refúgio da migração econômica?* Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/perguntas-e-respostas/#diferenciar>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>7</sup> Para maior aprofundamento na temática, vide FERREIRA, Susana. *Mediterranean immigration in the post-Arab Spring*. (de) constructing myths of large-scale migrations. In: JORNADAS DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD, 6., 2014, Madrid: IUGM, 2014.; MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira. *Governança conflitiva das fronteiras marítimas, securitização e migração irregular*. 2019. 350 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.; GUIMARÃES, Gabriel Braga. A última fronteira europeia: os reflexos da migração pelo mar na atual conjuntura europeia. In: MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; MELO, Silvana Paula Martins de; QUEIROZ, Arthur Gustavo Saboya de; FREITAS, Nikaelly Lopes de; SILVA, Amon Elpidio da (org.). *Perspectivas contemporâneas do direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 473-491.

<sup>8</sup> FIGLINO, Beatriz. A validação da exclusão do imigrante em esferas representativas na campanha pela Brexit. *Pensata: Revista dos Alunos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UNIFESP*, [S. l.], v. 7, n. 1, 2019. DOI 10.34024/pensata.2018.v7.10102. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/pensata/article/view/10102>. Acesso em: 24 jul. 2021.

<sup>9</sup> FILLMORE, Matthew. L. R. *Italy, the European Union, and Mediter-*

lhas, inclusive, que ameaçam a continuidade do bloco. Observe-se, por exemplo, o recente episódio do *Brexit*, no qual o impacto do desalinhamento europeu quanto à gestão das fronteiras e das políticas migratórias foi tamanho, que um dos Estados-membros mais importantes da União Europeia - UE optou por sair do bloco<sup>14</sup>.

Nesse contexto, o objetivo da presente pesquisa é o estudo dos influxos das crises migratórias no projeto europeu de integração, analisando se as dissonâncias resultantes da gestão das crises migratórias seriam o início de um processo de enfraquecimento do bloco europeu. A presente pesquisa se justifica, portanto, pela iminente necessidade de análise das dificuldades de manutenção do atual projeto europeu de integração, frente aos desafios impostos pelo contexto das crises migratórias no século XXI e suas repercussões no continente europeu. Quanto à metodologia, a análise da problemática será feita primordialmente por meio de estudo teórico-bibliográfico sobre o tema. Outrossim, a pesquisa é prioritariamente qualitativa, exploratória, mas, também, descritiva e interpretativa, valendo-se da utilização do método dedutivo e crítico.

Quanto à estruturação do texto, o presente artigo está dividido em duas seções. O trabalho apresenta inicialmente um panorama acerca do projeto europeu de integração e as tensões trazidas pela problemática da crise migratória e os seus efeitos no continente europeu e na UE, abordando-se o exemplo do episódio do *Brexit*. Posteriormente, analisam-se os instrumentos normativos do contexto europeu quanto à tutela dos direitos dos migrantes, com enfoque especial em relação ao projeto mais atual da Comissão Europeia quanto à resolução da problemática: o Novo Pacto em matéria de Migração e Asilo.

---

parte de alguns estados-membros, através da edificação de muros e vedações, abriram várias brechas dentro da própria UE". FERREIRA, Susana. Orgulho e preconceito: a resposta europeia à crise de refugiados. *Relações Internacionais*, Lisboa, n. 50, p. 87-107, jun. 2016. Disponível em [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 30 maio 2019. p. 87.

<sup>14</sup> Para maior aprofundamento, vide HOFF, Natali Laise Zamboni; SILVA, Ronaldo; ZABOLOTSKY, Boris Perius; SOUTTO, Dafne Lavinias. *Brexit: União Europeia: a imigração como uma questão de segurança internacional. Revista de Estudos Internacionais (REI)*, João Pessoa, v. 8, n. 3, p. 64-82, 2017.

## 2 Os influxos da gestão das crises migratórias no projeto europeu de integração

O projeto de uma Europa unida não é uma novidade no cenário internacional. Seja por meio da guerra, por meio da religião ou mesmo por meio de vantagens econômicas comuns, várias foram as tentativas de unificação do continente europeu no decorrer da história. Desde o império romano, passando por Napoleão Bonaparte e Hitler, até a atual conjuntura da União Europeia (UE), foram muitas as tentativas de unificar um continente que é fisicamente pequeno, mas que, ao mesmo tempo, reúne riqueza imensurável de povos, culturas e identidades<sup>15</sup>.

O atual projeto de organização político-econômica da Europa, que desaguou na vigência da UE, teve seu início logo após a Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945), em um cenário em que a grande maioria dos Estados europeus se encontrava em situação bastante vulnerável e fragilizada, a pacificação do continente e a reconstrução econômica eram questões que precisavam ser resolvidas<sup>16</sup>. Nessa senda, no contexto pós-Segunda Guerra Mundial surge a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), visando à união de interesses das maiores potências à época, especialmente França e Alemanha Ocidental, sobre uma temática que poderia ser decisiva em caso de possíveis novos conflitos armados: o acesso ao carvão e ao aço<sup>17</sup>.

Posteriormente, criou-se a Comunidade Europeia da Energia Atômica (Euratom) com objetivo semelhante, mas, agora, regulamentando o uso da energia nuclear<sup>18</sup>. Tanto na CECA, quanto na Euratom, o escopo era integrar os recursos necessários para a produção de armamentos em uma organização que impedisse seu uso

---

<sup>15</sup> SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Dawisson Belém; DIZ, Jamile Mata. Introdução. In: SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Dawisson Belém; DIZ, Jamile Mata (org.). *Coleção desafios globais, Europa*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2021. v. 5, p. 15-29. ISBN 978-65-5858-024-9. p.19.

<sup>16</sup> SOKOLSKA, Ina. *Fichas temáticas sobre a União Europeia*: os tratados iniciais. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/1/os-tratados-iniciais>. Acesso em: 6 ago. 2021.

<sup>17</sup> SOKOLSKA, Ina. *Fichas temáticas sobre a União Europeia*: os tratados iniciais. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/1/os-tratados-iniciais>. Acesso em: 6 ago. 2021.

<sup>18</sup> SOKOLSKA, Ina. *Fichas temáticas sobre a União Europeia*: os tratados iniciais. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/1/os-tratados-iniciais>. Acesso em: 6 ago. 2021.

para fins militares, promovesse a colaboração entre as elites e estimulasse a coexistência pacífica das nações europeias<sup>19</sup>. O propósito era, destarte, criar uma solidariedade tangível entre os europeus que fosse além de mero diálogo diplomático e câmbios econômicos<sup>20</sup>.

Com o passar dos anos, os interesses em comum foram aumentando e o número de países envolvidos e de tratados criados também. Assim, objetivando o aumento da cooperação entre os países capitalistas europeus, fundou-se a Comunidade Econômica Europeia (CEE), em 1957, objetivando criar um mercado comum baseado na livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais, não se restringindo, portanto, apenas ao aço e ao carvão. Em 1992, finalmente surge a UE nos moldes em que hoje existe, por meio do Tratado de Maastricht<sup>21</sup>, sendo atualmente o Tratado de Lisboa o instrumento jurídico que regulamenta a estrutura e o funcionamento do bloco<sup>22</sup>.

É importante ressaltar que nem sempre a ideia de integração que hoje predomina no bloco foi de comum acordo entre todos os países<sup>23</sup>. Um dos grandes opositores ao processo de integração foi o Reino Unido, que só aderiu ao projeto de integração europeia em 1973. O Reino Unido sempre apresentou diferenças consi-

deráveis quanto à Europa continental. Sua história, seu sistema jurídico e seus costumes são, de forma geral, bastante divergentes da grande maioria dos Estados europeus<sup>24</sup>. Todavia, o mercado criado dentro do bloco se tornou bastante atrativo. As facilidades e os benefícios que um sistema unificado traz, principalmente quando formado por economias de mercado fortes, são elementos que não são facilmente dispensáveis, o que levou o Reino Unido, a despeito das diferenças existentes, a querer participar do bloco econômico europeu<sup>25</sup>.

Nos últimos anos, no entanto, o projeto de uma Europa unida tem se apresentado de forma cada vez mais fragilizada frente às tensões ocasionadas pelas crises migratórias que tem afetado o continente na última década, como será abordado a seguir.

## 2.1 A integração europeia frente à crise migratória: principais desafios

A Europa foi por muitos séculos exportadora de migrantes, pelos mais variados motivos, porém, nas últimas décadas, houve um processo de inversão. O continente europeu se tornou o destino para os fluxos migratórios<sup>26</sup>, especialmente os vindos pelo Mediterrâneo<sup>27</sup>. A intensidade alcançada pela crise de refugiados e de

<sup>19</sup> COSTA, Olivier. *A União Europeia e sua política exterior: história, instituições e processo de tomada de decisão*. Brasília: Funag, 2017.

<sup>20</sup> COSTA, Olivier. *A União Europeia e sua política exterior: história, instituições e processo de tomada de decisão*. Brasília: Funag, 2017.

<sup>21</sup> SOKOLSKA, Ina. *Fichas temáticas sobre a União Europeia: os Tratados de Maastricht e de Amsterdão*. 2022. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/3/os-tratados-de-maastricht-e-de-amsterdao>. Acesso em: 12 jul. 2022.

<sup>22</sup> PAVY, Eeva. *Fichas temáticas sobre a União Europeia: o Tratado de Lisboa*. 2022. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/5/o-tratado-de-lisboa>. Acesso em: 12 jul. 2022.

<sup>23</sup> Observe-se que “[o]s Estados-Membros não estavam preparados para abdicar da estrutura dos respetivos [sic] estados-nação, que tinham acabado de recuperar e que depois consolidaram após a Segunda Guerra Mundial, em prol de uma confederação europeia. Como tal, uma vez mais, houve necessidade de encontrar um compromisso que, sem ter de criar uma confederação europeia, assegurasse mais do que uma mera cooperação entre estados. A solução consistiu em estreitar progressivamente o fosso entre a conservação da independência nacional e uma confederação europeia. Não foi pedido aos Estados-Membros que abdicassem totalmente da sua soberania, foi-lhes pedido apenas que não a considerassem indivisível. Assim, tratou-se apenas de identificar domínios em que os Estados-Membros estivessem preparados para renunciar voluntariamente a parte da sua soberania em prol de uma comunidade que estava acima de todos eles”. BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2017. Disponível em: <https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f8d9b32e-6a03-4137-9e5a-9bbaba7d1d40>. Acesso em: 06 ago. 2021. p. 39-40.

<sup>24</sup> Vide MARCUSSEN, Martin; RISSE, Thomas; ENGELMAN-MARTIN, Daniela; KNOP, Hans-Joachim; FOSTER, Klaus. Constructing Europe? the evolution of French, British and German Nation-State identities. *Journal of European Public Policy*, v. 6, n. 4, p. 614-633, 1999.

<sup>25</sup> Interessante observar que “O interesse do Reino Unido na CEE estava baseado em oportunidades comerciais, visto que os britânicos estavam perdendo suas colônias com os processos de independência pós segunda guerra mundial nos países do chamado ‘terceiro mundo’”. FIGLINO, Beatriz. A validação da exclusão do migrante em esferas representativas na campanha pela Brexit. *Pensata: Revista dos Alunos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UNIFESP, [S. l.]*, v. 7, n. 1, p. 4, 2019. DOI 10.34024/pensata.2018.v7.10102. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/pensata/article/view/10102>. Acesso em: 24 jul. 2021.

<sup>26</sup> HOFF, Natali Laise Zamboni; SILVA, Ronaldo; ZABOLOT-SKY, Boris Perius; SOUTTO, Dafne Lavinias. Brexit: União Europeia: a imigração como uma questão de segurança internacional. *Revista de Estudos Internacionais (REI)*, João Pessoa, v. 8, n. 3, p. 64-82, 2017.

<sup>27</sup> Observe-se que “O Mediterrâneo é hoje ‘o corredor migratório mais letal do mundo, onde se cruzam rotas com origem na África Subsariana, no Médio Oriente e no Sudeste Asiático’”. FERREIRA, Susana. Orgulho e preconceito: a resposta europeia à crise de refugiados. *Relações Internacionais*, Lisboa, n. 50, p. 87-107, jun. 2016. Disponível em [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 30 maio 2019. p. 88.

migrantes na Europa em 2015-2016 é comparável aos eventos vividos no continente durante e imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, quando se estima que havia cerca de 60 milhões de deslocados<sup>28</sup>.

Não obstante, mesmo após a Segunda Guerra Mundial, o movimento de refugiados e de pessoas em busca de proteção na Europa nunca desapareceu efetivamente<sup>29</sup>. Os fluxos de refugiados e migrantes, de maior ou menor intensidade, perduram como parte de uma dimensão estrutural migratória para a (e na) Europa nas últimas sete décadas.<sup>30</sup> Todavia, nem sempre esses fluxos de pessoas são bem-vindos. Fatores como a crise do estado de bem-estar social, as crises econômicas e o aumento do número de atentados terroristas levam ao crescimento da visão de que os migrantes representam uma ameaça à segurança nacional e à estabilidade econômica dos Estados<sup>31</sup>.

Em 2015, devido ao agravamento da guerra na Síria, houve um aumento considerável do fluxo de migrantes e refugiados<sup>32</sup>. Tornaram-se evidentes os riscos da ausência de uma política migratória unificada, ante ao surgimento de várias rusgas políticas entre os membros

da UE, haja vista os fluxos migratórios os afetarem de forma diversa. Enquanto os Estados-membros localizados nas fronteiras do bloco, como Itália, Grécia e Espanha recebem um contingente bastante elevado de migrantes e, conseqüentemente, de pedidos de refúgio<sup>33</sup>, outros Estados não tão afetados pela crise e se mantêm resistentes à perspectiva de terem de contribuir, seja financeiramente, seja por meio do acolhimento de parte desse contingente de pessoas<sup>34</sup>.

Exemplo claro da dissonância na aplicação das normas de proteção aos direitos humanos é o que ocorre com os migrantes que tentam entrar no território europeu pelas vias marítimas<sup>35</sup>. Em várias das embarcações interceptadas, por exemplo, visualizam-se inconsistências na aplicação das normas, especialmente quanto à garantia de identificação do *status* dos tripulantes e de processamento de eventuais pedidos de refúgio<sup>36</sup>. Outrossim, o ressurgimento do controle mais restrito das fronteiras internas e a adoção unilateral de medidas mais rígidas pelos Estados-membros da UE tornam a crise

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Catarina Reis; PEIXOTO, João; GÓIS, Pedro. Nova crise dos refugiados na Europa: o modelo de repulsão-atração revisitado e os desafios para as políticas migratórias. *Revista Brasileira de Estudos de População*, Belo Horizonte, v. 34, n. 1, p. 73-98, jan./abr. 2017.

<sup>29</sup> RICHMOND, Anthony H. Sociological theories of international migration: the case of refugees. *Current Sociology*, v. 36, n. 2, p. 7-25, 1988.

<sup>30</sup> FIDDIAN-QASMIYEH et al, 2014 apud OLIVEIRA, Catarina Reis; PEIXOTO, João; GÓIS, Pedro. Nova crise dos refugiados na Europa: o modelo de repulsão-atração revisitado e os desafios para as políticas migratórias. *Revista Brasileira de Estudos de População*, Belo Horizonte, v. 34, n. 1, p. 73-98, jan./abr. 2017.

<sup>31</sup> Nessa oportunidade, importante ressaltar o que apregoa William Marques Paiva Junior, quando diz que "a realidade contemporânea internacional – especialmente na Europa – revela que o ingresso de um enorme contingente de refugiados desprovidos de condições econômicas favoráveis (especialmente africanos e muçulmanos), privados do acesso aos mais básicos direitos humanos, gera manifestações excludentes, xenófobas e racistas de alguns cidadãos europeus." MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Reflexos do direito internacional dos direitos humanos na proteção aos refugiados: análise do caso brasileiro. In: TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de; CANOTILHO, Mariana Rodrigues; ARNAUD, Wanda Maria de Lemos. (org.). *Direito internacional dos direitos humanos I*. Florianópolis: CONPEDI, 2017. v. 1, p. 30-55. p. 31.

<sup>32</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions: a European Agenda on Migration*. Brussels, 2015. Disponível em: [https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2020-09/communication\\_on\\_the\\_european\\_agenda\\_on\\_migration\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/system/files/2020-09/communication_on_the_european_agenda_on_migration_en.pdf). Acesso em: 04 jun. 2022.

<sup>33</sup> Vide Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho de 14 de setembro de 2015 e Decisão (UE) 2015/1601 do Conselho de 22 de setembro de 2015. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho, de 14 de setembro de 2015, que estabelece medidas provisórias a favor da Itália e da Grécia no domínio da proteção internacional. *Jornal Oficial da União Europeia*, p. 146–156, set. 2015.; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão (UE) 2015/1601 do Conselho, de 22 de setembro de 2015, que estabelece medidas provisórias no domínio da proteção internacional a favor da Itália e da Grécia. *Jornal Oficial da União Europeia*, p. 80–94, set. 2015.

<sup>34</sup> FILLMORE, Matthew. L. R. *Italy, the European Union, and Mediterranean migrants: opportunity from crisis?*. 2016. Dissertação (Master of Arts in Security Studies - Europe and Eurasia) - Naval Postgraduate School, Monterey, 2016.

<sup>35</sup> MORENO-LAX, Violeta. Seeking asylum in the Mediterranean: against a fragmentary reading of EU member States' obligations accruing at sea. *International Journal of Refugee Law*, 2011.

<sup>36</sup> Um dos pontos principais no estudo do refúgio, principalmente quanto à questão da importância da análise do *status* de cada pessoa, é o princípio do *non-refoulement* (ou não devolução), previsto no artigo 33º da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados. O princípio apregoa que um Estado não deve obrigar uma pessoa a retornar a um território onde possa estar exposta à perseguição. Dessa forma, para se evitar o retorno indevido de um indivíduo ao território em que possa estar exposto à perseguição é necessária a análise individual do *status* de cada um, a fim de verificar se realmente há ameaça ou, pelo menos, indícios de ameaça à vida daquele indivíduo, evitando-se, portanto, o cometimento de maiores desrespeitos à dignidade humana. Para maior aprofundamento, vide PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza *ius cogens* e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S. l.], n. 7, p. 51-68, dez. 2006. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/94>. Acesso em: 15 ago. 2021.

migratória um fator bastante preocupante à estabilidade do bloco, pondo em questionamento o alcance prático de um dos pilares da base jurídica da UE e do projeto europeu de integração: o princípio da solidariedade<sup>37</sup>.

As tensões provocadas pelas discussões em torno da segurança das fronteiras frente à responsabilidade e à solidariedade internacional europeia, tendo em vista o considerável número de migrantes e solicitantes de refúgio que tentaram e/ou efetivamente cruzaram as fronteiras da UE nos últimos anos tiveram o seu ápice com o *Brexit*, o que será analisado no tópico seguinte.

## 2.2 O *Brexit* como efeito da administração da crise migratória

A saída do Reino Unido da UE, o *Brexit*, foi um acontecimento que colocou à prova a existência do bloco europeu. Por muitos anos a possibilidade de denúncia do tratado de constituição do bloco sequer era prevista<sup>38</sup>, sendo para muitos, inclusive, inimaginável, afinal o bloco trazia consideravelmente mais benefícios do que malefícios para os seus membros. Apenas recentemente, com o Tratado de Lisboa, em 2007, foi prevista a possibilidade de denúncia do tratado e saída da UE<sup>39</sup>,

<sup>37</sup> A solidariedade tem assento no direito comunitário da UE. É prevista como um dos valores comuns aos Estados-membros do bloco, no artigo 2º do Tratado da União Europeia (TUE), como também, possui previsão específica de aplicação como um princípio nas políticas relativas aos controlos das fronteiras, ao asilo e à imigração, no artigo 80º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Não obstante, a solidariedade europeia vem sendo posta em questionamento nos últimos anos, frente às situações de pressão vivenciadas, sendo necessário um reforço aos Estados-membros da UE da necessidade de contribuir com os mecanismos de solidariedade. Para maior aprofundamento, vide FEDERICO, Veronica. Conclusion: solidarity as a public virtue?. In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (ed.). *Solidarity as a public virtue?: law and public policies in the European Union*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 495-542.; WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.). *Solidarity: a structural principle of international law*. Berlin: Springer Berlin Heidelberg, 2010. p. 3-54.

<sup>38</sup> PATRÃO, Afonso. O direito de abandonar a União Europeia à luz do Tratado de Lisboa: a extinção do direito de livremente abandonar à união? In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (org). *Estudos em homenagem ao prof. doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 4, p. 755-794.

<sup>39</sup> POPTCHEVA, Eva-Maria. *Article 50 TEU: Withdrawal of a Member State from the EU*. Members' Research Service, 2016. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577971/EPRS\\_BRI\(2016\)577971\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577971/EPRS_BRI(2016)577971_EN.pdf). Acesso em: 11 jul. 2022.

a qual foi utilizada em 2016 pelo Reino Unido, após a realização de um plebiscito com sua população, que, por uma pequena maioria<sup>40</sup>, optou por deixar o bloco.

Várias foram as razões que motivaram as campanhas do *Brexit*, (junção das palavras *British*, britânica, e *Exit*, saída), assim como muitas outras justificavam o *Bremain*, (junção das palavras *British*, britânica, e *Remain*, permanência), todavia, um dos elementos essenciais na decisão pela saída foi a forma como a gestão das políticas migratórias e das fronteiras impactou o Reino Unido. Com o aumento do fluxo de migrantes e a deficiência de coesão entre os Estados-membros do UE quanto a uma política migratória comunitária, a perspectiva de que a migração era prejudicial à economia britânica se alastrou no imaginário popular<sup>41</sup>.

Em uma conjuntura pós-*Brexit*, emergem questionamentos quanto ao futuro do bloco, tendo em vista que o fortalecimento de partidos de extrema-direita e o crescimento de pensamentos eurocéticos corroboram com a adoção de políticas debilitadoras à tutela dos direitos humanos, especialmente quanto às questões migratórias. Nesse sentido, a administração dessa crise é “uma prova de fogo para a UE”<sup>42</sup> e pode ser “um triunfo coletivo da Europa através de um esforço conjunto”<sup>43</sup>. Entretanto, até ao momento, aparenta a situação se desenvolver no sentido oposto.<sup>44</sup> As discordâncias entre

<sup>40</sup> A saída do Reino Unido da União Europeia foi votada em um plebiscito ocorrido em 13 de junho de 2016, no qual, com 51,9% dos votos, o “sim” pela saída da União Europeia saiu vitorioso. HOFF, Natali Laise Zamboni; SILVA, Ronaldo; ZABOLOTSKY, Boris Perius; SOUTTO, Dafne Lavinas. *Brexit: União Europeia: a imigração como uma questão de segurança internacional*. *Revista de Estudos Internacionais (REI)*, João Pessoa, v. 8, n. 3, p. 64-82, 2017. p. 65.

<sup>41</sup> NODA, Orion Siufi. London walling: brexit and the securitisation of migration in the united kingdom. *Conjuntura Internacional*, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 13-22, 22 ago. 2018.

<sup>42</sup> FERREIRA, Susana. Orgulho e preconceito: a resposta europeia à crise de refugiados. *Relações Internacionais*, Lisboa, n. 50, p. 87-107, jun. 2016. Disponível em [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 30 maio 2019. p. 87.

<sup>43</sup> FERREIRA, Susana. Orgulho e preconceito: a resposta europeia à crise de refugiados. *Relações Internacionais*, Lisboa, n. 50, p. 87-107, jun. 2016. Disponível em [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 30 maio 2019. p. 87.

<sup>44</sup> Nesse sentido, ressalta-se que “[a] reintrodução, ainda que temporária, dos controlos fronteiriços por parte de alguns estados-membros, a adoção de políticas nacionais de asilo cada vez mais restritivas e o reforço dos perímetros fronteiriços internos por parte de alguns estados-membros, através da edificação de muros e vedações, abrem várias brechas dentro da própria UE”. FERREI-

os Estados-membros da UE<sup>45</sup>, a falta de solidariedade europeia e a incapacidade de encontrar uma resposta coerente para a gestão dos fluxos migratórios mostram que a Europa ainda tem um longo caminho a percorrer para achar a melhor solução para a situação.<sup>46</sup>

Dessa forma, ante a exposição das situações fáticas geradas pela crise migratória na Europa, questiona-se sobre o estado-da-arte da política migratória comunitária da UE. Portanto, passa-se a análise dos principais instrumentos aplicáveis à questão migratória, especialmente no contexto europeu. Posteriormente, analisa-se a proposta do Novo Pacto em matéria de Migração e Asilo lançada recentemente pela Comissão Europeia.

### 3 Os desafios à normatização das questões migratórias na União Europeia

A migração é um fenômeno complexo, que envolve vários fatores e gera diversas consequências<sup>47</sup>. Não há

RA, Susana. Orgulho e preconceito: a resposta europeia à crise de refugiados. *Relações Internacionais*, Lisboa, n. 50, p. 87-107, jun. 2016. Disponível em [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 30 maio 2019. p. 87.

<sup>45</sup> Enquanto alguns Estados-membros da UE, como Grécia e Itália, são confrontados com situações de considerável pressão, em razão do afluxo sem precedentes de migrantes chegando em suas fronteiras, outros países consideravelmente menos afetados, como Polónia e Hungria, adotam paradoxalmente medidas bastante restritivas e se mostram pouco inclinados a dividir o fardo dos desafios gerados pelos fluxos migratórios que atingem outros Estados-membros. Observe-se, nessa senda, que Polónia, Hungria e Chéquia foram consideradas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em 2020, como descumpridoras das suas obrigações para com o direito da UE, uma vez que se recusaram a cumprir o mecanismo temporário de recolocação de requerentes de proteção internacional, referente à realocação de migrantes oriundos das fronteiras da Grécia e Itália. COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *Judgment in Joined Cases C-715/17, C-718/17 and C-719/17 - Commission v. Poland, Hungary and the Czech Republic*. 2020. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200040en.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

<sup>46</sup> FERREIRA, Susana. Orgulho e preconceito: a resposta europeia à crise de refugiados. *Relações Internacionais*, Lisboa, n. 50, p. 87-107, jun. 2016. Disponível em [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 30 maio 2019.

<sup>47</sup> De acordo com a Organização Internacional para Migrações (OIM), “Migration is one of the defining issues of the twenty-first century. It is now an essential, inevitable and potentially beneficial component of the economic and social life of every country and region. The question is no longer whether to have migration,

uma forma simples de regulamentá-la, tendo em vista as suas diferentes facetas e aspectos. Não há um instrumento internacional que regulamente de forma completa todas as diferentes variáveis existentes do processo de migração. O que existe, na prática, são normas que regulam temas tangentes às questões migratórias ou que garantem proteção aos direitos humanos aplicáveis às pessoas em movimento<sup>48</sup>. Algumas categorias de migrantes, a exemplo dos refugiados, possuem um regime próprio e desenvolvido de proteção internacional<sup>49</sup>.

Um dos primeiros documentos internacionais que trouxe previsão de proteção aos migrantes foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>50</sup> que, em 1948, trouxe a previsão em seu artigo 13 do direito à liberdade de locomoção e de mudança de Estado<sup>51</sup> e em seu artigo 14 o direito de procurar e receber asilo em outros países em virtude de perseguição<sup>52</sup>. Outro instrumento inter-

but rather how to manage migration effectively so as to enhance its positive and reduce its negative impacts”. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Facts and figures: migration in the twenty-first century*. Disponível em: <http://moscow.iom.int/en/facts-and-figures>. Acesso em: 27 jul. 2021.

<sup>48</sup> APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci; JUBILUT, Liliana. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 6, p. 275-294, jan./jun. 2010.

<sup>49</sup> Observe-se que “[q]uanto ao refugiado, este possui um amparo legal específico internacional, uma vez que se encontra em situação peculiar e carece da proteção de seu país, pois não podem retornar às suas casas em segurança. A Convenção de 1951, Relativa ao Estatuto dos Refugiados (e seu Protocolo de 1967), é a principal legislação internacional em âmbito universal, de proteção aos refugiados, sendo que o ACNUR foi incumbido de supervisionar (sic) sua implementação”. ANNONI, Danielle; DUARTE, Mônica. A proteção jurídica aplicável aos migrantes e aos refugiados. In: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA & III MOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 13., 2017, Santa Cruz do Sul. *Anais* [...]. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anaais/index.php/snpp/article/view/16943/4154>. Acesso em: 15 ago. 2021. p. 9.

<sup>50</sup> NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 27 jul. 2021.

<sup>51</sup> Observe-se o texto do artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar”. NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 27 jul. 2021.

<sup>52</sup> Observe-se o texto do artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2. Esse direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos

nacional que contém elementos protetivos da migração é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966<sup>53</sup>. O Pacto garante em seu artigo 12, além do livre direito de circulação dentro do território de um Estado, o direito de sair e de entrar nesse mesmo Estado. Outrossim, exige que as restrições que se imponham às liberdades supramencionadas sejam estabelecidas em lei ou só existam quando necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde e a moral pública, ou os direitos e as liberdades dos outros<sup>54</sup>.

Os instrumentos internacionais que dedicam proteção à migração, legitimam o direito de asilo e a liberdade de circulação, tornando-a restringível apenas por meio do devido processo legal<sup>55</sup>. Ademais, consagram a ideia de universalidade dos direitos humanos, baseada no princípio da não-discriminação, o que justificaria a concessão dos mesmos direitos humanos aos nacionais e estrangeiros<sup>56</sup>.

Não obstante existam normas internacionais sobre a temática, como se trata de um tema tangente à soberania e identidade estatais, cada Estado tem a liberdade de regular internamente a situação dos que ingressam em seus territórios, desde, é claro, que os regramentos internos sejam compatíveis com os padrões mínimos

---

objetivos e princípios das Nações Unidas”. NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 27 jul. 2021.

<sup>53</sup> BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 14 jul. 2022.

<sup>54</sup> Observe-se o texto do artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência. 2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país. 3. Os direitos supracitados não poderão em lei e no intuito de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto. 4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país.” BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 14 jul. 2022.

<sup>55</sup> APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci; JUBILUT, Líliliana. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 6, p. 275-294, jan./jun. 2010.

<sup>56</sup> APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci; JUBILUT, Líliliana. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 6, p. 275-294, jan./jun. 2010.

internacionais de proteção aos direitos humanos e com as demais obrigações internacionais assumidas. Todavia, a ausência de diálogo entre o sistema de proteção internacional e os sistemas de proteção regional e local fragilizam a situação das pessoas em movimento, fazendo com que muitas recebam a aplicação inadequada dos mecanismos existentes<sup>57</sup>. Nessas circunstâncias, passa-se a análise dos principais instrumentos normativos que regulamentam a migração no contexto europeu.

### 3.1 A migração à luz do direito europeu: um panorama dos principais instrumentos normativos

A Europa há muitos séculos é um espaço construído pela migração, seja de seus nacionais para outros locais, seja de estrangeiros em seu território. À luz do Direito Europeu, a migração está regulamentada nos artigos 79º e 80º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nos quais se prevê o desenvolvimento de uma política comum de imigração e uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, garantindo-se um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-membros, assim como a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos. Além do mais, determina-se que toda a execução da política de migração deve ser pautada nos princípios da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci; JUBILUT, Líliliana. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 6, p. 275-294, jan./jun. 2010.

<sup>58</sup> Observe-se os artigos 79º e 80º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE): “[a]rtigo 79º (ex-pontos 3) e 4) do artigo 63.º do TCE) - 1. A União desenvolve uma política comum de imigração destinada a garantir, em todas as fases, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-Membros, bem como a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a estes fenómenos. 2. Para efeitos do n.º 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam medidas nos seguintes domínios: a) Condições de entrada e de residência, bem como normas relativas à emissão, pelos Estados-Membros, de vistos e de títulos de residência de longa duração, inclusive para efeitos de reagrupamento familiar; b) Definição dos direitos dos nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro, incluindo as condições que regem a liberdade de circulação e de permanência nos outros Estados-Membros; c) Imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o afastamento e o repatriamento de residentes em situação ilegal; d) Combate ao tráfico de seres humanos, em especial de mulheres e de crianças. 3. A União pode celebrar com países terceiros acordos destinados à readmissão, nos países de origem ou

Não obstante, apesar de ser competência da UE definir as condições de admissão e de residência legal em um Estado-membro para os nacionais de países terceiros, incluindo para efeitos de reagrupamento familiar, é prerrogativa de cada Estado-membro o direito de determinar o volume de admissão de pessoas provenientes de países terceiros à procura de emprego, bem como as medidas adotadas com o propósito de promover a integração de nacionais de países terceiros que sejam residentes legais<sup>59</sup>.

Além disso, não tem a UE a incumbência de harmonização entre as legislações e ordenamentos nacionais, devendo estes apenas não destoarem da proteção garantida pelas demais normas da União Europeia<sup>60</sup>. Em caso de conflito na aplicação das normas, além de todas as medidas de praxe dentro do sistema da UE, reitera-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem plena competência para as matérias de migração e asilo<sup>61</sup>, caso se faça necessário.

Para mais, quanto ao refúgio, a UE também contém normas de proteção específica, sendo as principais

de proveniência, de nacionais de países terceiros que não preencham ou tenham deixado de preencher as condições de entrada, de presença ou de residência no território de um dos Estados-Membros. 4. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer medidas para incentivar e apoiar a ação dos Estados-Membros destinada a fomentar a integração dos nacionais de países terceiros que residam legalmente no seu território, excluindo-se qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. 5. O presente artigo não afeta o direito de os Estados-Membros determinarem os volumes de admissão de nacionais de países terceiros, provenientes de países terceiros, no respetivo território, para aí procurarem trabalho, assalariado ou não assalariado. Artigo 80º - As políticas da União referidas no presente capítulo e a sua execução são regidas pelo princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-Membros, inclusive no plano financeiro. Sempre que necessário, os atos da União adotados por força do presente capítulo conterão medidas adequadas para a aplicação desse princípio”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>59</sup> SANDU, Georgiana. *Fichas temáticas sobre a União Europeia*: política de imigração. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/151/politica-de-asilo>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>60</sup> SANDU, Georgiana. *Fichas temáticas sobre a União Europeia*: política de imigração. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/151/politica-de-asilo>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>61</sup> SANDU, Georgiana. *Fichas temáticas sobre a União Europeia*: política de imigração. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/151/politica-de-asilo>. Acesso em: 28 jul. 2021.

constantes no inciso 2 do artigo 67º<sup>62</sup>, o artigo 78º<sup>63</sup> e 80º do TFUE e no artigo 18º<sup>64</sup> da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Não são poucos os desafios das normas de proteção às pessoas em movimento, mesmo na UE, um dos lugares com legislação de proteção aos direitos humanos mais desenvolvida e complexa. Assim, com o intuito de aprimorar a política europeia comunitária sobre migra-

<sup>62</sup> Observe-se o parágrafo 2º do artigo 67º do TFUE: “[...] [a] União assegura a ausência de controlos de pessoas nas fronteiras internas e desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de imigração e de controlo das fronteiras externas que se baseia na solidariedade entre Estados-Membros e que é equitativa em relação aos nacionais de países terceiros. Para efeitos do presente título, os apátridas são equiparados aos nacionais de países terceiros”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>63</sup> Observe-se o artigo 78º do TFUE “1. A União desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão. Esta política deve estar em conformidade com a Convenção de Genebra, de 28 de julho de 1951, e o Protocolo, de 31 de janeiro de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, e com os outros tratados pertinentes. 2. Para efeitos do n.º 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adotam as medidas relativas a um sistema europeu comum de asilo que inclua: a) Um estatuto uniforme de asilo para os nacionais de países terceiros, válido em toda a União; b) Um estatuto uniforme de proteção subsidiária para os nacionais de países terceiros que, sem obterem o asilo europeu, careçam de proteção internacional; c) Um sistema comum que vise, em caso de afluxo maciço, a proteção temporária das pessoas deslocadas; d) Procedimentos comuns em matéria de concessão e retirada do estatuto uniforme de asilo ou de proteção subsidiária; e) Critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo ou de proteção subsidiária; f) Normas relativas às condições de acolhimento dos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária; g) A parceria e a cooperação com países terceiros, para a gestão dos fluxos de requerentes de asilo ou de proteção subsidiária ou temporária. 3. No caso de um ou mais Estados-Membros serem confrontados com uma situação de emergência, caracterizada por um súbito fluxo de nacionais de países terceiros, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar medidas provisórias a favor desse ou desses Estados-Membros. O Conselho delibera após consulta ao Parlamento Europeu”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>. Acesso em: 28 jul. 2021.

<sup>64</sup> Observe-se o artigo 18º da Carta de Direitos Fundamentais da UE: “Direito de asilo. É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 e do Protocolo de 31 de Janeiro de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados, e nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia”. UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. 2000. Disponível em: <https://op.europa.eu/webpub/com/carta-dos-direitos-fundamentais/pt/>. Acesso em: 28 jul. 2021.



ção, foi apresentada em 2020 a proposta para um Novo Pacto em matéria de Migração e Asilo, que será estudado na próxima subseção.

### 3.2 O Novo Pacto em matéria de Migração e Asilo: soluções novas para um problema antigo?

Visando à uniformização e a correção de deficiências da política europeia comunitária sobre migração, a Comissão Europeia propôs em 23 de setembro de 2020 o Novo Pacto em matéria de Migração e Asilo<sup>65</sup>. O instrumento normativo proposto traz uma série de mudanças quanto à política migratória europeia, propondo, dentre outros pontos, uma nova abordagem sobre o acolhimento de refugiados e demais requerentes de proteção estatal, bem como uma nova gestão das fronteiras internas e externas do espaço Schengen<sup>66</sup>.

Juntamente com o comunicado do Novo Pacto, foram propostos outros nove instrumentos: 1) um novo regulamento quanto à triagem de pessoas, visando estabelecer um novo modelo de triagem dos que chegam ao território europeu<sup>67</sup>; 2) uma proposta de emenda alterando o Regulamento de Procedimento de Asilo, objetivando alterações à proposta da Comissão de 2016, nomeadamente a introdução de novos procedimentos nas fronteiras, abordando os pedidos subsequentes e os procedimentos de recurso<sup>68</sup>; 3) uma proposta de emenda revisando a regulação Eurodac, ambicionando alterações direcionadas à proposta da Comissão de 2016 para corrigir lacunas, transformando o Eurodac em um banco de dados de asilo e migração<sup>69</sup>; 4) um novo re-

gulamento sobre a gestão de asilo e migração, projetando uma regulamentação que estabelece um quadro comum para a gestão da UE, um mecanismo de solidariedade e critérios para examinar os pedidos de asilo<sup>70</sup>; 5) um novo regulamento de crise e força maior, visando instituir um mecanismo de solidariedade, derrogações específicas em casos de força maior e um estatuto de proteção imediata em situações de crise e força maior<sup>71</sup>; 6) um novo plano de preparação para a migração e crise, delineando recomendações que estabelecessem um quadro da UE para antecipar e resolver situações de crise<sup>72</sup>; 7) uma nova recomendação sobre reassentamento e vias complementares, objetivando formalizar o esquema de reassentamento *ad hoc* existente, continuando além de 2021, e abordando caminhos complementares para proteção<sup>73</sup>; 8) uma nova recomendação sobre operações de busca e salvamento por embarcações privadas, ambicionando abordar o uso de embarcações privadas para busca e salvamento, para garantir a segurança da navegação e coordenação entre o Estado e as embarcações privadas<sup>74</sup>; 9) novas orientações sobre a diretiva dos facilitadores, desejando esclarecimentos sobre a não penalização de atividades humanitárias<sup>75</sup>.

---

*identifying an illegally staying third-country national or stateless person and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States' law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes and amending Regulations (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/818. Brussels, 2020. COM/2020/614 final.*

<sup>70</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund]. Brussels, 2020. COM/2020/610 final.*

<sup>71</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum. Brussels, 2020. COM/2020/613 final.*

<sup>72</sup> EUROPEAN COMMISSION. Commission Recommendation (EU) 2020/1366 of 23 September 2020 on an EU mechanism for preparedness and management of crises related to migration. *Jornal Oficial da União Europeia*, Brussels, p. 26–38, set. 2020.

<sup>73</sup> EUROPEAN COMMISSION. Commission Recommendation (EU) 2020/1364 of 23 September 2020 on legal pathways to protection in the EU: promoting resettlement, humanitarian admission and other complementary pathways. *Jornal Oficial da União Europeia*, Brussels, p. 13–22, out. 2020.

<sup>74</sup> EUROPEAN COMMISSION. Commission Recommendation (EU) 2020/1365 of 23 September 2020 on cooperation among Member States concerning operations carried out by vessels owned or operated by private entities for the purpose of search and rescue activities. *Jornal Oficial da União Europeia*, Brussels, p. 23–25, set. 2020.

<sup>75</sup> EUROPEAN COMMISSION. Communication from the Commission Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence 2020/C 323/01. *Jornal Oficial da União*

<sup>65</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre um novo pacto em matéria de migração e asilo*. Bruxelas, 2020.

<sup>66</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre um novo pacto em matéria de migração e asilo*. Bruxelas, 2020.

<sup>67</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817*. Brussels, 2020. COM/2020/612 final.

<sup>68</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU*. Brussels, 2020. COM/2020/611 final.

<sup>69</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of biometric data for the effective application of Regulation (EU) XXX/XXX [Regulation on Asylum and Migration Management] and of Regulation (EU) XXX/XXX [Resettlement Regulation]*, for

Um dos pilares do Novo Pacto é o princípio da solidariedade<sup>76</sup>, um dos conceitos jurídicos fundamentais para a base normativa da UE, que nos últimos anos foi posto em questionamento frente às dissonâncias entre os Estados-membros<sup>77</sup>. Outrossim, além do viés mais expressivo quanto à solidariedade, a proposta do Novo Pacto também propõe medidas mais incisivas quanto ao controle de fronteiras, como a adoção de medidas como a triagem antes da entrada e o reforço ao compartilhamento de informações sobre quem ingressa no bloco em um sistema de dados da UE, o Eurodac<sup>78</sup>.

Não obstante, embora o Novo Pacto proponha soluções para uma problemática atual e que afeta de forma geral toda União, o projeto ainda possui muitas ressalvas, tendo em vista possuir pontos indefinidos sobre questões práticas. Outrossim, continua tratando a questão migratória como uma problemática de segurança pública e não de crise humanitária, já tendo obtido rejeição por parte de alguns Estados-membros, desde o momento em que o projeto foi apresentado pela Comissão Europeia<sup>79</sup>.

Nessas circunstâncias, a proposta para o Novo Pacto, embora aluda a um novo começo na gestão migratória até então aplicada, tão somente reforça as estratégias jurídicas consagradas na UE, isto é, voltadas, sobretudo, à contenção dos fluxos migratórios por meio dos mecanismos de regresso, readmissão e reforço das fronteiras externas<sup>80</sup>. Com efeito, o Novo Pacto não representa

efetiva ruptura jurídica significativa com as política migratória até então aplicadas<sup>81</sup>.

Isso posto, depreende-se que o Novo Pacto é uma tentativa de manter o equilíbrio entre os Estados centro-europeus, avessos à realocação de refugiados, especialmente os membros do Grupo do Visegrado<sup>82</sup>, e os países do Sul da Europa, nomeadamente a Grécia e a Itália, que estão sobrecarregados por solicitações de asilo<sup>83</sup>.

Essa iniciativa da Comissão Europeia surge como reação às tendências desintegradoras fomentadas pelo aumento do euroceticismo e pela ascensão da extrema direita ao poder em ambas as periferias da UE<sup>84</sup>. Outrossim, percebe-se que, por mais que haja previsão de medidas baseadas na solidariedade e na repartição de encargos, o problema só está sendo aliviado.

A proposta do Novo Pacto ainda é insuficiente para a resolução da problemática da gestão migratória, considerando a pouca eficácia das medidas propostas e a baixa demanda de engajamento dos Estados-membros da UE no enfrentamento dos desafios relativos à gestão da migração.

Certamente, o cerne dos entraves ao avanço do projeto europeu de integração, originados pelos fluxos migratórios, não deixará de existir com o simples enrijecimento do controle das fronteiras e o regresso ou recolocação *ad eternum* dos migrantes.

*Europa*, Brussels, p. 1–6, out. 2020.

<sup>76</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre um novo pacto em matéria de migração e asilo*. Bruxelas, 2020. COM(2020) 609 final.

<sup>77</sup> MORENO-LAX, Violeta. Seeking asylum in the Mediterranean: against a fragmentary reading of EU member States' obligations accruing at sea. *International Journal of Refugee Law*, 2011.

<sup>78</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre um novo pacto em matéria de migração e asilo*. Bruxelas, 2020. COM(2020) 609 final.

<sup>79</sup> WELLE, Deutsche. *EU migration policy: Eastern European leaders get tough on new plans*. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/en/eu-migration-policy-eastern-european-leaders-get-tough-on-new-plans/a-55040039>. Acesso em: 22 jul. 2021.

<sup>80</sup> CAVALCANTE FILHO, João Mauricio Malta; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. Gestão migratória e integração regional: uma análise sobre a regulamentação normativa dos fluxos migratórios irregulares na União Europeia à luz do novo pacto europeu sobre migração e asilo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 211-230, 2021.

<sup>81</sup> CAVALCANTE FILHO, João Mauricio Malta; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. Gestão migratória e integração regional: uma análise sobre a regulamentação normativa dos fluxos migratórios irregulares na União Europeia à luz do novo pacto europeu sobre migração e asilo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 211-230, 2021.

<sup>82</sup> O grupo do Visegrado ou V4 é composto pela Polónia, Chéquia, Hungria e Eslováquia. LOSS, Flávia. *O grupo de Visegrado e a União Europeia*. 2019. Disponível em: <http://observatorio.repri.org/2019/03/19/o-grupo-de-visegrado-e-a-uniao-europeia/>. Acesso em: 3 ago. 2021.

<sup>83</sup> FERREIRA, Leticia Figueiredo. *O novo pacto sobre migração e asilo da União Europeia: vitória da extrema direita ou novos impasses?*. 2020. Disponível em: <https://neai-unesp.org/o-novo-pacto-sobre-migracao-e-asilo-da-uniao-europeia-vitoria-da-extrema-direita-ou-novos-impasses/>. Acesso em: 03 ago. 2021.

<sup>84</sup> FERREIRA, Leticia Figueiredo. *O novo pacto sobre migração e asilo da União Europeia: vitória da extrema direita ou novos impasses?*. 2020. Disponível em: <https://neai-unesp.org/o-novo-pacto-sobre-migracao-e-asilo-da-uniao-europeia-vitoria-da-extrema-direita-ou-novos-impasses/>. Acesso em: 03 ago. 2021.

## 4 Considerações Finais

A gestão da migração no contexto da UE é uma questão complexa, possuindo muitas facetas que precisam ser avaliadas conjuntamente. Considerando que cada Estado-membro é afetado de forma diferente pelos fluxos migratórios, as reações políticas nacionais e as medidas tomadas são muitas vezes descoordenadas. Enquanto os Estados localizados nas fronteiras do bloco recebem um contingente bastante elevado de migrantes e refugiados, outros não tão afetados pela crise se mantêm resistentes à perspectiva de terem de contribuir. Assim sendo, não são poucos os desafios na aplicação das normas de proteção às pessoas em movimento, mesmo dentro da UE, que é um dos lugares com legislação em nível de proteção de direitos humanos mais desenvolvida e complexa. As deficiências da política comunitária sobre gestão migratória e a atuação de forma desalinhada dos Estados-membros levam à ocorrência de várias dissonâncias, enfraquecendo a unidade do bloco e evidenciando falhas estruturais que ameaçam a continuidade do bloco.

Nesse cenário, a saída do Reino Unido da UE - o *Brexit* - foi um acontecimento que colocou à prova a existência do bloco europeu. Em uma conjuntura pós-*Brexit*, emergem questionamentos quanto ao futuro da UE, haja vista o fortalecimento de partidos de extrema-direita e o crescimento de pensamentos eurocéticos corroborarem com a adoção de políticas debilitadoras à tutela dos direitos humanos, especialmente no que diz respeito às pessoas migrantes. Outrossim, as discordâncias entre os Estados-membros da UE, relativas, principalmente, à falta de solidariedade e à incapacidade de encontrar uma resposta coerente para a gestão dos fluxos migratórios, mostram que a Europa ainda tem um longo caminho a percorrer para achar a melhor solução para a situação.

Para mais, a supramencionada conclusão é reforçada pelo fato do projeto mais atual da UE quanto à regulamentação da gestão migratória, exposto na proposta do Novo Pacto em Matéria de Migração e Asilo de 2020, não representar efetiva ruptura jurídica significativa com as políticas migratórias até então aplicadas. Tão somente são reforçadas as estratégias jurídicas já consagradas na UE, sendo essas prioritariamente voltadas à contenção dos fluxos migratórios. Para além disso, o cerne dos desafios ao avanço no projeto europeu de integração, originados pelos fluxos migratórios, não são

efetivamente enfrentados com o simples enrijecimento do controle das fronteiras e o regresso ou recolocação *ad eternum* dos migrantes. Fazem-se necessárias, portanto, medidas de maior eficácia e maior engajamento dos Estados-membros da UE no enfrentamento a longo prazo da gestão da migração.

À vista disso, conclui-se que o futuro da UE quanto à temática migração ainda é incerto. Embora se reconheça a existência de deficiências nos instrumentos normativos vigentes, abrindo espaço para o surgimento de mais rusgas no projeto de integração europeia, as questões políticas, econômicas e sociais particulares de cada Estado ou grupo de Estados se apresentam, muitas vezes, como grande obstáculo a ser superado, especialmente frente à implementação do princípio da solidariedade e das demais normas de tutela aos direitos humanos como vetores hermenêuticos protetivos dos migrantes e refugiados.

## Referências

- ANNONI, Danielle; DUARTE, Mônica. A proteção jurídica aplicável aos migrantes e aos refugiados. In: SEMINÁRIO NACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA & III MOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 13., 2017, Santa Cruz do Sul. *Anais* [...]. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/16943/4154>. Acesso em: 15 ago. 2021.
- APOLINÁRIO, Silvia Menicucci; JUBILUT, Liliana. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 6, p. 275-294, jan./jun. 2010.
- BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2017. Disponível em: <https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f8d9b32e-6a03-4137-9e5a-9bbaba7d1d40>. Acesso em: 06 ago. 2021.
- BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 14 jul. 2022.

CARVALHO, Felipe Augusto Lopes. Criminalização de imigrantes ilegais na União Europeia: novos paradigmas a partir do caso Celaj. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 252-268, 20 jun. 2019. DOI <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v16i1.5956>.

CAVALCANTE FILHO, João Mauricio Malta; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. Gestão migratória e integração regional: uma análise sobre a regulamentação normativa dos fluxos migratórios irregulares na União Europeia à luz do novo pacto europeu sobre migração e asilo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 211-230, 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões sobre um novo pacto em matéria de migração e asilo*. Bruxelas, 2020.

COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Convenção relativa ao estatuto dos refugiados*. Geneva, 1951. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf). Acesso em: 28 jul. 2021.

COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Perguntas e respostas: como diferenciar o refúgio da migração econômica?* Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/perguntas-e-respostas/#diferenciar>. Acesso em: 28 jul. 2021.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho, de 14 de setembro de 2015, que estabelece medidas provisórias a favor da Itália e da Grécia no domínio da proteção internacional. *Jornal Oficial da União Europeia*, p. 146–156, set. 2015.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão (UE) 2015/1601 do Conselho, de 22 de setembro de 2015, que estabelece medidas provisórias no domínio da proteção internacional a favor da Itália e da Grécia. *Jornal Oficial da União Europeia*, p. 80–94, set. 2015.

COSTA, Olivier. *A União Europeia e sua política exterior: história, instituições e processo de tomada de decisão*. Brasília: Funag, 2017.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *Judgment in Joined Cases C-715/17, C-718/17*

and C-719/17 - *Commission v. Poland, Hungary and the Czech Republic*. 2020. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200040en.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU*. Brussels, 2020.

EUROPEAN COMMISSION. *Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of biometric data for the effective application of Regulation (EU) XXX/XXX [Regulation on Asylum and Migration Management] and of Regulation (EU) XXX/XXX [Resettlement Regulation], for identifying an illegally staying third-country national or stateless person and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States' law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes and amending Regulations (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/818*. Brussels, 2020.

EUROPEAN COMMISSION. Commission Recommendation (EU) 2020/1364 of 23 September 2020 on legal pathways to protection in the EU: promoting resettlement, humanitarian admission and other complementary pathways. *Jornal Oficial da União Europeia*, Brussels, p. 13–22, out. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. Commission Recommendation (EU) 2020/1365 of 23 September 2020 on cooperation among Member States concerning operations carried out by vessels owned or operated by private entities for the purpose of search and rescue activities. *Jornal Oficial da União Europeia*, Brussels, p. 23–25, set. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. Commission Recommendation (EU) 2020/1366 of 23 September 2020 on an EU mechanism for preparedness and management of crises related to migration. *Jornal Oficial da União Europeia*, Brussels, p. 26–38, set. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. Communication from the Commission Commission Guidance on the implementation of EU rules on definition and prevention of the facilitation of unauthorised entry, transit and residence 2020/C 323/01. *Jornal Oficial da União Europeia*, Brussels, p. 1–6, out. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Eu-*

European Economic and Social Committee and the Committee of the regions: a European Agenda on Migration. Brussels, 2015.

EUROPEAN COMMISSION. *Managing migration better in all aspects: a European agenda on migration*. 2015. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_15\\_4956](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_4956). Acesso em: 13 jul. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *New Pact on Migration and Asylum, setting out a fairer, more European approach*. 2020. Disponível em: [https://ec.europa.eu/home-affairs/news/new-pact-migration-and-asylum-setting-out-fairer-more-european-approach-2020-09-23\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/news/new-pact-migration-and-asylum-setting-out-fairer-more-european-approach-2020-09-23_en). Acesso em: 04 jun. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *New Pact on Migration and Asylum: question and answers*. 2020. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda\\_20\\_1707](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_1707). Acesso em: 03 ago. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum*. Brussels, 2020.

EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council introducing a screening of third country nationals at the external borders and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 and (EU) 2019/817*. Brussels, 2020.

EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on asylum and migration management and amending Council Directive (EC) 2003/109 and the proposed Regulation (EU) XXX/XXX [Asylum and Migration Fund]*. Brussels, 2020.

FEDERICO, Veronica. Conclusion: solidarity as a public virtue?. In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (ed.). *Solidarity as a public virtue?: law and public policies in the European Union*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 495-542.

FERREIRA, Letícia Figueiredo. *O novo pacto sobre migração e asilo da União Europeia: vitória da extrema direita ou novos impasses?*. 2020. Disponível em: <https://neai-unesp.org/o-novo-pacto-sobre-migracao-e-asilo-da-uniao-europeia-vitoria-da-extrema-direita-ou-novos-impasses/>. Acesso em: 03 ago. 2021.

FERREIRA, Susana. *Mediterranean immigration in the post-Arab Spring: (de) constructing myths of large-scale mi-*

grations. In: JORNADAS DE ESTUDIOS DE SEGURIDAD, 6., 2014, Madrid: IUGM, 2014.

FERREIRA, Susana. Orgulho e preconceito: a resposta europeia à crise de refugiados. *Relações Internacionais*, Lisboa, n. 50, p. 87-107, jun. 2016. Disponível em [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrn=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992016000200007&lng=pt&nrn=iso). Acesso em: 30 maio 2019.

FIGLINO, Beatriz. A validação da exclusão do imigrante em esferas representativas na campanha pela Brexit. *Pensata: Revista dos Alunos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da UNIFESP, [S. l.]*, v. 7, n. 1, 2019. DOI 10.34024/pensata.2018.v7.10102. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/pensata/article/view/10102>. Acesso em: 24 jul. 2021.

FILLMORE, Matthew. L. R. *Italy, the European Union, and Mediterranean migrants: opportunity from crisis?*. 2016. Dissertação (Master of Arts in Security Studies - Europe and Eurasia) - Naval Postgraduate School, Monterey, 2016.

GARCIA, Fernanda di Flora. A exceção é a regra: os centros de detenção para imigrantes na Itália. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Urbana*, Brasília, ano 22, n. 43, p. 235-250, 2014.

GUIMARÃES, Gabriel Braga. A última fronteira europeia: os reflexos da migração pelo mar na atual conjuntura europeia. In: MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; MELO, Silvana Paula Martins de; QUEIROZ, Arthur Gustavo Saboya de; FREITAS, Nikaelly Lopes de; SILVA, Amon Elpídio da (org.). *Perspectivas contemporâneas do direito internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 473-491.

GUIMARÃES, Gabriel Braga. Análise do caso do navio Aquarius e os desafios à aplicação do princípio do non-refoulement frente às dificuldades impostas pela crise migratória. In: MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; FRANÇA, Marcos Sousa (org.). *Governança internacional e os desafios contemporâneos da agenda multilateral*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. p. 329-346.

HOFF, Natali Laise Zamboni; SILVA, Ronaldo; ZABOLOTSKY, Boris Perius; SOUTTO, Dafne Lavinas. Brexit: União Europeia: a imigração como uma questão de segurança internacional. *Revista de Estudos Internacionais (REI)*, João Pessoa, v. 8, n. 3, p. 64-82, 2017.

- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Facts and figures: migration in the twenty-first century*. Disponível em: <http://moscow.iom.int/en/facts-and-figures>. Acesso em: 27 jul. 2021.
- LOSS, Flavia. *O grupo de Visegrado e a União Europeia*. 2019. Disponível em: <http://observatorio.repri.org/2019/03/19/o-grupo-de-visegrado-e-a-uniao-europeia/>. Acesso em: 3 ago. 2021.
- MARCUSSEN, Martin; RISSE, Thomas; ENGELMAN-MARTIN, Daniela; KNOP, Hans-Joachim; FOSTER, Klaus. Constructing Europe? the evolution of French, British and German Nation-State identities. *Journal of European Public Policy*, v. 6, n. 4, p. 614-633, 1999.
- MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Reflexos do direito internacional dos direitos humanos na proteção aos refugiados: análise do caso brasileiro. In: TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de; CANOTILHO, Mariana Rodrigues; ARNAUD, Wanda Maria de Lemos. (org.). *Direito internacional dos direitos humanos I*. Florianópolis: CONPEDI, 2017. v. 1. p. 30-55.
- MARQUES JÚNIOR, William Paiva; SILVA, Fernanda Cláudia Araújo da. A transnacionalidade e os direitos humanos como elementos de resolução sobre o aspecto de provisoriedade ou definitividade do instituto do Refúgio. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: NOVOS DESAFIOS NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO, 5., 2017, Pérúgia. *Anais [...]*. Itajaí: UNIVALI, 2017. v. 01. p. 295-313.
- MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira. *Governança conflituosa das fronteiras marítimas, securitização e migração irregular*. 2019. 350 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.
- MATOS, Ana Carolina Barbosa Pereira; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. Políticas de externalização de fronteiras: uma análise sob a perspectiva do direito internacional dos refugiados e da diretiva europeia sobre procedimentos comuns para a concessão e a revogação de proteção. In: FERRAZ, Daniel Amin; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; LASMAR, Jorge Mascarenhas (org.). *Política exterior, segurança e estratégia global*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 2-22.
- MORENO-LAX, Violeta. Seeking asylum in the Mediterranean: against a fragmentary reading of EU member States' obligations accruing at sea. *International Journal of Refugee Law*, 2011.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 27 jul. 2021.
- NODA, Orion Siufi. London walling: brexit and the securitisation of migration in the united kingdom. *Conjuntura Internacional*, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 13-22, 22 ago. 2018.
- OLIVEIRA, Catarina Reis; PEIXOTO, João; GÓIS, Pedro. Nova crise dos refugiados na Europa: o modelo de repulsão-atração revisitado e os desafios para as políticas migratórias. *Revista Brasileira de Estudos de População*, Belo Horizonte, v. 34, n. 1, p. 73-98, jan./abr. 2017.
- PATRÃO, Afonso. O direito de abandonar a União Europeia à luz do Tratado de Lisboa: a extinção do direito de livremente abandonar à união? In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (org.). *Estudos em homenagem ao prof. doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 4. p. 755-794.
- PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza *ius cogens* e a proteção internacional dos refugiados. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S. l.], n. 7, p. 51-68, dez. 2006. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/94>. Acesso em: 15 ago. 2021.
- PAVY, Eeva. *Fichas temáticas sobre a União Europeia: o Tratado de Lisboa*. 2022. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/5/o-tratado-de-lisboa>. Acesso em: 12 jul. 2022.
- POPTCHEVA, Eva-Maria. *Article 50 TEU: Withdrawal of a Member State from the EU*. Members' Research Service, 2016. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577971/EPRS\\_BRI\(2016\)577971\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577971/EPRS_BRI(2016)577971_EN.pdf). Acesso em: 11 jul. 2022.
- RICHMOND, Anthony H. Sociological theories of international migration: the case of refugees. *Current Sociology*, v. 36, n. 2, p. 7-25, 1988.
- SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Dawisson Belém; DIZ, Jamile Mata. Introdução. In: SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Dawisson Belém; DIZ, Jamile Mata (org.). *Coleção*

- desafios globais, Europa*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2021. v. 5, p. 15-29. ISBN 978-65-5858-024-9.
- SANDU, Georgiana. *Fichas temáticas sobre a União Europeia: política de imigração*. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/151/politica-de-asilo>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- SANTOS, Valdirene Ferreira. *Sobre a imigração ilegal na Europa e os espaços de exceção: o caso dos centros de internamento para estrangeiros na Espanha*. 2014. 103 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Araraquara, 2014.
- SECRETARY-GENERAL OF THE EUROPEAN COMMISSION. *Annexe au Document de Travail des Services de la Commission. Étude sur les instruments de droit international pertinents en matière d'immigration clandestine par voie maritime*. Study on the international law instruments in relation to illegal immigration by sea. 2007.
- SOKOLSKA, Ina. *Fichas temáticas sobre a União Europeia: os Tratados de Maastricht e de Amesterdão*. 2022. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/3/os-tratados-de-maastricht-e-de-amesterdao>. Acesso em: 12 jul. 2022.
- SOKOLSKA, Ina. *Fichas temáticas sobre a União Europeia: os tratados iniciais*. 2021. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/1/os-tratados-iniciais>. Acesso em: 6 ago. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. 2000. Disponível em: <https://op.europa.eu/webpub/com/carta-dos-direitos-fundamentais/pt/>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A12012E%2FTXT>. Acesso em: 28 jul. 2021.
- WELLE, Deutsche. *EU migration policy: Eastern European leaders get tough on new plans*. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/en/eu-migration-policy-eastern-european-leaders-get-tough-on-new-plans/a-55040039>. Acesso em: 22 jul. 2021.
- WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.). *Solidarity: a structural principle of international law*. Berlin: Springer Berlin Heidelberg, 2010. p. 3-54.
- WENDEN, Catherine Wihtol de. As novas migrações. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v.13, n.23, p.17-28, 2016.
- WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *A produção da vida nua no patamar de (in)distinção entre direito e violência: a gramática dos imigrantes como “sujeitos de riscos” e a necessidade de arrostar a mixofobia por meio da profanação em busca da comunidade que vem*. São Leopoldo, 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**El Derecho humano a la  
Identidad cultural de las mujeres  
migrantes en el Derecho  
Internacional: estándares de la  
Corte** Interamericana de Derechos  
Humanos y del Tribunal Europeo de  
Derechos Humanos

**The Human Right to Cultural  
Identity of Migrant Women in  
International Law: Standards of  
the Inter-American Court of Human  
Rights and the European Court of  
Human Rights**

Glorimar Alejandra Leon Silva

Juan Jorge Faundes Peñafiel

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**



# El Derecho humano a la Identidad cultural de las mujeres migrantes en el Derecho Internacional: estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos\*

## The Human Right to Cultural Identity of Migrant Women in International Law: Standards of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights

Glorimar Alejandra Leon Silva\*\*

Juan Jorge Faundes Peñafiel\*\*\*

### Resumen

La creciente feminización de la migración plantea, entre otras, la cuestión del derecho a la identidad cultural de las mujeres migrantes. En ese marco, el objeto de este artículo es evaluar si la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reconocen el derecho humano a la identidad cultural a las mujeres migrantes, considerando la doctrina relevante, sus fuentes normativas en común, estándares y evaluando el alcance de los razonamientos en sus respectivas decisiones. Los resultados serán expuestos en dos partes: la primera, revisa panorámicamente la justificación de este derecho en el sistema universal de derechos humanos; y, la segunda, revisa la jurisprudencia desarrollada en torno a este derecho en los subsistemas regionales de derechos humanos. La metodología es de estudio dogmático de las fuentes normativas, revisión bibliográfica y verificación jurisprudencial.

**Palabras-clave:** identidad cultural; derechos humanos; no discriminación; principio de igualdad; perspectiva de género; mujeres migrantes.

### Abstract

The growing feminization of migration raises, among others, the question of the right to cultural identity of migrant women. In this framework, the purpose of this article is to assess whether the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (and the European Court of Human Rights) recognize the human right to cultural identity of migrant women, considering the relevant doctrine, their normative sources in common, standards and evaluating the scope of the reasoning in their respective decisions. The results will be presented in two parts: the first, a panoramic review of

\* Recibido em 07/08/2023  
Aprovado em 18/08/2023

\*\* Doctora em Derecho, Universidad Autónoma de Chile. Profesora Investigadora, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile. Investigadora Responsable del Proyecto: Fondecyt de Postdoctorado “Inmigración y derecho a la identidad cultural: problemas y estándares para la regulación en Chile”. N° 3210773, 2021-2023. Investigadora del proyecto: FONDEF IDeA I+D ID22I10207: “Protocolo de atención clínica-jurídica con perfil intercultural para población migrante e indígena” (2022-2024). Email: gleon8079@gmail.com

\*\*\* Académico Docente Investigador - ADI, Facultad de Derecho, Sede Temuco Instituto de Investigaciones en Derecho Claustro. Doctorado en Derecho, Universidad Autónoma de Chile. Doctor en procesos sociales y políticos en América Latina. Proyecto Fondecyt Regular “Proyectos de inversión en nuevas energías renovables y sus efectos sobre comunidades indígenas: estudio de la Nueva Institucionalidad Ambiental y sus brechas en perspectiva de Justicia Ambiental”. N°1210706. E-mail: juanjorgef@gmail.com.

the justification of this right in the universal system of human rights; and, the second, reviews the jurisprudence developed around this right in the regional subsystems of human rights. The methodology is dogmatic study of regulatory sources, bibliographic review and jurisprudential verification.

**Keywords:** cultural identity; human rights; non-discrimination; principle of equality; gender perspective; migrant women.

## 1 Introducción

En este trabajo nos enfocamos en el derecho humano a la identidad cultural (DHIC) y las peculiaridades en torno a su reconocimiento respecto de las mujeres migrantes en América y Europa. Nos preguntamos sí, conforme la jurisprudencia sobre el derecho humano a la identidad cultural sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la jurisprudencia sobre derechos culturales desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH), es posible afirmar el reconocimiento del DHIC respecto de las mujeres migrantes, considerando sus fuentes en común. Luego, evaluamos el alcance de los razonamientos en sus respectivas decisiones<sup>1</sup>. Para ello, bajo una perspectiva de género<sup>2</sup>, revisamos las implicaciones de

<sup>1</sup> Sobre esta idea, véase: BURGORGUE-LARSEN, Laurence; MONTOYA CÉSPEDES, Nicolás. El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de derechos humanos y la Corte Europea de derechos humanos. In: BANDEIRA GALINDO, George; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (coord.). *Protección multinivel de Derechos humanos*: manual. Barcelona: DHES, 2013. p. 187-210.; GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012.

<sup>2</sup> Con la presencia de mujeres en las migraciones internacionales -y su tendencial incremento- cobra especial interés la inclusión de una perspectiva de género que visibilice situaciones de vulnerabilidad y riesgo que explican las características propias de este colectivo. REBOLLEDO, Teresa; RODRÍGUEZ, Rocío. Mujeres migrantes: vulnerabilidad y Derechos Humanos. *Revista de Ciencias Sociales*, Colombia, v. 6, n. 2, p. 59-60, 2019. p. 60.; COMITÉ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*. 2008. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>. Acceso en: 13 jun. 2023. párr. 5. evitando su reificación como si constituyeran una categoría única. BARAÑANO, Margarita; MARCHETTI, Sabrina. Perspectivas sobre género, migraciones transnacionales y trabajo: rearticulaciones del trabajo de reproducción social y de cuidados en la Europa del Sur. *Investigaciones Feministas*, España, v. 7, n. 1, p. 9-33, 2016. p. 18. El género como categoría de análisis implica un término relacional entre hom-

este derecho respecto de estos colectivos e identificamos sus estándares en la respectiva jurisprudencia de estas cortes.

Nuestra hipótesis considera que los estándares planteados por estas cortes regionales genéricamente contienen un núcleo normativo que permitiría amparar el derecho humano a la identidad cultural de las mujeres migrantes que integran minorías étnicas, nacionales y religiosas, tanto en el ámbito americano como en el europeo, bajo ciertas limitaciones que señalaremos en el desarrollo de este trabajo. En este contexto, nuestro objetivo será identificar los elementos análogos que conforman el derecho humano a la identidad cultural respecto de las mujeres migrantes a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH. Para ello emplearemos una metodología: a) dogmática y hermenéutica respecto de las fuentes -universales y regionales- que reconocen el DHIC junto a aquellas erigidas para prevenir la discriminación por razones de género, complementada con revisión bibliográfica atingente; b) análisis jurisprudencial de las sentencias emitidas por la Corte IDH y del TEDH, empleando herramientas del método de derecho comparado -atendiendo a su rol constructivo-<sup>3</sup> y aplicado a este nivel regional. Nos concentraremos en las decisiones elaboradas por estas cortes regionales en torno al contenido normativo del derecho humano a la identidad cultural, su reciprocidad, alcances y brechas en el reconocimiento de este derecho respecto de las

bres y mujeres en base al conjunto de características específicas y culturales que identifica su comportamiento social. GONZÁLEZ, Aida. El protocolo facultativo de la CEDAW: mitos y supuestos. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (ed.). *Convención CEDAW y Protocolo Facultativo*: Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. San José de Costa Rica: Editorama, 2004. p. 147-183. p. 167. Este abordaje toma en cuenta la posición de desigualdad y subordinación estructural de las mujeres migrantes respecto de los hombres, junto a las prohibiciones de discriminación por razones de género en lo que atañe al reconocimiento y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y, dentro de estos, el DHIC. Bajo esta perspectiva, proponemos la consecución de la igualdad de derechos y oportunidades entre varón y mujer en temas relativos al ejercicio del DHIC, sin homogeneizarlos, difiriendo con ello de «...los planteamientos formulados por la ideología de género, la cual aboga por un igualitarismo que homogeneiza al varón y a la mujer, ignorando cualquier tipo de diferencias entre los sexos, incluyendo las biológicas». MIRANDA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género. *Dikaion*, v. 21, n. 2, p. 337-356, 2012. p. 347.

<sup>3</sup> GUTTERIDGE, Harold Cooke. *Comparative law: an introduction to the comparative method of legal studies & research*. Cambridge: Cambridge University Press, 1947.; KAMBA, Walter. *Comparative law: a theoretical framework*. *International Comparative Law Quarterly*, v. 23, n. 3, p. 485-519, jul. 1972.

mujeres migrantes. Conjuntamente, se incluirá un enfoque de género a fin de aprehender las especificidades de este derecho respecto de las mujeres migrantes<sup>4</sup>.

En cuanto a su estructura, los resultados de este estudio serán expuestos en dos partes. La primera, dedicada a la revisión panorámica del DHIC y sus particularidades respecto de las mujeres migrantes, así como su reconocimiento progresivo en los Sistemas -Universal y regionales (ámbito americano y europeo)- de protección de Derechos Humanos; atendiendo a los principales instrumentos internacionales erigidos en estos sistemas, junto a aquellos específicamente instituidos para la promoción paritaria de los derechos de las mujeres. Aquí también se revisarán las observaciones generales y demás resoluciones emanadas de los órganos creados para la vigilancia de su cumplimiento, junto a la doctrina más relevante. La segunda, enfocada en la revisión jurisprudencial de las decisiones emitidas por las cortes regionales -atendiendo a la delimitación metodológica referida en el párrafo anterior- y el posible diálogo entre estas<sup>5</sup>.

## 2 Desarrollo

### 2.1 Primera Parte: Revisión panorámica del Derecho Humano a la Identidad Cultural y las mujeres migrantes

Sin entrar en precisiones antropológicas que exceden el objeto de este estudio, el DHIC hace referencia a aquellos elementos culturales bajo los que una persona o un grupo se autodefine, se manifiesta y desea ser reconocido<sup>6</sup>. Por ello, entendemos que el DHIC es un *derecho síntesis*

que entrelaza el derecho a la identidad y el derecho a la cultura<sup>7</sup>. Roman definía el derecho a la cultura como la unión de dos conceptos: el “*droit d'accès à la culture*” y el “*droit à la participation à la vie culturelle*”<sup>8</sup>. Asimismo, el DHIC contiene transversalmente tanto derechos individuales como colectivos<sup>9</sup> y se observa como un derecho sujeto a interpretaciones humanas y a constante reinterpretación<sup>10</sup>. Enraizado en las libertades inherentes a la dignidad de la persona, el ejercicio del DHIC<sup>11</sup> es un presupuesto del respeto a la diversidad cultural<sup>12</sup> democrática<sup>13</sup>.

el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, año 3, p. 43-69, 2007. p. 44.

<sup>7</sup> FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019. p. 514.

<sup>8</sup> El derecho de acceso a la cultura y el derecho a participar en la vida cultural. ROMAN, D. L'accès à la culture dans les politiques de lutte contre l'exclusion sociale. In: FRIER, Deguegue (dir.). *L'art et le droit: écrits en hommage à Pierre-Laurent*. Paris: Publications de la Sorbonne, 2010. p. 345.

<sup>9</sup> RUIZ, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 40, n. 118, p. 193-239. 2007. p. 196, 198.; OLIVARES, Alberto. El derecho a la identidad cultural. In: AGUILAR, Gonzalo (ed.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 175-190. p. 175, 176.

<sup>10</sup> BENNOUNE, Karima. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales*: documento de las Naciones Unidas A/HRC/31/59. 2016. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/31/59>. Acceso en: 3 mar. 2023. párr. 8.; RUIZ, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 40, n. 118, p. 193-239. 2007. p. 198.

<sup>11</sup> La premisa y punto de partida de este estudio se incardina en la identidad cultural como un derecho humano, común americano-europeo que ampara los derechos de los pueblos indígenas y de otras minorías culturales en América y Europa. FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho humano a la identidad cultural. *Revista de Derecho Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 222-255, 2020.

<sup>12</sup> Esta noción de diversidad cultural se traduce en la renovación de los aspectos relacionados con la cuestión cultural, fungiendo como puente entre el enfoque universalista de la cultura y el diferencialismo particularista que tiene como objetivo plasmar el concepto de identidad cultural. CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. El derecho a la cultura como derecho fundamental. *Revista electrónica iberoamericana*, v. 4, n. 1, p. 92-115, 2010. p. 97. El Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural de 2001 le define: “la culture doit être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs spirituels et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social; elle englobe, outre les arts et les lettres, les modes de vie, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances”. Véase también, OLIVA MARTINEZ, Daniel. Diversidad cultural. In: DIAZ, Castor; MORENO SALVADOR, Ana (dir.). *El glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e integración*: comercio, cultura y desarrollo. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 232.

<sup>13</sup> La Corte IDH ha avanzado sólidamente en relación con el reconocimiento del derecho a la identidad cultural como un derecho fun-

<sup>4</sup> STERN, Ana. Género y migración. In: PÉREZ, Nancy (coord.). *Hacia la construcción de políticas públicas a favor de las mujeres migrantes: Caso Chiapas*. México: INCIDE Social/Sin Fronteras IAP, 2010. p. 31-41. p. 34.; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Política de la OIM sobre la igualdad de género 2015-2019*. 2015. Disponible en: <https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/2018-07/C-106-INF-8-Rev.1-Poli%CC%81tica-de-la-OIM-sobre-la-Igualdad-de-Ge%CC%81nero-2015-2019.pdf>. Acceso en: 5 jul. 2023. p. 14.

<sup>5</sup> Cuando referimos a “diálogo” nos situamos en la idea del desarrollo progresivo, respectiva y comparadamente, en el Sistema Europeo y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sobre ello, véase, FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional*: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

<sup>6</sup> RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde

Las características del DHIC –bien sea ejercido de forma individual o colectivamente<sup>14</sup>– han de diferenciarse dependiendo de las necesidades particulares de sus titulares. En el caso de las mujeres migrantes, este derecho deviene en *transversal*<sup>15</sup>, al jugar un rol preponderante en la realización de los derechos de las mujeres y viceversa<sup>16</sup>. Su reconocimiento estará vinculado a sus sistemas de valores, creencias, tradiciones y empleo de su idioma, reflejando mayor intensidad respecto de su cohesión y cultura por resistir el desarraigo territorial. Constituye un elemento necesario para reforzar los elementos identitarios que les caracterizan dondequiera que vayan y su reconocimiento supone asegurarles una mayor participación; para que ellas puedan decidir sobre las prácticas, los valores o las tradiciones que deben mantenerse, reorientarse, modificarse o abandonarse<sup>17</sup>.

damental amparado por la CADH. Como veremos más adelante, ello también se observa en los pronunciamientos interpretativos del SEDH por parte del TEDH.

<sup>14</sup> DEL REAL, Alberto. *El derecho a la Identidad Cultural: ¿derecho de la persona o derecho de los pueblos?* Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014. p. 18, ss.

<sup>15</sup> El reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención. FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge; VALLEJOS ROA, Liz. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural: abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL editores, 2020. p. 107-144. p. 116. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena Yakye Axa V.s. Paraguay*: Fallo (Serie C N°125): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005). párr. 51.; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku V.s. Ecuador*: Fallo (Serie C N° 245): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12 junio de 2012). párr. 215, p. 67.

<sup>16</sup> SHAHEED, Farida. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales*: documento de las Naciones Unidas A/67/287. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/287>. Acceso en: 13 jul. 2023. párr. 5.

<sup>17</sup> SHAHEED, Farida. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales*: documento de las Naciones Unidas A/67/287. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/287>. Acceso en: 13 jul. 2023. párr. 6. En este informe la Relatora Especial en derechos culturales hizo hincapié en el derecho de las mujeres a tener acceso, participar y contribuir a todos los aspectos de la vida cultural. Mas importante aún, esta experta ha propuesto pasar del paradigma según el cual la cultura supone un obstáculo para los derechos de la mujer a un paradigma que busque garantizar la igualdad en el disfrute de los derechos culturales.

### 2.1.1 Reconocimiento progresivo del DHIC de las mujeres migrantes en el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

En el derecho internacional se observa el desarrollo progresivo del DHIC mediante diversos instrumentos<sup>18</sup>. En primer lugar, conforme los diversos instrumentos internacionales que reconocen los derechos culturales es posible sostener la protección del DHIC de las mujeres migrantes<sup>19</sup>, con fundamento en el *principio de Igualdad y no discriminación*. Este principio emana de la dignidad personal<sup>20</sup> -entendida como una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de *todo ser humano*- que exige el respeto de su legítima esfera de autonomía e independencia<sup>21</sup>, permitiendo deducir este derecho, entre otros<sup>22</sup>. Atendiendo a la conexión existente entre migración y género<sup>23</sup> que se observa tanto en la creciente presencia de mujeres en la migración internacional<sup>24</sup>

<sup>18</sup> SHAHEED, Farida. *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council*: documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/36. 2010. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/14/36>. Acceso en: 10 jun. 2023. Si bien el reconocimiento del DHIC se observa en instrumentos que constituyen normas de hard law, también está presente en declaraciones o normas de soft law sin valor vinculante internacional, pero de gran influencia. Sobre ello, véase: LEÓN SILVA, Glorimar; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Existe el derecho humano a la identidad cultural de los migrantes en el Derecho Internacional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 3, p. 350-382, 2021.; LEÓN SILVA, Glorimar; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes, fuentes internacionales y recepción en Chile. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 1, p. 289-318, 2022.

<sup>19</sup> DONDEERS, Yvonne. Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed! *Diritti umani e diritto internazionale*, v. 12, n. 5, p. 525-548, 2018. p. 527.

<sup>20</sup> MARÍN, María Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 9, p. 1-8, 2007. p. 2.; VALLS, Ramon. El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 5, p. 278-285, 2015. p. 283-285. p. 283-285.; SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

<sup>21</sup> HÜBNER, Jorge. *Panorama de los derechos humanos*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1973. p. 19.

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, v. 55, n. 64, p. 3-25, 2010. p. 6-8.

<sup>23</sup> Existe una relación entre migración y género, en la que este último -junto a las diversas configuraciones culturales de los países receptores - influye marcadamente en las motivaciones de las mujeres para migrar. GUIZARDI, Menara; GONZÁLVEZ, Herminia; STEFONI, Carolina. De feminismos y movibilidades: debates críticos sobre migraciones y género en América Latina (1980-2018). *RUMBOS TS*, n. 18, p. 37-66, 2018. p. 41.

<sup>24</sup> No solo desde la perspectiva del aumento de mujeres desplazándose de unos países a otros, sino desde su traslado como migrantes

como en las experiencias de erosión cultural<sup>25</sup>, propias de estos colectivos dentro de las sociedades receptoras; el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de las mujeres migrantes adquiere relevancia como una herramienta eficaz para promover los derechos inherentes a la dignidad humana<sup>26</sup> de las mujeres migrantes y con ello fortalecer su autonomía personal y capacidad de participar. Ello previene la perpetuación de los mo-

delos de exclusión<sup>27</sup> y discriminación<sup>28</sup> que incrementan la vulnerabilidad de las mujeres migrantes<sup>29</sup>.

---

primarias y con proyectos migratorios propios. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Factores de Riesgo y Necesidades de Atención para las Mujeres Migrantes en Centroamérica*: estudio de actualización sobre la situación de la violencia contra las mujeres migrantes en la ruta migratoria en Centroamérica. 2016. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/documentos/factores-riesgo-necesidades-atencion-mujeres-migrantes-centroamerica-estudio>. Acceso en: 3 mayo 2023. p. 22.

<sup>25</sup> Nos referimos, entre otros aspectos, a la erosión cultural. LEVIT, Nancy; VERCHICK, Robert; MINOW, Martha. *Feminist legal theory*. New York: New York University Press, 2016. p. 223. dando lugar «...a unas identidades culturales, religiosas y de género que, lejos de ser uniformes y estáticas, son heterogéneas, fluidas y en constante construcción». CASTILLA, Carmen. Women in Transition: african female immigration in Spain. *Migraciones Internacionales*, v. 9, n. 2, p. 143-171, 2017. p. 166. En muchos casos, se observan patrones de interacción y conflicto cultural. BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. New Jersey: Princeton university press, 2002. p. 3. DE LUCAS, Javier. ¿Es la identidad cultural europea la clave del proyecto europeo? In: DE LUCAS, Javier (ed.). *Europa: Derechos, Culturas*. Valencia: PUV/Tirant lo Blanch, 2006. p. 123-152. p. 124. Que desconocen – debido a características raciales, nacionalidad y estatus legal. CRÉPEAU, François. *Derechos humanos de los migrantes*: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/69/302. 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/99/PDF/N1450199.pdf?OpenElement>. Acceso en: 10 ene. 2023. p. 12. – los derechos inherentes a la dignidad humana. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*: Fallo (Serie A N° 18): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 septiembre 2003). párr. 72 de estos colectivos e impiden o dificultan el ejercicio sus derechos.

<sup>26</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*: Fallo (Serie A N° 18): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 septiembre 2003). párr. 72.

<sup>27</sup> ORÉ, Gaby. Los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres en América Latina: Estado y estrategias. In: YAMIN, Alicia (ed.). *Los derechos económicos, sociales y culturales en la América Latina: del invento a la herramienta*. México: Plaza y Valdez editorial, 2007. p. 341-360. p. 348.

<sup>28</sup> SOLÉ, Carlota; PARELLA, Sonia; ALARCÓN, Amado; BERGALLI, Valeria; GIBERT, Francesc. El impacto de la inmigración en la sociedad receptora. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, España, n. 90, p. 31-157, 2000. p. 133.; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Glosario de términos*. 2006. Disponible en: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>. Acceso en: 15 jun. 2023. p. 329. La discriminación -observable en: el limitado acceso a servicios de salud, estigmatización, dificultades en el dominio del idioma, riesgo de ser deportadas por tener un estatus migratorio que depende del de sus parejas. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *¿Cómo prevenir la discriminación, la explotación y el abuso de las trabajadoras migrantes?* 2010. Disponible en: [http://www.mdgfund.org/sites/default/files/YEM\\_](http://www.mdgfund.org/sites/default/files/YEM_). Acceso en: 10 mayo 2023. p. 3, entre otros - provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre NACIONES UNIDAS. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. 2011. Disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/ESCR/E\\_2011\\_90\\_es.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/ESCR/E_2011_90_es.pdf). Acceso en: 2 ene. 2023. p. 10-11. Dado que la noción de discriminación depende de la definición teórica que se adopte. ASTELARRA, Judith. Políticas de género en la Unión Europea y algunos apuntes sobre América Latina. CEPAL, 2004. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5928-politicas-genero-la-union-europea-algunos-apuntes-america-latina>. Acceso en: 3 abr. 2023. p. 7, creemos que esta debe responder a la «...transversalización de género» y apuntar a su transformación. RODRÍGUEZ, Ana. La escalera de Escher: la transversalización de género vista desde las capacidades del Estado: aportes para el Estado y la administración gubernamental. *Aportes*, Buenos Aires, v. 14, n. 25, p. 53-70, 2014. p. 56; para asegurar el reconocimiento del DHIC a favor de las mujeres migrantes atendiendo a sus particularidades. Coincidimos con Ramírez, quien plantea la búsqueda de una simetría entre las culturas contrastantes que «... genere los mecanismos necesarios para que esta igualdad se traduzca en respeto a los derechos, al marco institucional, así como la construcción de espacios de interacción y diálogo intercultural» RAMÍREZ, Silvina. Igualdad como emancipación: los derechos fundamentales de los Pueblos indígenas. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (ed.). *El derecho a la igualdad, aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012. p. 389-416. p. 44.

<sup>29</sup> MARRONI, María. Vulnerabilidad, riesgos y derechos humanos en los proyectos migratorios femeninos. In: UNESCO (ed.). *Derechos humanos y flujos migratorios en las fronteras de México*. México: UNESCO/Secretaría de Relaciones Exteriores/Universidad Iberoamericana/UNAM, 2003. p. 305-321.; MALDONADO, Carlos; MARTÍNEZ, Jorge; MARTÍNEZ, Rodrigo. Protección social y migración: una mirada desde las vulnerabilidades a lo largo del ciclo de la migración y de la vida de las personas. CEPAL, 2018. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44021/1/S1800613\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44021/1/S1800613_es.pdf). Acceso en: 30 mayo 2023. p. 31.; MARIÑO, Fernando. Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. In: MARIÑO, Fernando; FERNÁNDEZ, Carlos (coord.). *Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de

También observamos que el desarrollo progresivo del DHIC en algunos instrumentos internacionales se desprende del empleo de términos alusivos a la *identidad* o disposiciones específicas respecto de la *cultura*. Estas disposiciones - concatenadas con aquellas que contemplan el *principio de igualdad y no discriminación* -, junto a la *igual* participación de las mujeres en la *vida cultural*, permiten sostener el DHIC respecto de las mujeres migrantes, pues están basadas -más allá de otros elementos: raza, idioma, o religión- en el empleo de las nociones *género*. Desde ahí, resulta posible promover la igualdad entre hombre y mujeres en lo que atañe al disfrute de los derechos culturales así reconocidos. En este contexto, el desafío para el Derecho Internacional de los derechos humanos es doble: responder a las arraigadas realidades de desigualdad de género de las mujeres y garantizar el respeto a la diversidad de sus opciones, así como la posibilidad de su plena participación en todos los aspectos de la sociedad<sup>30</sup>, bajo el pleno ejercicio de sus derechos.

La conexión descrita, por ejemplo, la observamos en los principios imperativos<sup>31</sup> que se desprenden, por una parte, del *Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* (DUDH), que reivindican la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de *todos los miembros de la familia humana*; y, por otra, de su artículo 27 que reconoce el derecho de *toda persona* a tomar parte libremente en la vida cultural como un componente esencial de la propia identidad<sup>32</sup>. Otro tanto se lee en el artículo 5 de la *Declaración Universal de la Unesco sobre la diversidad cultural del año 2001*; y, más explícitamente, el artículo 5 letra f) de la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*. Similares términos se contienen en los artículos 27 y 2.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles*

y *Políticos* (PIDCP) y en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) -en su artículo 15.1 literal a; así como el artículo 31 de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares* (CMW, por sus siglas en inglés), que reconoce el DHIC a favor de las mujeres migrantes en contextos laborales junto a sus familiares.

Según Shaheed, en todos los instrumentos reseñados se reconoce en mayor o menor medida el derecho de *toda persona* a participar en la vida cultural, lo que implica en el caso de las mujeres: a) la participación, b) el acceso y c) la contribución a la vida cultural junto a la posibilidad de adoptar decisiones<sup>33</sup>. Agrega que este derecho abarca no solo la posibilidad de actuar en libertad, escoger su propia identidad y manifestar sus propias prácticas culturales; sino también el derecho a *no participar* en estas prácticas, en particular, aquellas que vulneran los derechos humanos y la dignidad de la persona<sup>34</sup>. De ello vamos coligiendo algunas particularidades cuando se trata del ejercicio de este derecho por parte de las mujeres migrantes porque, como lo veremos más adelante, en el caso de estos colectivos se hace necesario potenciar su acceso y participación dentro de las sociedades receptoras en aras de asegurar un reconocimiento efectivo del derecho.

Lo anterior se refuerza en el contenido de los instrumentos internacionales de tipo específico, destinados a asegurar el reconocimiento paritario de los derechos fundamentales de las mujeres y enfocados en crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos: las mujeres y dentro de este colectivo, las mujeres migrantes. La preocupación por la discriminación contra la mujer presente en los distintos órganos internacionales se ha patentado tras la evolución del principio de igualdad de trato hacia una gradual institucionalización de los asuntos de género, mediante: la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer de 1967*; las conferencias mundiales sobre la mujer; la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de*

Madrid, 2001. p. 19-26.

<sup>30</sup> O'TO, Dianne. Gender Comment: why does the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights need a General Comment on Women? *Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 31, p. 1-65, 2002. p. 4.

<sup>31</sup> REMIRO, Antonio. *Derecho Internacional Público*: tomo I: principios fundamentales. Madrid: Tecnos, 1987. p. 69.; IVANOVITICH TUNKIN, Grigory. *Droit international public*. problèmes théoriques. Paris: Editions A. Pedone, 1965. p. 100.

<sup>32</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 21*: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1. 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso en: 3 feb. 2023. p. 2.

<sup>33</sup> SHAHEED, Farida. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales*: documento de las Naciones Unidas A/67/287. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/287>. Acceso en: 13 jul. 2023. párr. 43.

<sup>34</sup> SHAHEED, Farida. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales*: documento de las Naciones Unidas A/67/287. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/287>. Acceso en: 13 jul. 2023. párr. 9 y 25.

*Discriminación Contra la Mujer* de 1979 (CEDAW): y, su Protocolo facultativo adoptado en 1999<sup>35</sup>.

Adoptada en el seno de las Naciones Unidas, la CEDAW aborda la discriminación de las mujeres por motivos de género, configurando el *principio de igualdad y no discriminación* como eje estructural. Sus disposiciones, junto a las diversas recomendaciones del Comité de la CEDAW y demás organismos expertos en la materia, constituyen un marco jurídico imprescindible para la promoción de este principio a favor de todas las mujeres, incluyendo a las mujeres migrantes y bajo su aplicación se puede afirmar el DHIC a favor de estos colectivos. El concepto de igualdad de la mujer que plantea este instrumento se traduce en la configuración de tres sub-objetivos -*garantizar la plena igualdad de la mujer ante la ley; mejorar la posición de facto de la mujer; y modificar los estereotipos de género* - para promover la *no discriminación* a través de tres posibles métodos políticos y legales: i) garantizar los derechos individuales de la mujer; ii) brindar apoyo social a la mujer; y, iii) promover el cambio social y cultural<sup>36</sup>. Este deber de garantizar los derechos individuales de la mujer se debe conjugar con el artículo 13 letra c) de este mismo instrumento que conmina a los Estados Parte a adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar a las mujeres su derecho a *participar en la vida cultural*<sup>37</sup>. De lo que se desprende el deber que tienen los Estados parte de reconocer el DHIC a favor de estos colectivos en condiciones que aseguren una modificación de los estereotipos de género y promuevan su efectiva participación.

Por su parte, el *Protocolo Facultativo de la CEDAW* contempla robustos mecanismos de acción -como el recurso de queja o denuncia- que permitirían a las mujeres migrantes, independientemente de su nacionalidad o es-

tatus migratorio, exigir el cumplimiento y respeto de sus derechos-incluso sus derechos culturales- si consideran que están siendo vulnerados por el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentren. Se configura entonces todo un cuerpo normativo que permite sostener el DHIC de las mujeres migrantes con base en: i) el reconocimiento genérico de los derechos culturales a todas las mujeres; ii) el principio de igualdad y no discriminación por razones de género así como la igual participación; y, ii) la implementación de mecanismos que permiten el reclamo por parte de las mujeres frente a los Estados cuando estos no cumplan con las obligaciones de protección del DHIC derivadas de tales instrumentos.

Asimismo, el ámbito de aplicación de los anteriores mandatos internacionales debe ser concatenado con lo previsto en los artículos 27 y 2.1 del PIDCP; artículo 15.1 literal a del PIDESC; y el artículo 31 del CMW. En su conjunto, estas normas permiten argumentar hermenéuticamente la aplicación del DHIC en favor de las mujeres migrantes. Así lo ha interpretado el Comité de la CEDAW, señalando que estos derechos se extienden a las mujeres que se encuentren en su territorio o bajo el control efectivo de estos Estados<sup>38</sup>. Ello, implica un reconocimiento de los derechos de las mujeres migrantes en todas las etapas del ciclo migratorio y se traduce en el deber de los Estados de respetar, proteger y facilitar su ejercicio al promover su inclusión en las sociedades de acogida<sup>39</sup>. Todo, en armonía con las fuentes normativas que aseguran, tanto, la protección de los derechos fundamentales, en general, como aquellos encaminados a promover la igualdad en el disfrute de estos derechos por parte de las mujeres. Así, se configura el deber de los Estados parte de implementar acciones para impedir la discriminación arbitraria por razones de género respecto del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las mujeres y, específicamente, de las mujeres migrantes, con base al principio de igualdad y no discriminación.

<sup>35</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: garantizar la diligencia debida en la prevención*. 2010. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A-65-53\\_sp.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A-65-53_sp.pdf). Acceso en: 21 ene. 2023. p. 2.

<sup>36</sup> HOLTMAAT, Rikki. Article 5: The CEDAW: a holistic approach to women's equality and freedom. In: SCHULZ, Patricia; HALPERIN-KADDARI, Ruth; RUDOLF, Beate; FREEMAN, Marsha A. (ed.). *The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 95-123. p. 103, ss.

<sup>37</sup> COMITÉ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general número 28*. 2010. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>. Acceso en: 21 ene. 2023. párrs. 12-13.

<sup>38</sup> COMITÉ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general número 28*. 2010. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>. Acceso en: 21 ene. 2023. párrs. 26.

<sup>39</sup> COMITÉ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*. 2008. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>. Acceso en: 13 jun. 2023. párrs. 3, 25.

El reconocimiento del DHIC también puede argumentarse bajo una interpretación restrictiva, entendiéndole como un derecho cuya titularidad corresponde a las minorías. Respecto de las fuentes genéricas, este reconocimiento restringido del DHIC se regula en el artículo 27 (concatenado con el artículo 2) del PIDCP. Su aplicación impone a los Estados el deber de reconocer la identidad cultural de las personas integrantes de minorías que se encuentren en su territorio, siguiendo el principio de *imperatividad* aplicable para proteger a toda persona (sea o no nacional y sin discriminación alguna) que esté sujeta al control *de jure o de facto* de un Estado Parte<sup>40</sup>. Ello implica reconocer, respetar y proteger la cultura de estas minorías como componente esencial de su propia identidad, incluyendo a los y las migrantes, respecto de -entre otros aspectos- su idioma, religión y folclore<sup>41</sup>. Se trata de un derecho autónomo<sup>42</sup> de todas las personas, incluyendo a las mujeres migrantes.

Por su parte, el *Convenio N°169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (Convenio N°169 de la OIT) reconoce el DHIC respecto de las minorías étnicas. Se trata de un instrumento específico adoptado para la protección de grupos étnicos y minorías enmarcados como grupos vulnerables<sup>43</sup>, cuyo texto

<sup>40</sup> COMITÉ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*. 2008. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>. Acceso en: 13 jun. 2023. Párr. 7.

<sup>41</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural* (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1. 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso en: 3 feb. 2023. párrs. 9, 32, 34.

<sup>42</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N° 23: Derecho de las minorías* (artículo 27), documento de las Naciones Unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I). 1994. Disponible en: [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(Vol.I\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)). Acceso en: 2 jan. 2023. párrs. 5.1, 5.2.

<sup>43</sup> SHAW, Malcolm. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.; FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. Grupos vulnerables. In: PIZZI, Jovino; CENSI, Maximiliano (coord.). *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Observatório Global de Patologías Sociais, Universidad Federal de Pelotas, 2021. p. 104-115.; MELLO, Patricia. Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+. *Revista da AGU*, Brasília, v. 19, n. 01, p. 17-43, jan./mar. 2020.; MELLO, Patricia; LACERDA ACCIOLY, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. In: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho*

contempla dos postulados básicos: el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias; y, su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan. Sus disposiciones, junto a las recomendaciones de los relatores de Naciones Unidas, configuran un estándar internacional<sup>44</sup>, cuya aplicación -en base al principio de igualdad y no discriminación y bajo una interpretación amplia de este convenio- se extiende a las mujeres migrantes pertenecientes a minorías étnicas, aunque estas se encuentren fuera de sus territorios de origen, tal como se desprende del artículo 1 letras a) y b) del *Convenio 169 de la OIT*.

El PIDCP, en su artículo 2.1 y el *Convenio 169 de la OIT* en su artículo 3.1- incluyen prohibiciones de discriminación por razones de género respecto de la aplicación de sus disposiciones. De hecho, el artículo 3 del *Convenio 169 de la OIT* estipula que sus disposiciones se deben aplicar sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos. Ello mantiene la consistencia conceptual que tienen que aplicar todos los instrumentos y medidas para que se concrete una real igualdad entre mujeres y hombres<sup>45</sup>.

La normativa descrita justifica el reconocimiento del DHIC a favor de las mujeres migrantes pertenecientes a minorías étnicas. Con ello se reconoce a favor de estos colectivos, entre otros: A) Derecho a la enseñanza de la lengua y cultura maternas en la educación de los hijos<sup>46</sup>; B) Protección de las tierras, territorios, recursos tradicionales y demás espacios en los que practican sus

*fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores/Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.

<sup>44</sup> FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019. p. 514.; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020. p. 77, ss.

<sup>45</sup> BINAZZI, Alice. Género y migraciones forzadas en Centroamérica y el Caribe: una mirada antropológica para los derechos humanos de las niñas, adolescentes y de las mujeres. *Revista de Ciencias Sociales*, v. 6, n. 1, p. 155-176, 2019. p. 170.

<sup>46</sup> NACIONES UNIDAS. *Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas*: estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas: documento de las Naciones Unidas: A/HRC/EMRIP/2012/3. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso en: 9 dic. 2022. párr. 78.



culturas<sup>47</sup>, incluso para aquellas que han migrado por razones de trabajo o estudio<sup>48</sup>; C) Derecho a la salud, mediante políticas que promuevan consideraciones culturales y de género, favoreciendo la reducción de los obstáculos lingüísticos y culturales<sup>49</sup>. Y, hay que destacar que los Estados parte han ratificado los tratados respectivos sin reservas<sup>50</sup>.

La revisión de las nociones de *minorías y grupos vulnerables*, empleadas en los instrumentos internacionales citados anteriormente como categorías justificantes del DHIC, requiere tomar en cuenta que, bajo estas categorías, se reconocen derechos a las personas integrantes de “minorías nacionales”. Éstas son definidas por la doctrina como: “... un grupo no dominante y numéricamente inferior al resto de la población de un Estado en el que están asentados desde hace mucho tiempo, integrado por personas que comparten una identidad cultural distinta de la mayoritaria —etnia, religión, tradiciones o costumbres—, la cual pretenden preservar”<sup>51</sup>. Así, la noción de minoría, si bien es comprensiva de la identidad cultural, refiere a las personas que componen el grupo, a sus derechos como integrantes de aquel, pero no al grupo como titular de derechos<sup>52</sup>. Asimismo,

<sup>47</sup> FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019. p. 514.

<sup>48</sup> NACIONES UNIDAS. *Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas*: estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas: documento de las Naciones Unidas: A/HRC/EMRIP/2012/3. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso en: 9 dic. 2022. párr. 24.

<sup>49</sup> BUSTAMANTE, Jorge. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*: documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/30, 2010. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/14/30>. Acceso en: 7 jul. 2023. p. 17.

<sup>50</sup> Empero, respecto de las ratificaciones de la CEDAW, algunos países árabes han obstaculizado la implementación de este instrumento, ratificando con ciertas reservas basadas en supuestas colisiones entre estructuras jurídicas, políticas o religiosas de los referidos Estados. Interesante que el artículo 17 del Protocolo Facultativo de la CEDAW prohíbe reservas en su ratificación.

<sup>51</sup> ANDRADE, María José. Pueblos indígenas y minorías nacionales: similitudes y diferencias en la protección internacional de sus derechos. *Revista Campos en Ciencias Sociales*, v. 2, n. 6, p. 15-16, 2018; ARP, Björn. *Las minorías nacionales y su protección en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 405.

<sup>52</sup> Para una revisión comparativa entre las categorías de pueblos indígenas y minorías, enfocado al caso europeo, véase: TONIATTI, Roberto. El paradigma constitucional de la inclusión de la diversidad cultural: notas para una comparación entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en Europa y de los pueblos indí-

ca “vulnerabilidad” radica en una desigualdad de poder originada en una situación de sometimiento, dominación, discriminación, explotación y o exclusión social<sup>53</sup>. De ello se colige que, al hacer uso de la expresión “minorías y grupos vulnerables, nos referimos a: i) de grupo *no dominante*, cuyos integrantes comparten una identidad cultural común y formas de vida —etnia, religión, tradiciones o costumbres—, distintas de la cultura mayoritaria y que buscan preservar<sup>54</sup>, lo que se observa respecto de las mujeres migrantes, generalmente discriminadas en las sociedades receptoras debido a otras estructuras sociales de desigualdad<sup>55</sup> que configuran relaciones asimétricas de poder y de *subordinación* en distintos contextos. De hecho, la operatoria del género en el contexto migratorio tiende a reforzar estas complejas estructuras de subordinación que ligan posiciones sociales con pertenencias de clase, de género, de edad, y en este caso en particular, de origen geográfico, cambiando la percepción que las mujeres migrantes tienen de sí mismas para

genas em Latino América. *JPs Working Papers*, n. 3. 2015. El trato, o no, como minoría nacional, está directamente relacionado al sistema regional y nacional en que se circunscriban estos pueblos y el respectivo marco jurídico aplicable en ese contexto. Por ejemplo, en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH), los casos de pueblos indígenas han sido abordados, precisamente, desde la perspectiva de los derechos de las minorías nacionales. TEDH. *Handölsdalen Sami Village and others v. Sweden*. FAUNDES, Juan Jorge. “Los Pueblos Indígenas como sujetos de Derecho Internacional y ante los estados nacionales”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 12, n. 3, p. 617-644, 2022.

<sup>53</sup> MELLO, Patricia. Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LG-BTI+. *Revista da AGU*, Brasília, v. 19, n. 01, p. 17-43, jan./mar. 2020. p. 20-21.; FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. Grupos vulnerables. In: PIZZI, Jovino; CENSI, Maximiliano (coord.). *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Observatório Global de Patologías Sociais, Universidad Federal de Pelotas, 2021. p. 104-115. p. 105, 106. También, véase: MARINO, Fernando. Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. In: MARINO, Fernando; FERNÁNDEZ, Carlos (coord.). *Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 19-26. p. 1, 21-23.; BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira. *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*: guía de prácticas. Barcelona: DHES, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.

<sup>54</sup> ANDRADE, María José. Pueblos indígenas y minorías nacionales: similitudes y diferencias en la protección internacional de sus derechos. *Revista Campos en Ciencias Sociales*, v. 2, n. 6, p. 15-16, 2018. ARP, Björn. *Las minorías nacionales y su protección en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 405.

<sup>55</sup> ROLDÁN, Genoveva. Los flujos internacionales de migración femenina. In: PÉREZ, Nancy (ed.). *Hacia la construcción de políticas públicas a favor de las mujeres migrantes*: caso Chiapas. México: INCIDE Social/Sin Fronteras IAP, 2010. p. 67-80. p. 78.

enfrentar situaciones de incertidumbre y conflicto<sup>56</sup>; ii) de un grupo *vulnerable*, que viene definida en términos de la capacidad de los individuos y agrupaciones sociales para hacer frente, recuperarse o adaptarse a cualquier presión externa sobre sus medios de subsistencia y bienestar<sup>57</sup>; lo que, respecto de las mujeres migrantes se incrementan en la medida en la que estos colectivos dispongan de una menor capacidad de respuesta ante los diversos obstáculos que experimentan para su inclusión dentro de las sociedades receptoras: factores de pobreza, desigualdad y marginalización observables en la travesía migratoria-origen, tránsito y destino, vinculadas al limitado acceso a servicios de salud, estigmatización, desinformación por no manejar el idioma, obstáculos para su regularización migratoria, violencia social y sexual<sup>58</sup> entre otros.

Por ello, entenderemos que las mujeres migrantes constituyen *minorías vulnerables* bajo la aplicación de los siguientes criterios doctrinales: (i) participan de formas de vida usualmente diversas al patrón social y/o cultural dominante, lo que incrementa su estigmatización social; (ii) tienen un status en desventaja en el ejercicio de sus derechos, de facto o jurídico, respecto a los demás ciudadanos -y respecto del género masculino- y son objeto de prácticas discriminatorias; (iii) son grupos subrepresentados en las sociedades receptoras; y, (iv) demandan acciones de protección específicas para reducir las brechas relativas a su igualdad jurídica y especialmente política material<sup>59</sup>.

El anterior panorama asimétrico y los índices de vulnerabilidad que enfrentan muchas mujeres migrantes justifica el permanente cuestionamiento de la noción de

igualdad<sup>60</sup>, a fin de transitar hacia modelos más democráticos e igualitarios<sup>61</sup> que promuevan la *participación* de las mujeres migrantes en el ejercicio de sus derechos, su *empoderamiento* y autonomía. Esta noción -tomada del inglés *empowerment*<sup>62</sup>- impugna las relaciones de poder entre los géneros presentes tanto en contextos privados como públicos y se instala con fuerza en el ámbito de la cooperación internacional como una estrategia para impulsar la *participación* política de las mujeres en el desarrollo<sup>63</sup>. La noción de *empoderamiento* resulta clave en la promoción del principio de igualdad y no discriminación por razones de género y constituye un elemento que también debe ser tomado en cuenta para la promoción del DHIC respecto de las mujeres migrantes como un derecho transversal. Esta *participación* implica: a) asegurar que estos colectivos puedan intervenir apropiadamente para facilitar el conocimiento del derecho; b) formación profesional; y, c) acceso a recursos productivos<sup>64</sup>. Aunque las peticiones o reclamos que plantean las diferentes *minorías* respecto del DHIC varían según sus necesidades y experiencias particulares<sup>65</sup>, estas

<sup>60</sup> HONIG, Bonnie. My culture made me do it. In: MOLLER, Susan (ed.). *Is Multiculturalism bad for women?*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 35-40. p. 40.

<sup>61</sup> GUIL, Ana. Género y construcción científica del conocimiento. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, v. 18, n. 27, p. 263-288, 2016. p. 266.

<sup>62</sup> BENAVENTE, María; VALDEZ, Alejandra. Políticas públicas para la igualdad de género: un aporte a la autonomía de las mujeres. *CEPAL*, 2014. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37226/S1420372\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37226/S1420372_es.pdf). Acceso en: 3 jul. 2023. p. 17. Esta noción de empoderamiento también se lee en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), específicamente en el objetivo 5 relativo a la Igualdad de Género.

<sup>63</sup> BENAVENTE, María; VALDEZ, Alejandra. Políticas públicas para la igualdad de género: un aporte a la autonomía de las mujeres. *CEPAL*, 2014. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37226/S1420372\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37226/S1420372_es.pdf). Acceso en: 3 jul. 2023. p. 17.

<sup>64</sup> CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer*: garantizar la diligencia debida en la prevención. 2010. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A-65-53\\_sp.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A-65-53_sp.pdf). Acceso en: 21 ene. 2023.

<sup>65</sup> ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, p. 13-61, 2004. p. 14 y ss.; KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 17, p. 11-50, 2007. p. 11, ss.; BASCH, Linda; GLICK, Nina; SZANTON, Cristina. *Nations Unbound*: Transnational Project, Postcolonial Predicaments, and De-territorialized Nation States. New York: Routledge, 2009. p. 29.; GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORÍAS. *Comentario del grupo de trabajo sobre las minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religio-*

<sup>56</sup> COURTIS, Corina; PACECCA, María. Género y trayectoria migratoria: mujeres migrantes y trabajo doméstico en el Área Metropolitana de Buenos Aires. *Papeles de Población*, n. 63, p. 155-185, 2010. p. 181.

<sup>57</sup> KELLY, M.; ADGER, Neil. Theory and practice in assessing vulnerability to climate change and facilitating adaptation. *Climate Change*, n. 47, p. 325-352, 2000. p. 347.

<sup>58</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Factores de Riesgo y Necesidades de Atención para las Mujeres Migrantes en Centroamérica*: estudio de actualización sobre la situación de la violencia contra las mujeres migrantes en la ruta migratoria en Centroamérica. 2016. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/documentos/factores-riesgo-necesidades-atencion-mujeres-migrantes-centroamerica-estudio>. Acceso en: 3 mayo 2023.

<sup>59</sup> FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. Grupos vulnerables. In: PIZZI, Jovino; CENSI, Maximiliano (coord.). *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Observatório Global de Patologías Sociales, Universidad Federal de Pelotas, 2021. p. 104-115. p. 104, 106.

convergen en la necesidad de las mujeres migrantes de conservar aquellos símbolos, narraciones, costumbres, lenguas e historias que formen parte del modo en que se perciben a sí mismas como personas y su sentido de pertenencia a determinadas culturas. Ello exige que los Estados presten particular atención tales a cuestiones, tras haber suscrito y ratificado estos instrumentos internacionales.

### **2.1.2 Reconocimiento progresivo del DHIC de las mujeres migrantes en los sistemas regionales (americano y europeo) de protección de derechos humanos**

Las fuentes reseñadas en la sección precedente deben ser articuladas con los respectivos instrumentos de los sistemas regionales de derechos humanos, en particular la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH) y el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH). Aunque en estos instrumentos no se reconoce textualmente el DHIC, su fundamentación sustantiva se ha relacionado con una interpretación también amplia y compleja del principio de igualdad y no discriminación<sup>66</sup>. En especial, revisaremos los instrumentos regionales adoptados para la protección de los derechos de las mujeres -en este caso enfocados en una vida libre de violencia- y las prohibiciones de discriminación por razones de género contenidas en éstos, junto a normativa internacional relativa a la participación de las mujeres en la vida cultural. Ello incluye la interpretación de los anteriores instrumentos desarrollada por las cortes regionales respecto del reconocimiento del DHIC en favor de las mujeres pertenecientes a minorías.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), los artículos 24 y 1.1 de la CADH, respectivamente, amparan la igualdad ante la ley y la obligación de respetar los derechos. Así, la Corte IDH ha entendido que estos *son dos ejes transversales que cruzan el conjunto de derechos*<sup>67</sup> y constituyen un principio im-

perativo del Derecho Internacional general, en cuanto son aplicables a todo Estado<sup>68</sup>. En este ámbito, también son relevantes para el reconocimiento de los derechos culturales de las mujeres migrantes los preceptos de la *Carta de la OEA*, como instrumento base regional; y, el *Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Protocolo de San Salvador), cuyo *Preámbulo* y el artículo 14.1. a), destacan el deber de los Estados de reconocer el derecho de *toda persona* a participar en la vida cultural y artística de la comunidad. Otro tanto se lee en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de 1948 (DADH), que -pese a su naturaleza jurídica no vinculante- también reconoce estos derechos culturales en su artículo XIII. En el mismo sentido, en base a lo dispuesto en artículo II de la misma Declaración, en su ámbito de aplicación se incluye el reconocimiento del DHIC respecto de las mujeres migrantes, como un derecho integrante del derecho a participar en la vida cultural<sup>69</sup>.

Adicionalmente, en el SIDH se ha adoptado la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (*Convención de Belén do Para*), cuyo texto desarrolla mecanismos de protección y defensa de los derechos fundamentales de las mujeres, al abordar el reto concreto de la violencia sobre las mujeres. Según esta convención, la discriminación de las mujeres por motivos de género está unida de manera indivisible a varios factores que les afectan: la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, entre otros. Asimismo, el artículo 5 de este instrumento señala que *toda mujer* -acepción amplia que incluye a las mujeres migrantes- tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. La Corte IDH tradicionalmente ha tratado y resuelto las denuncias a

*sas y lingüísticas*: documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2. 2005. Disponible en: file:///C:/Users/56931/Downloads/E\_CN.4\_Sub.2\_AC.5\_2005\_2-ES.pdf. Acceso en: 3 mayo 2023. párr. 6.

<sup>66</sup> LEÓN SILVA, Glorimar; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Existe el derecho humano a la identidad cultural de los migrantes en el Derecho Internacional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 3, p. 350-382, 2021.

<sup>67</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena Yakey Axa V.s. Paraguay*: Fallo (Serie C N°125): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005).

Voto parcialmente disidente Juez Abreu, párr. 34.

<sup>68</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*: Fallo (Serie A N° 18): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 septiembre 2003). párr. 31, 33.

<sup>69</sup> De hecho, la Corte IDH se ha pronunciado en relación con el disfrute de todos los derechos a favor de las mujeres migrantes, por tratarse de grupos altamente discriminados, instando a los Estados a abstenerse de prácticas discriminatorias contra estos colectivos. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*: Fallo (Serie A N° 18): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 septiembre 2003). párr. 31, 33.

violaciones de derechos humanos de las mujeres con base en preceptos generales de protección de derechos humanos, aplicando los principios de igualdad y no discriminación, pero sin examinar la especificidad de la desigualdad y de la discriminación por razones de género, como elemento clave en la violación de esos derechos humanos. Ello ha cambiado recientemente<sup>70</sup>, en tanto la Corte ha sostenido que la violencia contra la mujer es «una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres», reconociendo que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación<sup>71</sup>. De esta forma se enlaza el principio de igualdad y no discriminación por razones de género como elemento clave para resguardar los derechos de las mujeres y el DHIC. Mas adelante, ahondaremos en los matices que adopta este reconocimiento.

Por su parte, en el SEDH se recurre a las disposiciones del artículo 14 del CEDH relativas al derecho al *trato equitativo*<sup>72</sup> para argumentar el reconocimiento del DHIC, junto a otras disposiciones de este instrumento. De hecho, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha observado en relación con el derecho a un trato equitativo que:

...la CEDH no garantiza derechos a las minorías. Los derechos y libertades consagrados en la Convención son, según al artículo 1 de la Convención, **garantizados a 'todos'** dentro de la jurisdicción de una Alta Parte Contratante. El disfrute de los derechos y libertades consagrados en la Convención se garantizará, de conformidad con el artículo 14, sin discriminación en ningún aspecto, como, entre otros, la asociación con una minoría nacional (la negra es nuestra)<sup>73</sup>.

Observamos que este instrumento no plantea expresamente el principio de igualdad entre hombres y mu-

jes, salvo la prohibición de discriminación respecto del goce de derechos ahí reconocidos. Ello se reitera en la jurisprudencia del TEDH, desarrollada en cuanto a la igualdad formal entre hombres y mujeres, pese a recientes criterios que apuntan a una igualdad sustantiva<sup>74</sup>. En otros instrumentos del SEDH también se leen referencias respecto del derecho a participar de la vida cultural, lo que implica el reconocimiento del DHIC a favor de todas las personas. Entre ellos, el *Convenio Marco del Consejo de Europa sobre el valor del patrimonio cultural para la sociedad* de 2005 (Convenio Faro), en su *Preámbulo* y sus artículos 1 y 2, contiene elementos integrantes del DHIC respecto del patrimonio cultural que deben ser tomados en cuenta por los Estados signatarios al establecer medidas legislativas para su implementación.

Adicionalmente, en el ámbito europeo también se han articulado políticas dirigidas a promover la igualdad y equidad de género -así como el empoderamiento de las mujeres- mediante el trabajo desarrollado respecto del reconocimiento paritario de sus derechos. El *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)*, pese a no configurar un catálogo de derechos, sí reconoce en su *Preámbulo* el desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre. Este instrumento concibe la discriminación como violencia contra la mujer al romper la regla de igualdad intergrupala<sup>75</sup> para apuntar a la igualdad sustantiva. Asimismo, en su artículo 4 relaciona el derecho a una vida libre de violencia con el deber de los Estados de garantizar la igualdad en el ejercicio de todos los derechos, incluyendo los culturales. El TEDH se ha pronunciado respecto de la igualdad de género como un principio y valor necesario en toda sociedad democrática y como uno de los objetivos primordiales de los Estados europeos, lo que implica que se requieren *razones de mucho peso* para justificar una diferencia de trato por motivos de género que sea compatible con el CEDH<sup>76</sup>. Adicionalmente, en su artículo 12, el Convenio de Estambul conmina a los Estados a adoptar las

<sup>70</sup> BADILLA, Ana; TORRES, Isabel. La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In: IIDH (ed.). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*. 2004. p. 91-190. p. 108.

<sup>71</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*: Fallo (Serie C N° 205): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009). párr. 394.

<sup>72</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Buckley c. United Kingdom*: Fallo (20348/92): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de septiembre de 1996). Voto disidente, Juez Pettiti. párr. 27.

<sup>73</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *G. and E. c. Norway* ("The Alta Case"): Fallos (9278/81; 9415/81): (Comisión Europea de Derechos Humanos, 3 de octubre de 1983). párr. 35.

<sup>74</sup> ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. Non-discrimination in International and European Law: Towards Substantive Models. *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, v. 25, n. 2, p. 140-157, 2007. p. 146 y ss.

<sup>75</sup> BARRERE, María. Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación. In: MESTRE, Ruth (coord.). *Mujeres, derechos, ciudadanías*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 45-71. p. 62-65.

<sup>76</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Staatkundig Gereformeerde Partij c. los Países Bajos*: Fallo (58369/10): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de julio de 2012). párr. 72.

medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de éstos. También define diversas formas culturales de violencia contra la mujer, levantando sospechas respecto de cualquier práctica que cultive en exceso alguna de estas prácticas<sup>77</sup>. Esta regulación evidencia un sesgo en el amparo del DHIC de las mujeres, pues, si bien reconoce sus derechos culturales, presupone el riesgo de un eventual tipo de violencia contra las mujeres en su ejercicio. De este modo, el Estado adopta un rol paternalista frente al ejercicio de los derechos culturales.

## 2.2 Segunda Parte: Revisión jurisprudencial de las decisiones emitidas por las cortes regionales: reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural a las mujeres migrantes

Tanto la Corte IDH como el TEDH han entendido que la diversidad cultural y el pluralismo constituyen valores basales del orden democrático resguardado mediante sus diversos instrumentos internacionales<sup>78</sup>. En relación con las lecturas de los sistemas regionales de derechos humanos, es posible observar que los respectivos tribunales —europeo e interamericano de derechos humanos— han adoptado decisiones, principalmente, en relación con grupos humanos diversos y en contextos bien diferentes: *minorías nacionales* en Europa y *pueblos*

*indígenas* en América<sup>79</sup>. No obstante, desde las propias fuentes, esta titularidad del DHIC se reconoce sobre la base de (i) una identidad cultural compartida y (ii) la autodefinición de los grupos, como elementos materiales en común reconocidos a *minorías nacionales*, especialmente en el caso europeo, y *pueblos indígenas* respecto del caso interamericano<sup>80</sup>. Así, el tratamiento específico del respectivo grupo depende, en gran medida, de cada sistema regional de derechos humanos, incluso del orden nacional y de los instrumentos internacionales con los que se vincula cada Estado y que circunscriben, en definitiva, el respectivo marco jurídico aplicable y los titulares del DHIC en cada contexto<sup>81</sup>.

### 2.2.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos y reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural a las mujeres migrantes

En el ámbito interamericano, la Corte IDH reconoce y justifica el DHIC con base en la interpretación de la CADH y otros instrumentos de diversa naturaleza<sup>82</sup>. Al efecto, invoca los artículos 1 y 2 de la CADH (obligación general de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno), junto a los artículos 29 (normas de interpretación evolutiva *extensiva*) y 63 de la misma convención relativo al marco de las reparaciones que puede disponer la Corte IDH<sup>83</sup>. De

<sup>77</sup> CHOUDRY, Shazia. Towards a transformative conceptualisation of violence against women: a critical frame analysis of Council of Europe Discourse on Violence Against Women. *The Modern Law Review*, v. 79, n. 3, p. 406-411. p. 408.

<sup>78</sup> FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho humano a la identidad cultural. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 222-255, 2020.; FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. Respecto de la Corte IDH, véase: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*: Fallo (Serie C N° 245): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12 junio de 2012). párr. 217.; Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) Vs. Argentina, 2020. párr. 231; Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras, 2015. párr. 158; Pueblo Xucuro Vs. Brasil, 2018. párr. 125; Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006. párr. 138, 212; Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, 2005. párr. 143, 149. En cuanto al TEDH, véase: Sejdić y Finci c. Bosnia-Herzegovina, 2009. párr. 44; Laustsi y otros c. Italia, 2009. párr. 56.

<sup>79</sup> FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al Derecho Humano a la Identidad Cultural. *Brazilian Journal of International Law*, v. 11, n. 3, p. 222-255, 2020.; FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

<sup>80</sup> AGUILAR, Gonzalo (ed.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 315.

<sup>81</sup> TONIATTI, Roberto. El paradigma constitucional de la inclusión de la diversidad cultural: notas para una comparación entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latino América. *JPs Working Papers*, n. 3. 2015.

<sup>82</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) Vs. Argentina*: Fallo (Serie C N° 400): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2020). párr. 231.

<sup>83</sup> FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019. p. 514.; FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 240-246.

hecho, la Corte IDH ha interpretado los artículos 24 y 1.1 de la CADH para reconocer el DHIC a favor de estas minorías, sosteniendo que los miembros de estos grupos culturales

...son libres e iguales a todas las personas en dignidad y derechos y deberán gozar plenamente de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin obstáculos y discriminación de ninguna índole [incluso] en algunos casos, los Estados deberán adoptar medidas positivas para garantizar el pleno ejercicio de todos sus derechos humanos<sup>84</sup>.

Respecto de la noción de vulnerabilidad, la Corte IDH ha desarrollado consideraciones importantes que vinculan esta noción a la prohibición de discriminación y potencian la transversalidad del DHIC como un elemento necesario para el resguardo de otros derechos de las mujeres. Estos criterios están relacionadas a las múltiples formas de discriminación y violencia que pueden sufrir las mujeres indígenas *por su sexo, raza, etnia y posición económica*, destacando el deber de los Estados de abstenerse de discriminación directa e indirecta, así como el de adoptar medidas de protección que tomen en cuenta las particularidades propias de estas mujeres, su situación de especial vulnerabilidad, *su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres*<sup>85</sup>. Respecto de los factores atinentes a la indicada vulnerabilidad de las mujeres indígenas, este tribunal ha precisado que ello se refleja en diversos ámbitos:

...como la administración de justicia y los servicios de salud, particularmente, por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos económicos para acceder a un abogado, trasladarse a centros de salud o a los órganos judiciales y también por ser víctimas de prácticas abusivas o violatorias del debido proceso... *omissis* ... situación que se agrava para las mujeres indígenas puesto que la denuncia de ciertos hechos se ha convertido para ellas en un reto que requiere enfrentar muchas barreras, incluso el rechazo por parte de su comunidad y otras prácticas dañinas tradicionales<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*: Fallo (Serie C N°125): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005). Voto parcialmente disidente Juez Abreu, párr. 34.

<sup>85</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Rosendo Cantú y otra Vs. México*: Fallo (Serie C N° 216): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de mayo de 2011). párr. 201.; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Fernández Ortega y otros. Vs. México*: Fallo (Serie C N° 215): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de agosto de 2010). párr. 200.

<sup>86</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Rosendo Cantú y otra Vs. México*: Fallo (Serie C N° 216): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de mayo de 2011). párr. 70.

La Corte IDH también se ha referido a las condiciones de vulnerabilidad que caracterizan a las mujeres migrantes, precisando que se origina «en razón, entre otras, *de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada*» (la cursiva es nuestra)<sup>87</sup>. Estos criterios jurisprudenciales complementan los planteamientos que señalamos en la primera parte, en relación con los factores que dificultan la capacidad de respuesta e incrementan sus factores de vulnerabilidad. Además, tales situaciones pueden ser perfectamente experimentadas, tanto por las mujeres indígenas, como por las mujeres migrantes que pertenecen a los grupos minoritarios indicados.

Para la Corte IDH el DHIC se reconoce conforme los siguientes componentes particulares:

*i) Religión:*

La Corte IDH ha reconocido la vinculación normativa existente entre el DHIC y la libertad de conciencia y religión, entendiendo a este último como un elemento esencial para la transmisión de la cultura. En este contexto ha sostenido que: “[...] b) Se debe apreciar que las víctimas del presente caso no pudieron celebrar libremente ceremonias, ritos u otras manifestaciones tradicionales durante un tiempo, lo que afectó la reproducción y transmisión de su cultura”<sup>88</sup>. Este tribunal también ha reconocido este elemento como un aspecto que debe tenerse en cuenta en la atención a la salud. Sobre ello ha sostenido el deber de brindar una atención en salud *culturalmente* aceptable para las mujeres y para ello, el personal de salud debe tener en cuenta las particularidades y necesidades de la paciente, incluyendo su religión y estilos de vida<sup>89</sup>.

*ii) Modos de vida propio:*

En relación con este aspecto, la aludida corte también se ha referido al impacto que ocasiona la separación familiar en el resguardo del DHIC<sup>90</sup>, refiriéndose al

<sup>87</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Rosendo Cantú y otra Vs. México*: Fallo (Serie C N° 216): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de mayo de 2011). párr. 201; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Fernández Ortega y otros. Vs. México*: Fallo (Serie C N° 215): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de agosto de 2010). párr. 200.

<sup>88</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*: 2004. párr. 87, letra b.

<sup>89</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *I.V. Vs. Bolivia*: Fallo (Serie C No. 329): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2016). párr. 192.

<sup>90</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

significado especial que tiene la convivencia en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar, sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte<sup>91</sup>. Ello incluye la posibilidad de conservar sus propias formas de organización familiar y de filiación<sup>92</sup>. La ruptura del núcleo familiar se traduce en un cambio de roles que impide la transmisión oral de los conocimientos, conforme a las tradiciones familiares e implica la pérdida del idioma<sup>93</sup>. Por ello, este órgano ha insistido en el deber del Estado de proteger a las mujeres contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia como un elemento vinculado al resguardo del DHIC<sup>94</sup>.

### iii) Empleo del idioma propio:

Según lo ha señalado la Corte IDH, el resguardo del DHIC está asociado al deber que tiene el Estado de proveer de traductores necesarios en todo trámite donde las mujeres integrantes de minorías étnicas se ven involucradas; lo que obedece a la mayor fluidez que genera la posibilidad de expresarse en su idioma propio como una expresión importante de su identidad cultural<sup>95</sup>. El resguardo de este derecho exige asegurar que -en el caso de las mujeres pertenecientes a minorías étnicas- ellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin y que no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia<sup>96</sup>. La Corte IDH

ha entendido que el incumplimiento de tales parámetros por parte del Estado implica un desconocimiento de las vulnerabilidades derivadas de su etnicidad<sup>97</sup>. Asimismo, esta corte se ha referido al deber que tiene el Estado de proveer de traductores en los centros de salud a las mujeres, empleando los protocolos respectivos<sup>98</sup>.

También observamos otros aportes interesantes en relación con el resguardo del DHIC, pues la Corte IDH se ha pronunciado en asuntos cuyas víctimas son mujeres indígenas, precisando la importancia de implementar reparaciones que tengan un alcance comunitario y que permitan reintegrar a la víctima en su espacio vital y de *identificación cultural*, además de reestablecer el tejido comunitario<sup>99</sup>. La inclusión del elemento cultural, incluso respecto de las medidas reparatorias acordadas por la Corte IDH, constituye un aporte jurisprudencial novedoso para la promoción de los derechos culturales de las mujeres.

Aunque los anteriores criterios han sido desarrollados respecto de mujeres pertenecientes a grupos étnicos, con base en el principio de igualdad y no discriminación por razones de género, junto a los parámetros desarrollados en la primera parte de este estudio, se puede argumentar el reconocimiento del DHIC a favor de las mujeres migrantes<sup>100</sup>. De hecho, la interpretación evolutiva del DHIC por parte de la Corte IDH se ha expandido, desde los pueblos indígenas a los grupos afrodescendientes<sup>101</sup>. Esta amplitud de criterios refuerza

*Rosendo Cantú y otra Vs. México*: Fallo (Serie C N° 216): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de mayo de 2011). párr. 138.

<sup>91</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*: Fallo (Serie C N° 212): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de mayo de 2010). párr. 159.

<sup>92</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena Yakey Axa Vs. Paraguay*: Fallo (Serie C N°125): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005). Voto parcialmente disidente Juez Alirio Abreu, párr. 30.

<sup>93</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*: Fallo (Serie C N° 212): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de mayo de 2010). párr. 160.

<sup>94</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena Yakey Axa Vs. Paraguay*: Fallo (Serie C N°125): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005). Voto parcialmente disidente Juez Alirio Abreu, párr. 26 y 30.

<sup>95</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*: Fallo (Serie C N° 304): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 octubre de 2015). párr. 41.; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *López Álvarez Vs. Honduras*: Fallo (Serie C N° 141): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de febrero de 2006). párr. 164.

<sup>96</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

*Tiu Tojín Vs. Guatemala*: Fallo (Serie C N° 190): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008). párr. 99.

<sup>97</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Rosendo Cantú y otra Vs. México*: Fallo (Serie C N° 216): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de mayo de 2011). párr. 93.; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

*Tiu Tojín Vs. Guatemala*: Fallo (Serie C N° 190): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008). párr. 99.; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

*Fernández Ortega y otros. Vs. México*: Fallo (Serie C N° 215): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de agosto de 2010). párr. 199 y 200.

<sup>98</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Rosendo Cantú y otra Vs. México*: Fallo (Serie C N° 216): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de mayo de 2011). párr. 260.

<sup>99</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Fernández Ortega y otros. Vs. México*: Fallo (Serie C N° 215): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de agosto de 2010). párr. 267.

<sup>100</sup> LEÓN SILVA, Glorimar. El Derecho humano a la identidad cultural de las mujeres migrantes - bajo una perspectiva de género - y su incorporación en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 13, n. 1, p. 62-104, 2022.

<sup>101</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*: Fallo (Serie C N° 15): (Corte

la idea antes planteada y permite afirmar hermenéuticamente la titularidad de este derecho a favor de otros colectivos como las mujeres migrantes.

### 2.2.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos y reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural de las mujeres migrantes

En el ámbito europeo, la interpretación jurisprudencial desarrollada por el TEDH respecto del derecho humano a la identidad cultural es comprendida, indirectamente, a la luz de los artículos 8, 9, 10 y 11, en conjunto con el artículo 14, del CEDH. Paralelamente, diversos casos han considerado la discusión de las garantías judiciales del artículo 6.1 del CEDH, en relación con el derecho a un proceso equitativo, respecto de demandas cuyo contenido de fondo refería a los modos de vida de minorías. En el marco europeo, son relevantes para la protección de este derecho lo que dispone el *Convenio Faro*, junto a sus artículos 7, 8 y 9 en los que se asegura el derecho de las personas pertenecientes a minorías a la libertad de reunión, de asociación, de expresión y la de pensamiento, conciencia y religión. Así mismo, en sus artículos 10, 11, 13 y 14 se reconoce el derecho a sus lenguas minoritarias. En interpretación de estos instrumentos, este tribunal ha sostenido que *discriminar* implica tratar de modo diferente, sin criterios de justificación objetivos y razonables, a personas situadas en similares posiciones<sup>102</sup>. Asimismo, según explica esta corte en sus fallos, respecto del origen étnico es necesario introducir diferenciaciones —en muchos casos como medidas positivas— para *corregir desigualdades fácticas*.<sup>103</sup>

---

Interamericana de Derechos Humanos, 10 septiembre de 1993). párr. 83.; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Moinvana Vs. Suriname*: Fallo (Serie C N° 124): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 junio de 2005); CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblo Saramaka Vs. Surinam Excepciones Preliminares*: Fallo (Serie C N° 172): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2007). párr. 128); y, más recientemente, a todos los grupos y personas. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidades indígenas miembros de la asociación Lbaka Honbat (nuestra tierra) Vs. Argentina*: Fallo (Serie C N° 400): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2020). párr. 231 (Nota 233).

<sup>102</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Muñoz Díaz c. España*: Fallo (49151/07): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de DHICiembre de 2009). párr. 47.

<sup>103</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sejdić y Finci c. Bosnia-Herzegovina*: Fallos (27996/06; 34836/06): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 22 de DHICiembre de 2009). párr. 44; EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Muñoz Díaz c.*

El TEDH también se ha referido a la *vulnerabilidad* como un elemento que caracteriza a los grupos minoritarios<sup>104</sup> y ha sostenido que los gobiernos (y del TEDH en su supervisión internacional) deben brindar una atención especial a las necesidades y al *modo de vida propio*, tanto en la reglamentación general, como en la ponderación de acciones y de decisiones de casos concretos<sup>105</sup>. Asimismo, estos criterios incluyen consideraciones respecto de la vulnerabilidad que caracteriza a las mujeres que integran minorías<sup>106</sup>.

Según la interpretación del TEDH, el resguardo del DHIC se ha asociado a la protección de otros derechos: derechos lingüísticos y educativos<sup>107</sup>, libertad religiosa<sup>108</sup>, libertad de expresión, asociación y de reunión<sup>109</sup> y derecho a la vida familiar<sup>110</sup>.

---

*España*: Fallo (49151/07): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de DHICiembre de 2009). párr. 48.; FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional*: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 245, 246.

<sup>104</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sampanis y otros c. Grecia*: Fallo (32526/05): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de junio de 2008). párr. 37, 71.; EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Oršuš y otros c. Croacia*: Fallo (15766/03): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de marzo de 2010). párr. 77.

<sup>105</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *D.H. c. República Checa*: Fallo (57325/00): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de febrero de 2006). párr. 181.

<sup>106</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Muñoz Díaz c. España*: Fallo (49151/07): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de DHICiembre de 2009). párr. 61, 64.

<sup>107</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *D.H. c. República Checa*: Fallo (57325/00): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de febrero de 2006). párr. 76.; EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sampanis y otros c. Grecia*: Fallo (32526/05): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de junio de 2008); EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Oršuš y otros c. Croacia*: Fallo (15766/03): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de marzo de 2010). párr. 143.

<sup>108</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Laustsi y otros c. Italia*: Fallo (30814/06): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 3 de noviembre de 2009); EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Muñoz Díaz c. España*: Fallo (49151/07): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de DHICiembre de 2009); EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Leyla Sabini c. Turquía*: Fallo (44774/1998): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de junio de 2004); EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *S.A.S. c. Francia*: Fallo (43835/2011): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1 de julio de 2014).

<sup>109</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sidiropoulos y otros c. Grecia*: Fallo (26695/95): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de julio de 1998); EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Stankov y la Organización Unida de Macedonia Ilinden c. Bulgaria*: Fallos (29221/95; 29225/95): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de octubre de 2001).

<sup>110</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Buckley c.*



El TEDH reconoce el DHIC conforme los siguientes componentes particulares:

*i) Religión:*

El TEDH también ha destacado la necesidad de atender a las creencias religiosas como un elemento integrante de DHIC. En el caso *Muñoz Díaz v. España*, se refirió como criterio determinante de sus argumentos a las creencias de la demandante como miembro de la comunidad gitana “que tiene sus propios valores asentados y arraigados en la sociedad española”<sup>111</sup>. Precisó que cuando la recurrente se casó “con arreglo a los rituales y tradiciones gitanos”, en España sólo era posible contraer matrimonio conforme con el rito del derecho canónico de la Iglesia Católica. Por ello, exigirle casarse legalmente mediante el matrimonio civil vulnera su derecho a la libertad religiosa<sup>112</sup>. El TEDH se ha pronunciado respecto del uso de símbolos religiosos asociadas a la vestimenta, tales como el velo, frecuentemente asociado a prácticas y símbolos culturales de las mujeres musulmanas. Según lo entiende este tribunal, estos símbolos son una expresión del DHIC de las mujeres, precisando que:

Por esencial que pueda ser, el respeto por la dignidad humana no puede justificar legítimamente una prohibición general del uso del velo integral en lugares públicos. La Corte es consciente de que la ropa en cuestión es percibida como extraña por muchos de los que observan. Señala, sin embargo, que es la expresión de una identidad cultural lo que contribuye al pluralismo inherente a la democracia (la traducción es nuestra)<sup>113</sup>.

No obstante, estos criterios no son uniformes. El TEDH ha limitado el uso de símbolos a una profesora musulmana, con base en los principios de tolerancia, igualdad y no discriminación -elementos base de toda sociedad democrática- cuya transmisión se espera por

parte de estas docentes en la enseñanza escolar, sosteniendo que:

El uso del hiyab es un ‘poderoso símbolo externo’ cuestionado por su efecto proselitista, al parecer impuesto a las mujeres por un precepto religioso difícil de conciliar con el principio de igualdad de género... *omissis* ... llevar el velo islámico no puede reconciliarse fácilmente con el mensaje de tolerancia, respeto por los demás y, sobre todo, igualdad y no discriminación que todo docente en una sociedad democrática debería transmitir a sus alumnos (la traducción es nuestra)<sup>114</sup>.

Así, puede utilizar dos varas de medir según, la práctica del TEDH en los casos concretos no ha sido uniforme ya que existen pronunciamientos contradictorios<sup>115</sup>. Según el criterio de este tribunal, en algunos casos, el “efecto proselitista” e impuesto a las mujeres mediante el uso del *hiyab* se observa en conflicto con el principio de igualdad de género, lo que justifica su restricción, por entender que este principio constituye un valor social, democrático y relevante para el resguardo de los otros derechos humanos de las mujeres. Este límite respecto del uso de símbolos religiosos se observa también en relación con el deber de garantizar la secularidad del Estado -y la laicidad del sistema educativo- como *el punto de encuentro entre la libertad y la igualdad*<sup>116</sup>. El TEDH interpreta la normativa europea aplicable conforme los valores preponderantes en cada país y revisa si la restricción es “necesaria en una sociedad democrática”, en base a los valores y principios de cada sociedad, considerando, al mismo tiempo, si hay consenso europeo sobre la materia. Así, en materia de uso de símbolos religiosos el TEDH ha señalado en los establecimientos de enseñanza impera, especialmente, un margen de apreciación nacional, porque la regulación “varía de un país a otro en función de las tradiciones nacionales [...] y que los países europeos no tienen una concepción uniforme de las exigencias relativas a la “protección de los derechos ajenos y al orden público”<sup>117</sup>. En consecuencia,

*United Kingdom*: Fallo (20348/92): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de septiembre de 1996). Voto disidente, Juez Petiti. párr. 29, 31. También véase, FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

<sup>111</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Muñoz Díaz c. España*: Fallo (49151/07): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de DHICiembre de 2009).

<sup>112</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Muñoz Díaz c. España*: Fallo (49151/07): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de DHICiembre de 2009).

<sup>113</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *S.A.S. c. Francia*: Fallo (43835/2011): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1 de julio de 2014). párr. 120.

<sup>114</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Dahlab c. Suíza*: Fallo (42393/98): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 15 de febrero 2001). párr. 111.

<sup>115</sup> JIMÉNEZ, Carolina. Los Derechos Humanos de las Mujeres en Europa y América Latina: perspectiva jurisprudencial internacional. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, v. 20, n. 40, p. 483-510, 2018. p. 507.

<sup>116</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Leyla Sabih vs. Turquía*, 2005 párr. 113.

<sup>117</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Leyla Sabih c. Turquía*: Fallo (44774/1998): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de junio de 2004). párr. 102. En consecuencia, este tribunal ha entendido que bajo esa perspectiva se podía com-

pese a existir una valoración democrática de la identidad religiosa -elemento integrante de la identidad cultural, mediante el uso de símbolos religiosos asociados a la vestimenta, ella cede al ser ponderada considerando la necesidad de la medida en una sociedad democrática, bajo un amplio margen de apreciación nacional<sup>118</sup>.

*ii) Modos de vida propio:*

El TEDH también se ha pronunciado sobre la validez del matrimonio celebrado bajo costumbres de la comunidad roma, reconociendo tales prácticas culturales -y con ello el DHIC- a favor de mujeres pertenecientes a grupos étnicos, argumentando su resguardo como valor relevante en una sociedad democrática. En el caso Muñoz Díaz v. España, el TEDH desarrolla criterios respecto de la discriminación de la solicitante en base a su etnicidad, lo que también le impacta por motivos de género. Así, ha enfatizado el deber de «...prestar una atención especial a sus necesidades y modo de vida propio, tanto con carácter general como en los casos particulares»<sup>119</sup>. En otros pronunciamientos, el TEDH también se ha referido a la prohibición de discriminación y el derecho a la vida familiar, como derechos que amparan la identidad étnica de quienes son parte de una minoría nacional y son indisociables<sup>120</sup>.

---

prender que las autoridades competentes consideraran “contrario a estos valores aceptar el uso de distintivos religiosos, incluido, como en este caso, que las estudiantes se cubran la cabeza con un velo islámico en los locales universitarios” EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Leyla Sabín c. Turquía*: Fallo (44774/1998): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de junio de 2004). párr. 110.; FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional*: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 350-357.

<sup>118</sup> FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional*: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 308-309, 311-315, 350-357.

<sup>119</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Muñoz Díaz c. España*: Fallo (49151/07): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de DHICiembre de 2009).

<sup>120</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Buckley c. United Kingdom*: Fallo (20348/92): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de septiembre de 1996). párr. 76, 80, 84. No obstante, en este caso el TEDH solo se limita a efectuar un reconocimiento general del derecho a la vida familiar sin asegurarlo en concreto, rechazando la demanda de la demandante perteneciente a la minoría Romá. Véase los Votos disidentes del Juez Repik: “...Nunca se mencionó el derecho de la solicitante a su hogar o la importancia que ella le otorga al derecho en relación con su situación económica y familiar [nunca se consideraron] las posibles consecuencias para la demandante y sus hijos si fuera desalojada de su tierra”, EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Buckley c. United Kingdom*: Fallo (20348/92): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de

*iii) Empleo del idioma propio:*

El TEDH también ha reconocido los asuntos relativos al idioma como un aspecto relevante para el resguardo de la identidad cultural de las mujeres pertenecientes a minorías kurdas. Este tribunal ha sostenido que la negativa a rectificar una partida de nacimiento, debido a que el nombre en cuestión contenía caracteres que no existían en el alfabeto turco, constituía una violación de los artículos 8 y 14 del CEDH<sup>121</sup>. La solicitante sostenía que su nombre, de origen kurdo, estaba siendo *turquizado* y por ende le estaban discriminando por razón de su idioma y su pertenencia a la minoría nacional kurda<sup>122</sup>.

Mas allá de los anteriores criterios, el TEDH ha tenido la oportunidad de dirimir casos en los que ha acordado medidas proteccionistas a favor de las solicitantes cuando estas corren el riesgo de ser expuestas a prácticas culturales que contravienen el contenido del artículo 3 del CEDH (prohibición de tortura). Así, en *Jabari c. Turquía* este tribunal acordó la solicitud de asilo respecto de una mujer migrante que estaba acusada de cometer adulterio y corría un grave riesgo de ser apedreada en su país de origen, argumentando que el apedreamiento es una práctica dirigida hacia las mujeres que comporta violencia extrema y fuerte discriminación de género. Esta medida de asilo estuvo orientada a proteger los Derechos Humanos de la solicitante por el hecho de ser mujer, en contra de otras prácticas culturales entendidas como dañinas<sup>123</sup>. Este tipo de criterio restrictivo también se observa en el asunto *R. D. Contra Francia*, en el que este tribunal acordó la posible violación del artículo 3 del CEDH si la demandante viajaba a su país de origen, por el riesgo de ser víctima de asesinato de honor. No obstante, estos criterios no se reiteran con uniformidad, pues en otros casos las solicitudes han sido desestimadas por el TEDH pese a los fuertes indicios de que las solicitantes estuviesen expuestas a prácticas

---

septiembre de 1996). párr. 23-24. Para mayor abundamiento, véase FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional*: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023. p. 271-283.

<sup>121</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Güzel Erdagöz c. Turquía*: Fallo (37483/02): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de octubre de 2008). párr. 54.

<sup>122</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Güzel Erdagöz c. Turquía*: Fallo (37483/02): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de octubre de 2008).

<sup>123</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Jabari c. Turquía*: Fallo (40035/98): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de julio de 2000).

nocivas: respecto de matrimonios forzados; medidas cautelares adoptadas por riesgo de mutilación genital femenina, aunque luego los casos hayan sido declarados inadmisibles<sup>124</sup>.

Aunque los criterios antes señalados apuntan al reconocimiento del DHIC respecto de mujeres pertenecientes a minorías nacionales, ello no obsta para extender su aplicación respecto de las mujeres migrantes con base en el derecho al trato equitativo resguardado en el SEDH. De hecho, el TEDH ha reconocido el derecho de los migrantes a mantener sus vínculos culturales con sus países de origen<sup>125</sup>, lo que podría traducirse en una tímida apertura respecto del ámbito de aplicación de las disposiciones del SEDH en cuanto al reconocimiento de los derechos culturales a favor de los migrantes.

### 3 Conclusiones

La reiterada presencia de prohibiciones de discriminación en relación con el trato que se brinda a las mujeres migrantes, respecto del ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales, se traduce en el deber de reconocimiento por parte de los Estados de las diferencias y particularidades de estos colectivos, como un elemento de su dignidad personal. Y, de dicha noción se deducen todos los derechos, incluyendo el DHIC. Asimismo, el reconocimiento del DHIC hacia las mujeres migrantes se refuerza bajo el principio de igualdad y no discriminación por razones de género, con base en el estándar desarrollado en el Derecho Internacional

para regular específicamente la protección paritaria de los derechos de las mujeres respecto de los hombres. Ello permite argumentar el reconocimiento del DHIC de las mujeres migrantes en un mismo pie de igualdad respecto de los hombres, pero atendiendo a las particularidades que se observan con la feminización de la migración y sus imbricadas relaciones con la movilidad de los varones.

Además, este derecho puede ser reclamado por las mujeres migrantes bajo una interpretación estricta de los instrumentos internacionales y la caracterización de estos colectivos como integrantes de minorías. Surge así el deber de los Estados parte de asegurar la realización y el ejercicio del DHIC en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales adoptadas en la materia, atendiendo a las necesidades y experiencias particulares de estos grupos minoritarios. En este contexto, no basta esgrimir el principio de igualdad, sino que debe estar abierto a un constante debate por parte de las voces involucradas, a fin de asegurar la participación y el empoderamiento de las mujeres migrantes, asegurando que puedan decidir respecto de las prácticas asociadas al ejercicio del DHIC.

En los contextos regionales, los instrumentos que incluyen la prohibición de discriminación junto a las disposiciones que promueven el derecho a participar en la vida cultural, también permiten argumentar el reconocimiento del DHIC a favor de las mujeres migrantes bajo una interpretación amplia de esos instrumentos regionales. En estos casos el ejercicio del DHIC por parte de las mujeres migrantes también descansa en el principio de igualdad y no discriminación por razones de género. Se configura, en base al estándar alcanzado en el respectivo marco regional para regular específicamente la protección de los derechos de las mujeres a una vida libre de violencia. Además, tanto en el SIDH como en el SEDH se han adoptado instrumentos que abordan la violencia contra las mujeres; incluyendo la prohibición de la discriminación en el reconocimiento, goce y disfrute de los derechos de las mujeres. Estos instrumentos también incluyen en sus catálogos el derecho de las mujeres a participar de la vida cultural -lo que incluye el DHIC y su reconocimiento-. No obstante, en el SEDH se han configurado limitaciones respecto de aquellas prácticas culturales que puedan constituir riesgo de algún tipo de violencia contra las mujeres.

<sup>124</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Izdebekhai y otros c. Irlanda*: Fallo (43408/08): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 17 de mayo de 2011).; EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Omeredo c. Austria*: Fallo (8969/10): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 20 de septiembre de 2011).; EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sov c. Bélgica*: Fallo (27081/13): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6 de junio de 2016).

<sup>125</sup> EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Khurshid Mustafa y Tarzibachi c. Suecia*: Fallo (23883/06): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de DHICiembre de 2008). párr. 44. En este caso, tras una decisión judicial de no prolongar un contrato de alquiler privado, una pareja de origen iraquí había sido conminada a retirar una antena parabólica que captaba las transmisiones de televisión de su país natal. El TEDH ha priorizado el vínculo de los recurrentes con su cultura, entendiendo que la antena parabólica les permitía recibir programas de televisión en árabe y en farsi desde su país de origen, lo que era de particular interés para ellos, una familia de inmigrantes que deseaba permanecer en contacto con su cultura y su lengua, manteniendo su estilo de vida.

Asimismo, tanto en el SIDH como en el SEDH se han desarrollado criterios jurisprudenciales que reconocen el DHIC de las mujeres al catalogarles como integrantes de minorías en temas como el idioma, los modos de vida propio, el uso de símbolos religiosos, matrimonio y familia. El TEDH en sus pronunciamientos ha limitado ciertas prácticas culturales por parte de las mujeres cuando su ejercicio atenta con el principio de igualdad de género y en otros ha acordado medidas para la protección de las mujeres migrantes cuando corren el riesgo de experimentar prácticas culturales dañinas en sus países de origen. Con ello adopta una postura un tanto paternalista respecto del reconocimiento del DHIC por parte de las mujeres y se distancia del reconocimiento progresivo de este derecho alcanzado en el ámbito universal.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte IDH ha avanzado en posiciones más novedosas, al pronunciarse respecto del deber de resguardar el DHIC de las mujeres indígenas cuando se acuerden medidas reparatorias. No obstante, en todos estos criterios regionales, se ha reconocido el DHIC de las mujeres como un derecho transversal y necesario en el reconocimiento de los otros derechos de las mujeres. Ello se traduce en el deber de los Estados parte de asegurar la realización y el ejercicio del DHIC en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales adoptadas en la materia, atendiendo a las necesidades y experiencias particulares de estos grupos.

Finalmente, los tribunales de ambos sistemas regionales han desarrollado criterios respecto del DHIC de las mujeres con ciertas variantes. En el SIDH se ampara el DHIC, por una parte, ampliando la titularidad del DHIC a ciertos grupos (como pueblos indígenas, tribales y minorías), hasta comprenderse como un derecho de carácter general de *toda persona*. Por otra, desde su contenido, se considera este derecho como integrante del derecho autónomo a la participación en la vida cultural (DESC); o bien, como un derecho emergente de la interconexión entre los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación. En el SEDH se reconoce el derecho a la identidad cultural respecto de las mujeres pertenecientes a minorías nacionales y la jurisprudencia del TEDH ha avanzado a criterios que reconocen a los migrantes el derecho a mantener vínculos con sus culturas de origen. Estas ampliaciones respecto de la titularidad y contenido del DHIC observadas en los criterios jurisprudenciales desarrollados por ambos tribunales internacionales dan cuenta de una tendencia a la amplia-

ción del margen comprensivo del DHIC, para entender la inclusión de las mujeres migrantes dentro de éste.

Adicionalmente, junto a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación -contenido tanto en los instrumentos universales como regionales y en aquellos específicamente erigidos para asegurar el disfrute paritario de todos los derechos que asisten a las mujeres- y la caracterización de las mujeres migrantes como integrantes de minorías, se puede demostrar hermenéuticamente que el DHIC de las mujeres migrantes en el Derecho Internacional de los derechos humanos existe y se debe resguardar.

## Referencias

- AGUILAR, Gonzalo (ed.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- ANAYA, James. International human rights and indigenous peoples: the move toward the multicultural state. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, v. 21, n. 1, p. 13-61, 2004.
- ANDRADE, María José. Pueblos indígenas y minorías nacionales: similitudes y diferencias en la protección internacional de sus derechos. *Revista Campos en Ciencias Sociales*, v. 2, n. 6, p. 15-16, 2018.
- ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. Non-discrimination in International and European Law: Towards Substantive Models. *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, v. 25, n. 2, p. 140-157, 2007.
- ARP, Björn. *Las minorías nacionales y su protección en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ASTELARRA, Judith. Políticas de género en la Unión Europea y algunos apuntes sobre América Latina. *CEPAL*, 2004. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5928-politicas-genero-la-union-europea-algunos-apuntes-america-latina>. Acceso en: 3 abr. 2023.
- BADILLA, Ana; TORRES, Isabel. La protección de los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In: IIDH (ed.). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*. 2004. p. 91-190.

- BARAÑANO, Margarita; MARCHETTI, Sabrina. Perspectivas sobre género, migraciones transnacionales y trabajo: rearticulaciones del trabajo de reproducción social y de cuidados en la Europa del Sur. *Investigaciones Feministas*, España, v. 7, n. 1, p. 9-33, 2016.
- BARRERE, María. Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación. *In: MESTRE, Ruth (coord.). Mujeres, derechos, ciudadanías*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 45-71.
- BASCH, Linda; GLICK, Nina; SZANTON, Cristina. *Nations Unbound: Transnational Project, Postcolonial Predicaments, and De-territorialized Nation States*. New York: Routledge, 2009.
- BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira. *Derechos Humanos de los grupos vulnerables: guía de prácticas*. Barcelona: DHES, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014.
- BENAVENTE, María; VALDEZ, Alejandra. Políticas públicas para la igualdad de género: un aporte a la autonomía de las mujeres. *CEPAL*, 2014. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37226/S1420372\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37226/S1420372_es.pdf). Acceso en: 3 jul. 2023.
- BENHABIB, Seyla. *The claims of culture: equality and diversity in the global era*. New Jersey: Princeton university press, 2002.
- BENNOUNE, Karima. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales*: documento de las Naciones Unidas A/HRC/31/59. 2016. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/31/59>. Acceso en: 3 mar. 2023.
- BINAZZI, Alice. Género y migraciones forzosas en Centroamérica y el Caribe: una mirada antropológica para los derechos humanos de las niñas, adolescentes y de las mujeres. *Revista de Ciencias Sociales*, v. 6, n. 1, p. 155-176, 2019.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence; MONTOYA CÉSPEDES, Nicolás. El diálogo judicial entre la Corte Interamericana de derechos humanos y la Corte Europea de derechos humanos. *In: BANDEIRA GALINDO, George; URUEÑA, René; TORRES PÉREZ, Aida (coord.). Protección multinivel de Derechos humanos: manual*. Barcelona: DHES, 2013. p. 187-210.
- BUSTAMANTE, Jorge. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*: documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/30, 2010. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/14/30>. Acceso en: 7 jul. 2023.
- CASTILLA, Carmen. Women in Transition: african female immigration in Spain. *Migraciones Internacionales*, v. 9, n. 2, p. 143-171, 2017.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. El derecho a la cultura como derecho fundamental. *Revista electrónica iberoamericana*, v. 4, n. 1, p. 92-115, 2010.
- CHOUDRY, Shazia. Towards a transformative conceptualisation of violence against women: a critical frame analysis of Council of Europe Discourse on Violence Against Women. *The Modern Law Review*, v. 79, n. 3, p. 406-411.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 21: Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a)*, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/21/Rev.1. 2009. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>. Acceso en: 3 feb. 2023.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N° 23: Derecho de las minorías (artículo 27)*, documento de las naciones unidas HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I). 1994. Disponible en: [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(Vol.I\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I)). Acceso en: 2 jan. 2023.
- COMITÉ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*. 2008. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>. Acceso en: 13 jun. 2023.
- COMITÉ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación general número 28*. 2010. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>. Acceso en: 21 ene. 2023.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Acelerar los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer: garantizar la diligencia debida en la prevención*.

2010. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A-65-53\\_sp.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A-65-53_sp.pdf). Acceso en: 21 ene. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Fallo (Serie C N° 15): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 10 septiembre de 1993).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*: Fallo (Serie C N° 212): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de mayo de 2010).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*: Fallo (Serie C N° 304): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 octubre de 2015).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena Sawboyamaxa Vs. Paraguay*: Fallo (Serie C N° 146): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de marzo de 2006).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*: Fallo (Serie C N°125): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de junio de 2005).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidad Moivana Vs. Suriname*: Fallo (Serie C N° 124): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 junio de 2005).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) Vs. Argentina*: Fallo (Serie C N° 400): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2020).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Fernández Ortega y otros. Vs. México*: Fallo (Serie C N° 215): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de agosto de 2010).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*: Fallo (Serie C N° 205): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *I.V. Vs. Bolivia*: Fallo (Serie C No. 329): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2016).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Karen Atala e Hijas*: Fallo (42/08): (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 17 de septiembre de 2010).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *López Álvarez Vs. Honduras*: Fallo (Serie C N° 141): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de febrero de 2006).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*: Fallo (Serie A N° 18): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 septiembre 2003).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*: Fallo (Serie C N° 245): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12 junio de 2012).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblo Saramaka Vs. Surinam Excepciones Preliminares*: Fallo (Serie C N° 172): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2007).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblo Xucuro Vs. Brasil*: Fallo (Serie C N° 346): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de febrero de 2018).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Rosendo Cantú y otra Vs. México*: Fallo (Serie C N° 216): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de mayo de 2011).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Tiu Tojín Vs. Guatemala*: Fallo (Serie C N° 190): (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2008).

COURTIS, Corina; PACECCA, María. Género y trayectoria migratoria: mujeres migrantes y trabajo doméstico en el Área Metropolitana de Buenos Aires. *Papeles de Población*, n. 63, p. 155- 185, 2010.

CRÉPEAU, François. *Derechos humanos de los migrantes*: Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, documento de las Naciones Unidas A/69/302. 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/501/99/PDF/N1450199.pdf?OpenElement>. Acceso en: 10 ene. 2023.

- DE LUCAS, Javier. ¿Es la identidad cultural europea la clave del proyecto europeo? In: DE LUCAS, Javier (ed.). *Europa: Derechos, Culturas*. Valencia: PUV/Tirant lo Blanch, 2006. p. 123-152.
- DEL REAL, Alberto. *El derecho a la Identidad Cultural: ¿derecho de la persona o derecho de los pueblos?* Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 2014.
- DONDERS, Yvonne. Towards a Right to Cultural Identity? Yes, Indeed! *Diritti umani y diritto internazionale*, v. 12, n. 5, p. 525-548, 2018.
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *A.A. y otros c. Suíza*: Fallo (14499/09): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28 de junio de 2012).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Buckley c. United Kingdom*: Fallo (20348/92): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de septiembre de 1996).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Chapman c. Reino Unido*: Fallo (27238/95): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de enero de 2001).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Connors c. Reino Unido*: Fallo (66746/01): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27 de mayo de 2004).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *D.H. c. República Checa*: Fallo (57325/00): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de febrero de 2006).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Dablab c. Suíza*: Fallo (42393/98): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 15 de febrero 2001).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *G. and E. c. Noruega* (“Hhe Alta Case”): Fallos (9278/81; 9415/81): (Comisión Europea de Derechos Humanos, 3 de octubre de 1983).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Güzel Erdagöz c. Turquía*: Fallo (37483/02): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de octubre de 2008).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Izdebekhai y otros c. Irlanda*: Fallo (43408/08): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 17 de mayo de 2011).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Jabari c. Turquía*: Fallo (40035/98): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 11 de julio de 2000).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Khursbid Mustafa y Tarzibachi c. Suecia*: Fallo (23883/06): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de DHICIembre de 2008).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Laustsi y otros c. Italia*: Fallo (30814/06): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 3 de noviembre de 2009).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Leyla Sabín c. Turquía*: Fallo (44774/1998): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de junio de 2004).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Muñoz Díaz c. España*: Fallo (49151/07): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 8 de DHICIembre de 2009).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Omeredo c. Austria*: Fallo (8969/10): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 20 de septiembre de 2011).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Oršunš y otros c. Croacia*: Fallo (15766/03): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de marzo de 2010).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *R.D. c. Francia*: Fallo (34648/14): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de junio de 2016).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *S.A.S. c. Francia*: Fallo (43835/2011): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1 de julio de 2014).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sampanis y otros c. Grecia*: Fallo (32526/05): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de junio de 2008).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sejdic y Finci c. Bosnia-Herzegovina*: Fallos (27996/06; 34836/06): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 22 de DHICIembre de 2009).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sidiropoulos y otros c. Grecia*: Fallo (26695/95): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de julio de 1998).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sow c. Bélgica*: Fallo (27081/13): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 6 de junio de 2016).
- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Staatkundig Gereformeerde Partij c. los Países Bajos*: Fallo (58369/10): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de julio de 2012).

- EUROPA. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Stankov y la Organización Unida de Macedonia Ilinden c. Bulgaria*: Fallos (29221/95; 29225/95): (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de octubre de 2001).
- FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al Derecho Humano a la Identidad Cultural. *Brazilian Journal of International Law*, v. 11, n. 3, p. 222-255, 2020.
- FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 513-535, 2019.
- FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, v. 26, n. 1, p. 77-100, 2020.
- FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge; VALLEJOS ROA, Liz. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural*: abordajes plurales desde América Latina. Santiago: RIL editores, 2020. p. 107-144.
- FAUNDES, Juan Jorge. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho humano a la identidad cultural. *Revista de Dereito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 222-255, 2020.
- FAUNDES, Juan Jorge. *El derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional*: diálogo entre la corte interamericana de derechos humanos y el tribunal europeo de derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- FAUNDES, Juan Jorge; MELLO, Patricia Perrone Campos. Grupos vulnerables. In: PIZZI, Jovino; CENSI, Maximiliano (coord.). *Glosario de Patologías Sociales*. Pelotas: Observatório Global de Patologias Sociais, Universidad Federal de Pelotas, 2021. p. 104-115.
- GARCÍA ROCA, Javier et al. (ed.). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial CIVITAS, Thomson Reuters, 2012.
- GONZÁLEZ, Aida. El protocolo facultativo de la CEDAW: mitos y supuestos. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (ed.). *Convención CEDAW y Protocolo Facultativo*: Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. San José de Costa Rica: Editorama, 2004. p. 147-183.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS MINORÍAS. *Comentario del grupo de trabajo sobre las minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*: documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2. 2005. Disponible en: file:///C:/Users/56931/Downloads/E\_CN.4\_Sub.2\_AC.5\_2005\_2-ES.pdf. Acceso en: 3 mayo 2023.
- GUIL, Ana. Género y construcción científica del conocimiento. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, v. 18, n. 27, p. 263-288, 2016.
- GUIZARDI, Menara; GONZÁLEZ, Herminia; STEFONI, Carolina. De feminismos y movilidades: debates críticos sobre migraciones y género en América Latina (1980-2018). *RUMBOS TS*, n. 18, p. 37-66, 2018.
- GUTTERIDGE, Harold Cooke. *Comparative law: an introduction to the comparative method of legal studies & research*. Cambridge: Cambridge University Press, 1947.
- HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, v. 55, n. 64, p. 3-25, 2010.
- HOLTMAAT, Rikki. Article 5: The CEDAW: a holistic approach to women's equality and freedom. In: SCHULZ, Patricia; HALPERIN-KADDARI, Ruth; RUDOLF, Beate; FREEMAN, Marsha A. (ed.). *The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 95-123.
- HONIG, Bonnie. My culture made me do it. In: MOLLER, Susan (ed.). *Is Multiculturalism bad for women?*. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 35-40.
- HÜBNER, Jorge. *Panorama de los derechos humanos*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1973.



- IVANOVITICH TUNKIN, Grigory. *Droit international public: problèmes théoriques*. Paris: Editions A. Pedone, 1965.
- JIMÉNEZ, Carolina. Los Derechos Humanos de las Mujeres en Europa y América Latina: perspectiva jurisprudencial internacional. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, v. 20, n. 40, p. 483-510, 2018.
- KAMBA, Walter. Comparative law: a theoretical framework. *International Comparative Law Quarterly*, v. 23, n. 3, p. 485-519, jul. 1972.
- KELLY, M.; ADGER, Neil. Theory and practice in assessing vulnerability to climate change and facilitating adaptation. *Climate Change*, n. 47, p. 325-352, 2000.
- KYMLICKA, Will. La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 17, p. 11-50, 2007.
- LEÓN SILVA, Glorimar. El Derecho humano a la identidad cultural de las mujeres migrantes - bajo una perspectiva de género - y su incorporación en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 13, n. 1, p. 62-104, 2022.
- LEÓN SILVA, Glorimar; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. El derecho humano a la identidad cultural de los migrantes, fuentes internacionales y recepción en Chile. *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 1, p. 289-318, 2022.
- LEÓN SILVA, Glorimar; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Existe el derecho humano a la identidad cultural de los migrantes en el Derecho Internacional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 3, p. 350-382, 2021.
- LEVIT, Nancy; VERCHICK, Robert; MINOW, Martha. *Feminist legal theory*. New York: New York University Press, 2016.
- MALDONADO, Carlos; MARTÍNEZ, Jorge; MARTÍNEZ, Rodrigo. Protección social y migración: una mirada desde las vulnerabilidades a lo largo del ciclo de la migración y de la vida de las personas. *CEPAL*, 2018. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44021/1/S1800613\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44021/1/S1800613_es.pdf). Acceso en: 30 mayo 2023.
- MARÍN, María Luisa. La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 9, p. 1-8, 2007.
- MARIÑO, Fernando. Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. In: MARIÑO, Fernando; FERNÁNDEZ, Carlos (coord.). *Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 19-26.
- MARRONI, María. Vulnerabilidad, riesgos y derechos humanos en los proyectos migratorios femeninos. In: UNESCO (ed.). *Derechos humanos y flujos migratorios en las fronteras de México*. México: UNESCO/Secretaría de Relaciones Exteriores/Universidad Iberoamericana/UNAM, 2003. p. 305-321.
- MELLO, Patricia. Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+. *Revista da AGU*, Brasília, v. 19, n. 01, p. 17-43, jan./mar. 2020.
- MELLO, Patricia; LACERDA ACCIOLY, Clara. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. In: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL Editores/Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.
- MIRANDA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género. *Dikaion*, v. 21, n. 2, p. 337-356, 2012.
- NACIONES UNIDAS. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*. 2011. Disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/ESCR/E\\_2011\\_90\\_es.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/ESCR/E_2011_90_es.pdf). Acceso en: 2 ene. 2023.
- NACIONES UNIDAS. *Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas: estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas: documento de las Naciones Unidas: A/HRC/EMRIP/2012/3*. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/3>. Acceso en: 9 dic. 2022.
- OLIVA MARTINEZ, Daniel. Diversidad cultural. In: DIAZ, Castor; MORENO SALVADOR, Ana (dir.). *El*

*glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e integración*: comercio, cultura y desarrollo. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 232.

OLIVARES, Alberto. El derecho a la identidad cultural. In: AGUILAR, Gonzalo (ed.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 175-190.

ORÉ, Gaby. Los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres en América Latina: Estado y estrategias. In: YAMIN, Alicia (ed.). *Los derechos económicos, sociales y culturales en la América Latina*: del invento a la herramienta. México: Plaza y Valdez editorial, 2007. p. 341-360.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *¿Como prevenir la discriminación, la explotación y el abuso de las trabajadoras migrantes?* 2010. Disponible en: [http://www.mdgfund.org/sites/default/files/YEM\\_](http://www.mdgfund.org/sites/default/files/YEM_). Acceso en: 10 mayo 2023.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Factores de Riesgo y Necesidades de Atención para las Mujeres Migrantes en Centroamérica*: estudio de actualización sobre la situación de la violencia contra las mujeres migrantes en la ruta migratoria en Centroamérica. 2016. Disponible en: <https://oig.cepal.org/es/documentos/factores-riesgo-necesidades-atencion-mujeres-migrantes-centroamerica-estudio>. Acceso en: 3 mayo 2023.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Glosario de términos*. 2006. Disponible en: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>. Acceso en: 15 jun. 2023.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Política de la OIM sobre la igualdad de género 2015-2019*. 2015. Disponible en: <https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/2018-07/C-106-INF-8-Rev.1-Poli%CC%81tica-de-la-OIM-sobre-la-Igualdad-de-Ge%CC%81nero-2015-2019.pdf>. Acceso en: 5 jul. 2023.

OTTO, Dianne. Gender Comment: why does the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights need a General Comment on Women? *Public Law and Legal Theory Research Paper*, n. 31, p. 1-65, 2002.

RAMÍREZ, Silvina. Igualdad como emancipación: los derechos fundamentales de los Pueblos indígenas. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (ed.).

*El derecho a la igualdad, aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012. p. 389-416.

REBOLLEDO, Teresa; RODRÍGUEZ, Rocío. Mujeres migrantes: vulnerabilidad y Derechos Humanos. *Revista de Ciencias Sociales*, Colombia, v. 6, n. 2, p. 59-60, 2019.

REMIRO, Antonio. *Derecho Internacional Público*: tomo I: principios fundamentales. Madrid: Tecnos, 1987.

RODRÍGUEZ, Ana. La escalera de Escher: la transversalización de género vista desde las capacidades del Estado: aportes para el Estado y la administración gubernamental. *Aportes*, Buenos Aires, v. 14, n. 25, p. 53-70, 2014.

ROLDÁN, Genoveva. Los flujos internacionales de migración femenina. In: PÉREZ, Nancy (ed.). *Hacia la construcción de políticas públicas a favor de las mujeres migrantes: caso Chiapas*. México: INCIDE Social/Sin Fronteras IAP, 2010. p. 67-80.

ROMAN, D. L'accès à la culture dans les politiques de lutte contre l'exclusion sociale. In: FRIER, Deguerge (dir.). *L'art et le droit*: écrits en hommage à Pierre-Laurent. Paris: Publications de la Sorbonne, 2010. p. 345.

RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, año 3, p. 43-69, 2007.

RUIZ, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 40, n. 118, p. 193-239, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SHAHEED, Farida. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales*: documento de las Naciones Unidas A/67/287. 2012. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/67/287>. Acceso en: 13 jul. 2023.

SHAHEED, Farida. *Report of the independent expert in the field of cultural rights, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council*: documento de las Naciones Unidas A/HRC/14/36. 2010. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/HRC/14/36>. Acceso en: 10 jun. 2023.

SHAW, Malcolm. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SOLÉ, Carlota; PARELLA, Sonia; ALARCÓN, Amado; BERGALLI, Valeria; GIBERT, Francesc. El impacto de la inmigración en la sociedad receptora. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, España, n. 90, p. 31-157, 2000.

STERN, Ana. Género y migración. In: PÉREZ, Nancy (coord.). *Hacia la construcción de políticas públicas a favor de las mujeres migrantes: Caso Chiapas*. México: INCIDE Social/Sin Fronteras IAP, 2010. p. 31-41.

TONIATTI, Roberto. El paradigma constitucional de la inclusión de la diversidad cultural: notas para una comparación entre los modelos de protección de las minorías Nacionales en Europa y de los pueblos indígenas en Latino américa. *JPs Working Papers*, n. 3. 2015.

VALLS, Ramon. El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 5, p. 278–285, 2015. p. 283-285.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**A tutela da diversidade cultural  
no sistema internacional de  
direitos humanos**

**The safeguard of cultural  
diversity in the international  
human rights system**

George Sarmento Lins Júnior

Laryssa Custódio de França Pereira

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**

# A tutela da diversidade cultural no sistema internacional de direitos humanos\*

## The safeguard of cultural diversity in the international human rights system

George Sarmiento Lins Júnior\*\*

Laryssa Custódio de França Pereira\*\*\*

### Resumo

Neste artigo, examinam-se quais são os maiores desafios para a efetividade dos direitos culturais, relacionados à proteção da diversidade cultural em consonância com as normas que regem o Sistema Internacional de Direitos Humanos. Para analisar tal problemática, utiliza-se o método de pesquisa dedutivo, considerando-se o fato de que se parte, neste trabalho, da concepção geral de que políticas culturais mais efetivas são necessárias para a concretização da tutela internacional dos direitos culturais. Estudo que parte para a análise da realidade concreta brasileira sobre o tema, de modo a analisar as dificuldades práticas em nível nacional. Assim, primeiramente, analisam-se as mais relevantes acepções de cultura na esfera jurídica, por se tratar de um conceito complexo e multifacetado. Além disso, estuda-se a proteção oriunda dos tratados internacionais e os aspectos hermenêuticos que devem ser considerados para a aplicação de tais direitos. Também se examinam a implementação da tutela da diversidade cultural no Brasil e a respectiva influência da normatividade do Sistema Internacional de Direitos Humanos, de modo a abordar as principais violações e desafios. Conclui-se que a concretização plena da tutela da diversidade cultural pode exigir marcos normativos e políticas públicas específicas em consonância com a realidade de cada país, de modo a, também, efetivar a respectiva normatividade internacional. O presente estudo é relevante, pois pretende, de um lado, analisar a positividade internacional da proteção à diversidade cultural e, por outro, investigar quais são as medidas mais essenciais para a efetividade de tal direito humano.

**Palavras-chaves:** direitos culturais; diversidade cultural; hermenêutica; direitos humanos; direito internacional.

### Abstract

This article intends to examine what are the biggest challenges for the effectiveness of cultural rights related to the protection of the cultural diversity in conformity with international human rights laws. In order to analyse the problem utilising the deductive research method, it starts from the general idea that more effective cultural policies are needed in the implementation of the international protection of cultural rights. Study that analyses the Brazilian reality on the subject to examine the practical difficulties at

\* Recebido em 17/04/2023  
Aprovado em 31/05/2023

\*\* Pós-doutor pela Université d'Aix-Marseille. Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas FDA/UFAL.  
Email: george\_sarmiento@uol.com.br

\*\*\* Mestra em Direito Público e Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL). Advogada. Professora da Faculdade Estácio de Alagoas. Secretária-Geral da Comissão de Direito Cultural da OAB/AL.  
Email: laryssacustodio@hotmail.com

the national level. Thus, firstly, it analyses the various meanings of culture in the legal world, as it is a very complex concept. Then, it studies the protection derived from international treaties and the hermeneutical aspects that must be considered in the application of such rights. The implementation of the protection of cultural diversity in Brazil and the respective influence of normativity was also examined, in order to address the main violations and challenges. It concludes that the full realization of the protection of the cultural diversity may require legal frameworks and specific policies in conformity with the reality of each country to also implement the respective international laws. The present study is relevant because it intends, on the one hand, to analyse the international positivization of the protection of cultural diversity and, on the other hand, to investigate which are the most essential measures for the effectiveness of such a human right.

**Keywords:** cultural rights; cultural diversity; hermeneutics; human rights; international law.

## 1 Introdução

A Diversidade Cultural é tutelada internacional e constitucionalmente. Contudo, mais importante do que a positivação é a concretização de tal direito. Porquanto, o respeito à diversidade cultural é essencial para o bem-estar das coletividades e para o pleno exercício do direito de participação na vida cultural em consonância com as tradições, características e particularidades culturais, religiosas, étnicas, artísticas e linguísticas dos diferentes povos.

Assim, analisa-se, no presente artigo, o seguinte problema: quais são os maiores desafios para a efetividade dos direitos culturais relacionados à diversidade cultural em consonância com as normas que regem o Sistema Internacional de Direitos Humanos?

Para a consecução de tal objetivo, em um primeiro momento, serão analisadas as mais relevantes acepções de cultura no mundo jurídico. Afinal, cultura é um conceito complexo. E todas as culturas devem ser valorizadas, de forma que também é importante entender como o pluralismo cultural, em sua diversidade, é tutelado e compreendido na esfera jurídica.

Posteriormente, será abordada a forma que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 positivou, em nível internacional, os direitos culturais, bem como os instrumentos internacionais posteriores que salvaguardaram tais direitos e a evolução que alguns deles trouxeram, com ênfase para a positivação internacional do direito de participar da vida cultural e a forma como este pode ser compreendido para evitar a discriminação e propiciar uma maior valorização das diferentes culturas de todos os povos. Nesse âmbito, serão focadas as normas atinentes à proteção da diversidade cultural.

Posteriormente, será analisada a aplicação da tutela internacional da diversidade cultural no Brasil, considerando-se o texto constitucional, o cumprimento das metas do Plano Nacional de Cultura e o relatório produzido em 2010 por Farida Shaheed, perita no campo dos direitos culturais, nomeada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Nesse relatório, analisaram-se aspectos normativos, institucionais e a realidade prática sobre a implementação dos direitos culturais protegidos nacional e internacionalmente.

Para analisar a problemática, utilizar-se-á o método de pesquisa dedutivo, porquanto parte da ideia geral de que políticas culturais mais efetivas com o intento de proteger a tutela da diversidade cultural, em consonância com os respectivos instrumentos normativos internacionais, são necessárias para a concretização da tutela internacional dos direitos culturais. Estudo que parte para a análise da realidade concreta brasileira sobre o tema. Momento no qual será perquirida a aplicação da legislação internacional e nacional sobre a tutela da diversidade cultural no Brasil, de forma a examinar quais são as maiores lacunas legislativas e as falhas mais relevantes na esfera das políticas culturais da área que obstaculizam a efetivação plena dos direitos culturais.

A abordagem da problemática será realizada por meio do enfoque qualitativo, o qual terá caráter descritivo. Para propiciar um melhor desenvolvimento do tema, utilizaram-se utilizados levantamentos bibliográficos, legislativos e documentais.

## 2 Hermenêutica do conceito de cultura

*A priori*, para permitir uma melhor compreensão no estudo da proteção supranacional dos direitos culturais, é indispensável a compreensão do próprio significado de cultura e da respectiva hermenêutica no âmbito jurídico, mormente na positividade dos tratados de direitos humanos. Cultura é um vocábulo abstrato e complexo que pode ter diferentes acepções de acordo com a interpretação que se dê a ele. Portanto, as normas relativas aos direitos culturais, usualmente, requerem empenho e esforço hermenêutico para desbravar o seu significado.

Sobre a terminologia de direitos humanos e direitos fundamentais, Sarlet explica que, apesar de ambos serem comumente utilizados como sinônimos, a procedente para a distinção é de que direitos fundamentais se aplica para os direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Ao passo que a expressão direitos humanos relaciona-se com os documentos no âmbito do direito internacional, por referir a posições jurídicas que reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional<sup>1</sup>.

A doutrina majoritária possui o entendimento de que os direitos culturais fazem parte do rol de direitos sociais, ao passo que Wolfgang Sarlet salienta que direitos fundamentais sociais se caracterizam por outorgarem às pessoas direitos a prestações sociais estatais, como saúde, educação, trabalho, cultura e assistência social, o que revela uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Cujas concretização exige do Estado uma postura ativa, positiva, voltando-se à interpretação dos direitos à legitimação das aspirações sociais<sup>2</sup>.

No âmbito das tentativas de hermenêutica jurídica do conceito de cultura, alguns autores, como Jérémie Gilbert<sup>3</sup>, referem-se a uma natureza dualista dos direi-

tos culturais nas Declarações Internacionais de Direitos, pois, de um lado, estão os direitos culturais que protegem as artes e as ciências e, de outro lado, os direitos culturais que protegem culturas específicas e de grupos minoritários. Em sentido similar, Boris Martin<sup>4</sup> compreende a ambiguidade intrínseca da palavra cultura na Declaração Universal dos Direitos dos Homens de modo a distinguir o entendimento dos direitos culturais em: a) *culture-bénéfice* (cultura benefício) definida como o enriquecimento do espírito através de exercícios intelectuais, referente aos *droits à la culture* (direitos à cultura) e a b) *culture-identité* (cultura identidade), entendida como *droits des cultures* (direitos das culturas), atinente à proteção da identidade e da diversidade cultural.

Por outro lado, conforme Vasco Pereira da Silva<sup>5</sup>, não são apenas duas as acepções de cultura relevantes para o Direito, devendo-se falar em natureza multifacetada dos direitos culturais. Pereira da Silva delimita três acepções possíveis e “abertas” de cultura com relevância no mundo jurídico: 1) uma acepção mais restrita, correspondente ao domínio específico do Direito da cultura, que deve ser distinguida de outros direitos congêneres — como direito à ciência ou a educação — e entende a cultura como uma realidade intelectual e artística do passado, presente e do futuro. 2) Uma acepção intermediária, que não compreende apenas o âmbito da criação e da fruição intelectual, mas que também se refere ao relacionamento com outros direitos espirituais, como os relativos à ciência, ao ensino e à formação. Tem, ainda, relação com o âmbito de aplicação das normas do Direito da Cultura, especialmente quando a legislação concerne às realidades culturais com as que se verificam outras manifestações intimamente relacionadas, como é o caso da religião e do desporto. Concerne à necessidade de coordenação e articulação das políticas públicas em razão de interdependência jurídico-material de forma a propiciar uma realização mais completa e efetiva dos direitos fundamentais vinculados a essa acepção e da própria Constituição. 3) Uma acepção mais ampla, em que o entendimento da Constituição como realidade cultural e do Direito Constitucional como Ciência da

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 36.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.57.

<sup>3</sup> GILBERT, Jérémie. Cultural Rights. In: SMITH, Rhona K. M.;

ANKER, Christien Van Den. *Human Rights*. London: Hodder Arnold, 2005. p. 77.

<sup>4</sup> MARTIN, Boris. Les droits culturels comme mode d'interprétation et de mises en oeuvre des Droits de l'homme. *La revue du MAUSS semestrielle*, n. 13, p. 236-260, 1. sem. 1999. p.237.

<sup>5</sup> SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 9-12.

Cultura obrigam a ir além do próprio direito em busca da identidade cultural dos fenômenos jurídicos.

Outrossim, a discussão acerca do conceito de cultura é eterna, pois “uma compreensão exata do conceito de cultura significa a compressão da própria natureza humana”<sup>6</sup>. Isto é, ultrapassa os limites da capacidade humana de produzir um conceito de cultura definitivo, sendo importante, nesse âmbito, entender algumas das noções formuladas pelas ciências sociais sobre tal termo. Como são muitas as teorias e formulações em relação a essa palavra, enfatizam-se os contextos mais atrelados ao uso jurídico no âmbito de interpretação e implementação dos direitos culturais em nível supranacional.

Isaura Botelho<sup>7</sup> adota a categorização feita pelo sociólogo chileno José Joaquín Brunner e aproveitada por Raymond Williams, que distingue cultura em duas dimensões: a antropológica e a sociológica. A dimensão antropológica é a mais ampla, na qual a cultura é produzida por meio da interação social das pessoas que elaboram seus modos de pensar e sentir, constroem seus valores, manejam suas identidades e diferenças, estabelecem suas rotinas. Dessa forma, cada ator social constrói pequenos mundos de sentido. A formação desse universo é determinada pelas significações de cada ser humano, que podem ser ligações estabelecidas por meio de origens étnicas e regionais, de campos profissionais ou culturais, de identidade de grupos ou gerações. Refere-se a tudo o que o ser humano elabora e produz simbólica e materialmente.

Ao passo que a dimensão sociológica atine ao campo das institucionalidades, constituindo um circuito institucional. Conjuntura na qual a produção de sentidos é construída intencionalmente. Concerne a um âmbito mais especializado, no qual se trabalha com a ideia de que a produção é elaborada com o intento de construir determinados sentidos e alcançar algum tipo de público através de meios específicos de expressão. A realização de tais objetivos depende de condições que possibilitem o desenvolvimento e aperfeiçoamento de talentos, bem como de meios para expressá-los<sup>8</sup>.

Botelho<sup>9</sup> destaca que ambas as dimensões são importantes. A antropológica, por ser mais abrangente, geralmente, é vista como a mais nobre e mais democrática, em que todos são produtores de cultura. Todavia, as políticas culturais, isoladamente, não conseguem atingir esta dimensão. Enquanto a dimensão sociológica fornece um circuito que, por ser socialmente organizado, é mais visível e palpável, além de proporcionar um planejamento mais “fácil” de interferência e resultados relativamente mais previsíveis. A distinção entre ambas as dimensões é essencial na determinação do tipo de investimento governamental em diversos países: alguns adotam um conceito abrangente de cultura, ao passo que outros delimitam o universo específico das artes como objeto de sua atuação. A abrangência de cada uma dessas definições estabelece os parâmetros que permitem a delimitação de estratégias de suas respectivas políticas culturais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, apesar de assegurar direitos culturais, não define o termo cultura, mas, no Direito Internacional, considera-se a definição de cultura presente no preâmbulo da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural de 2001, formulada com base nas conclusões da Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais de 1982, da Comissão Mundial de Cultura e Desenvolvimento de 1995 e da Conferência Intergovernamental sobre Políticas Culturais para o Desenvolvimento de 1998:

reafirmando que a cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças<sup>10</sup>.

Notoriamente, a concepção de cultura adotada pela UNESCO na Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural de 2001 e na Convenção de 2005 advém da dimensão antropológica, justamente em razão da necessidade de compreender o termo cultura de forma mais ampla possível para poder tutela à diversidade cultural. Após o exame de algumas das noções e dimensões mais importantes sobre do vocábulo cultura e a influência de suas diferentes acepções no mundo jurídico — da

<sup>6</sup> LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986. p. 63.

<sup>7</sup> BOTELHO, Isaura. *Dimensões da cultura: políticas culturais e seus desafios*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2016. p. 20-21.

<sup>8</sup> BOTELHO, Isaura. *Dimensões da cultura: políticas culturais e seus desafios*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2016. p. 22.

<sup>9</sup> BOTELHO, Isaura. *Dimensões da cultura: políticas culturais e seus desafios*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2016. p. 20-24.

<sup>10</sup> UNESCO. *Declaração Universal sobre Diversidade Cultural*. Paris, 2001. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018.



mais estrita a mais ampla — investigar-se-á a proteção supraestatal aos direitos culturais positivados no art. 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos documentos internacionais posteriores com o intuito de investigar como são tutelados os direitos culturais dos diferentes grupos étnicos.

### 3 A tutela internacional dos direitos culturais e a proteção da cultura em sua diversidade

A odisseia da tutela supranacional dos direitos culturais culminou na Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH. Quando essa declaração consagrou, no art. 27, I que “toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e de seus benefícios”, concerne aos direitos de criação cultural (ou seja, de produzir arte e cultura) e de fruição cultural (acesso à cultura) de todas as pessoas. Isto é, refere-se tanto à garantia de poder participar de todas as manifestações culturais da comunidade (entendida em aspecto amplo, tanto a natural quanto comunidades externas) como ao direito de poder influir, culturalmente, por meio da criação artística, que deve estar ao alcance dos demais a depender da vontade do artista.

O direito de participar da vida cultural é uma condição essencial e negligenciada do direito de participar de uma ordem democrática de forma que os direitos humanos sejam efetivos<sup>11</sup>. Ninguém pode ser excluído da vida cultural. Consoante explicação de Gérard Cohen-Jonathan<sup>12</sup>, a referida disposição foi uma resposta direta à ordem de Goebbels que proibiu os judeus de participarem das manifestações da cultura alemã (em 12 de novembro de 1938) e a que confiscou as obras de arte consideradas degeneradas (em 3 de maio de 1938). O artigo 27, combinado com o artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, é um direito-

-abstenção — no sentido que o Estado não pode dificultar a liberdade das pessoas de acesso e de participação na vida cultural e de se envolver com uma atividade criadora —, o qual, também, se compreende como um *droit-crédence* (direito-crédito, direito fundamental a prestações em sentido estrito): os Estados têm a obrigação de colocar a cultura ao alcance de todos<sup>13</sup>.

Ardylles Soares explana que as duas Guerras Mundiais se tornaram relevantes marcos temporais para o tema dos direitos culturais, porquanto a massiva perseguição de povos, com o confisco dos respectivos bens culturais e a proibição das expressões culturais deles, fez com que os ordenamentos jurídicos internacionais pós-segunda Guerra Mundial, especialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), fossem elaborados. Ademais, produziram-se importantes desenvolvimentos sobre a proteção de bens culturais, sendo a maior expressão dessa época a Convenção de Haia de 1954, sobre a proteção de bens culturais em caso de conflito armado. A cultura e a arte dos povos se inserem nos contextos dessas normas de modo relevante. Na DUDH, se destaca a possibilidade de se exigir a satisfação, entre outros, dos direitos culturais, por meio de esforços nacionais e da cooperação internacional, além da consagração do direito de participar, livremente, da vida cultural da comunidade e de fruir das artes, incluindo o direito à proteção dos direitos autorais artísticos<sup>14</sup>.

Em 1948 a Declaração Universal definiu e fixou o elenco dos direitos e liberdades fundamentais a serem garantidos. Contudo, a declaração, ainda, não tinha força jurídica vinculante, razão pela qual se instaurou um debate acerca de qual seria a maneira mais eficaz de assegurar reconhecimento da observância universal dos direitos previstos. O entendimento majoritário refere-se ao fato de que a Declaração precisava ser “jurisdicizada”, processo que iniciou em 1949 e foi concluído em 1966 com a concepção de dois tratados internacionais: o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que passaram a incorporar os direitos consignados da Declaração Uni-

<sup>11</sup> MEYER-BISCH, Patrice. Innover dans les politiques publiques en réalisant les droits culturels. In: RÉSEAU CULTURE 21; L'IEDH DE FRIBOURG *et al.* (coord.). *Du droits à la culture aux droits culturels: une première année d'observation et d'évaluation des politiques publiques départementales au regard des droits culturels*. Fribourg: Paideia 4D, 2013. p. 21-25. p. 21.

<sup>12</sup> *Apud* BUI-XUAN, Olivia. La destinée universaliste des droits culturels: les articles 22 et 27 de la Déclaration Universelle des Droits de l'homme. *CRDF*, n. 7, p. 133-142, 2009. p. 134.

<sup>13</sup> BUI-XUAN, Olivia. La destinée universaliste des droits culturels: les articles 22 et 27 de la Déclaration Universelle des Droits de l'homme. *CRDF*, n. 7, p. 133-142, 2009. p.134.

<sup>14</sup> SOARES, Ardyllis Alves. A proteção do patrimônio cultural em novas perspectivas: estudo comparado entre a Kulturgutschutzgesetz e a Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 110-125, dez. 2020. p. 113.

versal. A partir da formulação desses pactos, se formou a Carta Internacional dos Direitos Humanos — constituída pela Declaração Universal de 1948 e pelos dois Pactos Internacionais de 1966 — que inaugurou o sistema global de proteção aos Direitos Humanos Internacionais, o qual, ainda, foi (e continua sendo) ampliado com o advento de vários tratados multilaterais de direitos humanos<sup>15</sup>, juridicamente vinculantes diante dos Estados signatários.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos – PIDCP de 1966 trata dos direitos culturais principalmente no tocante às liberdades culturais (como as liberdades de pensamento, de consciência e de religião professadas no art. 18 e a liberdade de expressão, no art. 19) e aos direitos das pessoas pertencentes a determinados grupos sociais, étnicos e minoritários, consoante o art. 27 do PIDCP:

nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua<sup>16</sup>.

Enquanto com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 consagraram-se os direitos culturais em suas múltiplas vertentes (como direitos de liberdade, de prestação e de participação, além de versar sobre os direitos autorais). Destaca-se que o art. 15 do PIDESC, além dos direitos culturais já previstos no art. 27 da DUDH, também dispõe que:

as Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura. (FONTE)

Além de professar que “os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura”<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.239-240.

<sup>16</sup> BRASIL. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. *Diário Oficial da União*, Brasília, 07 jul. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em: 12 mar. 2023.

<sup>17</sup> BRASIL. Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas,

Todavia, os enunciados normativos atinentes aos direitos culturais são vagos e exigem um esforço hermenêutico para a consecução da elucidação do seu significado. Um dos primeiros documentos Internacionais a focar o acesso à cultura e a forma como tal direito deveria ser compreendido foi a Recomendação da UNESCO de 1976 sobre a Participação e a Contribuição das Massas Populares na Vida Cultural. A recomendação, em seu art. 2º, define o acesso à cultura como as oportunidades concretas disponíveis a todos, particularmente por meio da criação de condições socioeconômicas apropriadas, para a livre obtenção de informações, treinamento, conhecimento e compreensão, e para o usufruto dos valores culturais e da propriedade cultural; e a participação como as oportunidades concretas garantidas para todos — grupos ou pessoas — para se expressarem livremente, comunicarem, agirem e engajarem em atividades criativas com vistas ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, de uma vida harmoniosa e do progresso cultural da sociedade<sup>18</sup>.

Diante dos desafios hermenêuticos em relação aos direitos culturais, a Unesco e o Conselho da Europa designaram um grupo de especialistas com o intuito de clarificar o conteúdo dos direitos culturais e, assim, em 1997 fundou-se o Grupo de Friburgo (constituído por pesquisadores do *Institut Interdisciplinaire d'Étude et des Droits de l'Homme* da Universidade de Friburgo, na Suíça); o qual, em 1998, redigiu a Declaração de Friburgo, dedicada, especificamente, aos direitos culturais e que aborda definições, princípios dos direitos culturais, espécies de direitos, a relação entre cultura e economia, acesso e participação na vida cultural, educação e formação, liberdades culturais, cooperação cultural, a responsabilidade dos agentes públicos, a responsabilidade dos Estados e organismos internacionais, bem como o fundamento dos direitos culturais na proteção da dignidade humana. Em 7 de maio de 2007, uma assembleia constituída por professores universitários, membros de ONGs e profissionais do campo dos direitos culturais,

em 19 de dezembro de 1966. *Diário Oficial da União*, Brasília, 07 jul. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm). Acesso em: 12 mar. 2023.

<sup>18</sup> UNESCO. *Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and their Contribution to It*. Nairobi, 26 nov. 1976. Disponível em: [http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL\\_ID=13097&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=13097&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html). Acesso em: 27 nov. 2018.

com o apoio de, aproximadamente, sessenta personalidades de diversas origens<sup>19</sup>, a atualizou, adotando-a.

Todavia, apesar de sua importância, a Declaração de Friburgo não logrou a aprovação dos organismos responsáveis, nem foi submetida à assinatura dos Estados<sup>20</sup>. Para alguns autores, como Alfons Martinell Sempere<sup>21</sup>, a razão de tal entrave foi a própria falta de aceitação de documentos como esse na agenda dos organismos multilaterais: o acordo vinculativo entre os Estados acerca da concretização dos direitos culturais para todos os cidadãos esbarra na omissão dos governos em assumir compromissos legais na esfera internacional sobre essa temática. Em razão de tal impasse, restou o desenvolvimento de algumas iniciativas com o objetivo de clarificar o teor dos direitos culturais para a aplicação nas políticas públicas locais.

Em 2009 o Comitê das Nações Unidas dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais –CDESC elaborou o Comentário Geral 21<sup>22</sup>, visando esclarecer o significado e a amplitude do direito à participação na vida cultural (art. 15, 1. a do PIDESC; também disposto no art. 27, 1 da DUDH). O comentário geral considera que há três elementos principais inter-relacionados no direito de participar ou tomar parte na vida cultural: a) participação, b) acesso e c) contribuição na vida cultural, cujos conceitos são:

a) participação na vida cultural: encobre o direito de todos — sozinhos, ou associados a outros, ou como uma comunidade — de agir livremente, escolher sua própria identidade, identificar-se ou não com uma ou várias comunidades ou mudar essa escolha, participar da vida política da sociedade, envolver-se nas suas próprias práticas culturais e expressar-se na língua de sua escolha. Todos também têm o direito de buscar e desenvolver o conhecimento e as expressões culturais e

compartilhá-las com outros, bem como agir com criatividade e participar da atividade criativa.

b) Acesso à cultura: engloba o direito de todos — sozinhos ou associados a outros ou como uma comunidade — de conhecer e entender sua própria cultura e a de outros por meio da educação e da informação, bem como receber educação e capacitação de qualidade com a devida atenção à identidade cultural. Todos, também, têm o direito de aprender as sobre formas de expressão e disseminação por meio de qualquer meio técnico de informação ou comunicação, de seguir um modo de vida associado ao uso de produtos e recursos culturais, como terra, água, biodiversidade, língua ou instituições específicas, e de beneficiar-se do patrimônio cultural e da criação dos outros atores sociais e comunidades.

c) Contribuição para a vida cultural: refere-se ao direito de toda pessoa de contribuir para a criação das expressões espirituais, materiais, intelectuais e emocionais da comunidade. Também tem o direito de tomar parte no desenvolvimento da comunidade a qual pertence, bem como na definição, elaboração e implementação das políticas e decisões necessárias que têm um impacto no exercício dos direitos culturais de uma pessoa.

O Comentário Geral n.º 21 também destaca a proibição de qualquer discriminação no exercício dos direitos de participação da vida cultura — seja fundado em razão de etnia, gênero, língua, religião etc. — e, particularmente, ninguém deve ser discriminado por conta da comunidade (ou atividade cultural) que escolheu ou não participar (ou praticar). Assim, como ninguém deve ser excluído do acesso a práticas, bens ou serviços culturais. O referido Comentário destina atenção especial às pessoas e comunidades que requerem proteção especial, como mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência, minorias, migrantes, indígenas e povos e pessoas que vivem na pobreza. Por outro lado, os limites do direito de participar da vida cultural são que ninguém pode invocar diversidade cultural para infringir os direitos humanos garantidos internacionalmente, nem para limitá-los.

A comissão, ainda, recorda que os programas educativos devem respeitar as especificidades das minorias nacionais ou étnicas, linguísticas e religiosas, e dos indígenas e incorporar em tais programas a história, conhecimento e técnicas, assim como o sistema de valores e as aspirações sociais, econômicas e culturais desses grupos. Tais programas devem ser incluídos no currí-

<sup>19</sup> MEYER-BISCH, Patrice; BIDAULT, Mylène (org.). *Afirmar os direitos culturais*: comentário à Declaração de Friburgo. Tradução: Ana Goldberb. São Paulo: Iluminuras, 2014. p. 19.

<sup>20</sup> VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional de Cultura*: direitos e políticas culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue, 2014. p. 75.

<sup>21</sup> SEMPERE, Alfons Martinell. A cidade como espaço privilegiado para os direitos culturais. *Revista Observatório Itaú Cultural/OIC*, São Paulo, n. 11, p. 61-72, jan./abr. 2011. p. 62.

<sup>22</sup> UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. E/C.12/GC/21. *General comment No. 21*: Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). 21 dez. 2009. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f21&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f21&Lang=en). Acesso em: 10 fev. 2023.

culo escolares para todos, não apenas para as minorias e grupos indígenas. Os Estados devem tomar medidas e fazer todo o possível para assegurar que os programas de educação para minorias e grupos indígenas sejam conduzidos em sua própria língua, considerando os desejos expressos pelas comunidades e os expressos nas normas internacionais relativas aos direitos humanos pertinentes nessa matéria. Os programas educativos, também, devem transmitir os conhecimentos necessários para que todos possam participar plenamente e em pé de igualdade em sua própria comunidade e nas comunidades nacionais.

Ademais, o direito de participar na vida cultural impõe três tipos ou níveis de obrigações aos Estados: a) a obrigação de respeitar, b) a obrigação de proteger e a c) obrigação de implementar. A obrigação de respeitar o direito de participar na vida cultural exige que os Estados se abstenham de dificultar, direta ou indiretamente, o exercício de tal direito. A obrigação de proteger requer que os Estados adotem as medidas para impedir que terceiros interfiram no exercício do direito de participar na vida cultural. Enfim, a obrigação de implementar exige que o Estado parte adote as medidas legislativas, administrativas, judiciais, orçamentárias e de incentivo adequadas, bem como outras medidas apropriadas, para assegurar a plena realização desse direito.

O comitê na Observação n.º 21, com referência a Observação Geral n.º 3 de 1990, chama atenção para a obrigação de os Estados partes agirem, individualmente e por meio de assistência e cooperação internacionais, com o intento de alcançarem a plena realização dos direitos reconhecidos no PIDESC. Os Estados partes (principalmente aqueles que estão em posição de fornecer assistência) devem, por meio de acordos internacionais (onde forem apropriados), garantir que o direito de cada um — de participar da vida cultural — receba a devida atenção.

Pode-se dizer que, quando o Comitê aborda as obrigações fundamentais, também estabelece um “mínimo existencial cultural”. Nesse ponto, de acordo com a Observação Geral n.º 3 e a Observação Geral n.º 21, os Estados têm a obrigação de tomar as medidas necessárias, sem atraso, para garantir pelo menos o nível de mínimo existencial de cada um dos direitos do Pacto e de outros instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos e à proteção da diversidade cultural. Quanto ao direito de participar na vida cultural, tais me-

das referem-se a abstenções, a implementações de leis e políticas culturais e ao que for necessário para garantir o desfrute do referido direito, sem discriminação, com igualdade de gênero e com encorajamento à participação das pessoas de grupos minoritários ou indígenas. Algumas medidas não requerem recursos financeiros — como o de garantir a não-discriminação *de jure* e, portanto, devem ser implementadas imediatamente. Enquanto outras medidas podem requerer recursos financeiros, mas são, no entanto, essenciais para garantir o cumprimento das obrigações mínimas. Essas medidas não são estáticas e os Estados partes têm a obrigação de avançar, progressivamente, a caminho da plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto, incluindo os direitos culturais.

De especial relevância para este estudo é a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural de 2001. Esta traz importantes disposições, como a afirmação da essencialidade e especialidade dos bens artísticos-culturais, o que interfere em como deve ser entendida a proteção jurídica destes bens, fundamentada em critérios como valor cultural. Ainda informa, como parte do plano de ação e em razão do caráter fundamental do direito à cultura, a necessidade de harmonizá-lo com os direitos autorais, preservando o máximo possível de ambos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos positivou. Além de toda a sua magnitude para a proteção e difusão da Diversidade Cultural, também complementou a noção de direitos culturais, consoante seu artigo 5, denominado “os direitos culturais, marco propício da diversidade cultural”:

os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes. O desenvolvimento de uma diversidade criativa exige a plena realização dos direitos culturais, tal como os define o Artigo 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos e os artigos 13 e 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Toda pessoa deve, assim, poder expressar-se, criar e difundir suas obras na língua que deseje e, em particular, na sua língua materna; toda pessoa tem direito a uma educação e uma formação de qualidade que respeite plenamente sua identidade cultural; toda pessoa deve poder participar na vida cultural que escolha e exercer suas próprias práticas culturais, dentro dos limites que impõe o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> UNESCO. Declaração *Universal sobre Diversidade Cultural*. Paris, 2001. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018.

Ademais, apesar de a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural de 2001, que tutelou, especificamente, a diversidade cultural, ser relativamente recente, ela mesma reforça a importância dos direitos culturais já anteriormente garantidos internacionalmente, corroborando, inclusive, que:

o desenvolvimento de uma diversidade criativa exige a plena realização dos direitos culturais, tal como os define o Artigo 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos e os artigos 13 e 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>24</sup>.

Com o intuito de promover o diálogo internacional e o respeito às diferentes culturas, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural de 2001 consagra a diversidade cultural como patrimônio comum da humanidade e determina, principalmente, que a proteção universal dos direitos humanos deve andar de mãos dadas com a defesa da diversidade e a realização de políticas públicas que favoreçam o diálogo intercultural e a participação de todos os cidadãos na vida cultural como meio de garantir a coesão social, a vitalidade da sociedade civil e a paz.

No tocante à concretização da diversidade cultural, a UNESCO se responsabiliza, na Declaração de 2001, a promover a incorporação dos princípios enunciadas nessa declaração, a servir de instância de referência e de articulação entre os Estados, os organismos internacionais governamentais e não governamentais, a sociedade civil e o setor privado para a elaboração conjunta de conceitos, objetivos e políticas em favor da diversidade cultural. Assim como também dar seguimento a suas atividades normativas, de sensibilização e de desenvolvimento de capacidades nos âmbitos relacionados com a mencionada Declaração Universal sobre Diversidade Cultural e facilitar a aplicação do Plano de Ação anexo à Declaração de 2001.

A própria Declaração de 2001 impõe que os Estados membros devem definir e aplicar políticas culturais com o intento de concretizar os direitos culturais, criando condições propícias para a produção e a difusão de bens e serviços culturais diversificadas. Para tanto, os Estados-membros devem utilizar os “os meios de ação que

julgue mais adequados, seja na forma de apoios concretos ou de marcos reguladores apropriados”<sup>25</sup>.

Contudo, apesar do Plano de Ação anexo e das determinações da Declaração Universal sobre Diversidade Cultural de 2001, nos casos concretos a diversidade cultural, somente pode ser realmente concretizada tanto com a implementação plena de todos os direitos culturais (por si só, um imenso desafio), bem como pode necessitar de uma análise das maiores carências.

Ademais, Oliveira, Oliveira e Val argumentam que, apesar da extrema importância hermenêutica da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural de 2001, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, aprovada na 33ª Conferência Geral da Unesco em 2005, representou uma abordagem mais consistente ao tema, à medida que estabelece obrigações entre as Partes. Os doutrinadores destacam que, entre os princípios destacados pela Convenção de 2005, merecem destaque o princípio que afirma a soberania dos Estados para adotarem suas próprias políticas destinadas à diversidade cultural em seus territórios e o Princípio da Participação Social por meio de diversos artigos e diretrizes operacionais, mais notada e diretamente no seu artigo 11, que reconhece a importância da sociedade civil para a concretização dos seus objetivos. A partir dessa diretriz, a Unesco busca assegurar essa participação em suas esferas de decisão e governança que são a Conferência das Partes e o Comitê Intergovernamental. Segundo o item 8 da agenda da 13ª sessão do Comitê Intergovernamental, o artigo 16 da Convenção cria uma obrigação aos países desenvolvidos em favor dos países emergentes. Contudo, ainda há um grande desafio posto, que é o de ampliar a agenda de ações e práticas voltadas à valorização e a difusão de expressões culturais no sentido antropológico, a respeito das respectivas produções simbólicas, cosmologias, crenças e tradições, o que inclui, também, criar condições para que essas culturas (sobretudo do Sul global) tenham uma maior acessibilidade no ambiente digital<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> UNESCO. Declaração *Universal sobre Diversidade Cultural*. Paris, 2001. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018.

<sup>25</sup> UNESCO. Declaração *Universal sobre Diversidade Cultural*. Paris, 2001. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Danilo Júnior de; OLIVEIRA, Maria Carolina Vasconcelos; VAL, Ana Paula do. Três pautas em destaque na agenda de diversidade cultural da Unesco: ambiente digital, tratamento preferencial e participação da sociedade civil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 75-93, dez. 2020. p. 78-79.

Em 10 de dezembro de 2008, a Assembleia Geral da ONU adotou um Protocolo Facultativo ao PIDESC, o qual permite que o CDESC examine queixas de violações dos direitos consagrados no PIDESC, incluindo dos direitos culturais. O protocolo entrou em vigor em maio de 2013, todavia, ainda não foi ratificado pelo Brasil, de forma que esse protocolo e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias são os únicos instrumentos de direitos humanos internacionais ainda não assinados pelo Brasil<sup>27</sup>.

No Âmbito do Sistema Interamericano de Direitos, destacam-se o Pacto de São José de Costa Rica de 1969 e, principalmente, o Protocolo Adicional de 1988 (também conhecido como Protocolo de San Salvador) que, em seu artigo 14, salvaguarda os direitos culturais com uma redação muito parecida com a do artigo 27 do PIDESC. A OEA – Organização dos Estados Americanos criou um grupo de trabalho com a incumbência de desenvolver os indicadores a serem utilizados pelos Estados-partes para noticiar sobre os progressos auferidos na implementação dos direitos incluídos no Protocolo de San Salvador. O grupo de trabalho também terá a tarefa de revisar os relatórios-períodos que os Estados-partes têm a obrigação de apresentar. Consequentemente, tal exercício também implica a produção de indicadores para os direitos culturais no art. 14 do Protocolo Adicional, os quais serão uma referência importante para o monitoramento dos direitos culturais<sup>28</sup>.

Também merece destaque a Declaração de Istambul de 2002, a qual trata da questão do patrimônio imaterial e estabelece as bases para um tratado com este conteúdo: indica o patrimônio imaterial como uma das fontes de identidade cultural, além de buscar constituir um conceito instrumental, que inclui as práticas, saberes e representações, ressalta a necessidade de participação cultural ativa da comunidade, assinala sua vulnerabilidade e a imprescindibilidade de proteção jurídica<sup>29</sup>.

A Declaração de Istambul de 2002 resultou a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial de 2003<sup>30</sup>, cujas finalidades são, consoante art. 1º: a) a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial; b) o respeito do patrimônio cultural imaterial dos grupos, comunidades e sujeitos envolvidos; c) a sensibilização (em âmbito local, nacional e supraestatal) para a importância do patrimônio cultural imaterial e da sua apreciação recíproca e d) a cooperação e assistência internacionais. A Convenção define que se entende por patrimônio cultural imaterial as práticas, representações, expressões, conhecimentos e competências — assim como os instrumentos, objetos, artefatos e espaços culturais que lhes estão associados —, reconhecidos como pertencentes ao patrimônio cultural por comunidades, grupos e, eventualmente, pessoas (art.2º, 1). Ademais, o referido documento internacional apresenta as formas de suas manifestações e estabelece as funções de cada Estado Parte relativas às medidas necessárias para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, tanto no aspecto local quanto em nível internacional, bem como também designa outras medidas de salvaguarda como a implementação de políticas públicas, o fomento de estudos científicos, técnicos e artísticos, e a adoção de medidas jurídicas técnicas, administrativas e financeira adequadas.

Além dos documentos internacionais já citados, a UNESCO, em seu *site* oficial, também aponta como instrumentos internacionais sobre cultura: a Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado com Regulamento de Execução da dita Convenção de 1954; a Convenção Relativa às Medidas a Serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades Ilícitas dos Bens Culturais de 1970; a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972; a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais de 2005 e a Recomendação referente à Proteção e Promoção dos Museus e Coleções, sua Diversidade e seu Papel na Sociedade de 2015.

Assim, reconhece-se a existência de um sistema supraestatal de proteção aos direitos culturais, o qual tem como fundamento a Declaração de 1948, cuja regulamentação é feita pelo PIDESC e pelos demais tratados

<sup>27</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the High Commissioner for Human Rights. *United States of Ratification Interactive Dashboard*. 2023. Disponível em: <http://indicators.ohchr.org>. Acesso em: 12 mar. 2023.

<sup>28</sup> COURTIS, Christian. Prefácio: Direitos culturais como direitos humanos: conceitos. In: CUREAU, Sandra; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Bens culturais e direitos humanos*. São Paulo: Edições Sesc, 2015. p. 7-21. p. 20.

<sup>29</sup> SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012. p. 83.

<sup>30</sup> UNESCO. *Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Paris, 17 out. 2003. Disponível em: <https://ich.unesco.org/doc/src/00009-PT-Portugal-PDF.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

internacionais sobre o tema. Juntos, tais instrumentos normativos constituem o que se pode denominar de Carta Internacional dos Direitos Culturais<sup>31</sup>.

É necessário mencionar que os instrumentos internacionais de direitos humanos são evidentemente universalistas. Porquanto, os instrumentos normativos internacionais buscam assegurar a proteção universal dos direitos e liberdades fundamentais, caráter reforçado pela Declaração de Viena que dispõe na Parte I, parágrafo 5º, que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, contudo, as particularidades nacionais e regionais devem ser consideradas, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos. É dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, quaisquer que sejam seus sistemas políticos, econômicos e culturais. Todavia, práticas culturais não podem justificar a violação de direitos humanos<sup>32</sup>.

Na concepção do Relativismo Cultural, a cultura é a única fonte válida do direito e da moral, capaz de produzir seu próprio e particular entendimento sobre os direitos fundamentais, de modo a rejeitar os propósitos universalistas de validade global dos direitos humanos. Isto é, práticas culturais legitimadas por conta da perspectiva cultural de uma comunidade devem ser respeitadas, mesmo que estejam em desacordo com os preceitos universalistas tutelados no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos. Uma crítica contundente aos extremos relativistas se refere à aceitação de práticas evidentemente desumanas e cruéis como a mutilação genital em razão de práticas culturais de países como a Somália<sup>33</sup>.

Um célebre crítico da concepção universalista dos direitos humanos é Boaventura de Souza Campos, o qual entende que, apesar das declarações de direitos

humanos serem universais, a aplicação dos direitos humanos, frequentemente, é imposta hegemonicamente. Afinal, todas as culturas tendem a considerar seus próprios valores máximos, porém, apenas a cultura ocidental os formulou como universais: a universalidade é uma questão específica da cultura ocidental. Na concepção do professor português, os direitos humanos, para serem aplicados de forma contra-hegemônica (ou como globalização de baixo para cima) e poderem operar como forma de comospolitismo, têm de ser reconceptualizados como multiculturais. Assim, no entendimento de Souza Santos, o universalismo e o relativismo devem ser superados em prol de uma concepção multiculturalista como uma pré-condição de uma relação harmoniosa e equilibrada, e reciprocamente, potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos hodiernamente. Sousa Santos crê que um diálogo intercultural sobre a dignidade humana pode ser capaz de dar à luz a uma concepção mestiça de direitos humanos, uma concepção constituída de uma constelação de sentidos locais, reciprocamente inteligíveis, e que consiste em redes de referências normativas capacitantes. No diálogo intercultural, a troca acontece entre diferentes saberes que refletem diferentes culturas, isto é, entre diferentes universos de sentido. Em suma, no entendimento do professor português, há a necessidade de uma hermenêutica diatópica que intenta ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola com um pé em cada cultura. Tal hermenêutica requer a produção coletiva de conhecimento.<sup>34</sup> Por outro lado, Souza Santos analisa que o patrimônio comum da humanidade é um processo de globalização contra-hegemônica<sup>35</sup>.

Entre as tentativas de superação do debate universalismo *versus* relativismo, cota-se o pluralismo jurídico e o reconhecimento dos direitos coletivos indígenas no novo constitucionalismo latino-americano<sup>36</sup> em países como Venezuela, Bolívia e Equador e o transconstitucionalismo, cuja proposta mais apropriada é a que con-

<sup>31</sup> LINS JÚNIOR, George Sarmiento. Direito de participar da vida cultural e de desfrutar gozar dos benefícios do processo científico: O PIDESC e a tutela dos direitos culturais. In: LINS JÚNIOR, George Sarmiento *et al.* (org.). *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da previsão normativa à efetividade no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 279-295. p. 285.

<sup>32</sup> THE WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS. *Vienna Declaration and Programme of Action*. 25 June 1993. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em: 28 ago. 2018.

<sup>33</sup> SILVA, Marília Ferreira da; PEREIRA, Erick Wilson. Universalismo x Relativismo: Um entrave cultural ao projeto de humanização social. In: CONGRESSO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1., 2013, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 495-516. p. 403-406.

<sup>34</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, p. 11-32, jun. 1997. *Passim*.

<sup>35</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortex, 2006. p. 441.

<sup>36</sup> ROMEO, Francisco Palacios. *Nuevo Constitucionalismo Participativo em Latinoamérica: uma proposta frente a la crisis del Behemoth*. Ocidental. Espanha: Editorial Aranzi, 2012. p. 225.

siste na garantia do foro étnico a comunidade indígena, pois se trata da autonomia do outro que não está sujeita ao constitucionalismo estatal e também reconhece que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas e relevantes na solução de um problema-caso constitucional devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os próprios limites e as possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Em tais casos, precisaram ser adotadas soluções que não estavam inclusas na concepção universal de valores eurocêntricos dos Direitos Humanos, demonstrando mais um aspecto da complexa relação entre Direitos Humanos e hegemonia no Sistema Internacional de Direitos Humanos<sup>37</sup>.

Piovesan ressalta — após refletir sobre a Declaração de Viena e os escritos de autores como Joaquín Herrera Flores e Amartya Sen — que a abertura do diálogo entre as culturas com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro como ser pleno de dignidade e direitos é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, por meio de um universalismo de confluência, no qual os diálogos interculturais auxiliam na interpretação de valores<sup>38</sup>. Cançado Trindade avalia, ainda, que, a partir dessa Declaração, se compreendeu que a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, que jamais pode ser invocada para justificar a violação dos direitos humanos<sup>39</sup>.

Portanto, evidencia-se que a corrente do universalismo de confluência intenta harmonizar a tutela internacional dos direitos humanos com os diálogos interculturais com diversas culturas, de forma que o presente estudo adota tal corrente ao examinar os documentos internacionais e a aplicabilidade destes. Contudo, ressalta-se a importância de correntes como os supracitados novo constitucionalismo latino-americano e transconstitucionalismo para uma aplicação melhor dos direitos humanos com um maior respeito à diversidade e mais atenta às diferentes perspectivas oriundas das diferenças

culturais, em especial no tocante à proteção dos direitos indígenas.

Outrossim, merece destaque o fato de que os direitos culturais situam-se no coração da realização plena e completa do princípio da igualdade e constituem a chave para a melhoria e aprofundamento do bom funcionamento de nossas democracias. Sem direitos culturais, a igualdade parece fora de alcance e as democracias são superficiais<sup>40</sup>.

A partir da análise dos principais tratados internacionais que tutelam, de alguma forma, a diversidade cultural e utilizam a supramencionada categorização feita pelo sociólogo chileno Joaquín Brunner<sup>41</sup> — que distingue cultura nas dimensões antropológica e sociológica — é possível se tirar algumas conclusões sobre o conceito de cultura utilizado nos tratados internacionais e as formas pretendidas de implementação. É perceptível que, em um primeiro momento, adotou-se um conceito de cultura predominantemente da dimensão antropológica, mais amplo. Porém, em razão das grandes dificuldades de concretização dos direitos culturais, os tratados passaram a adotar, conjuntamente, a dimensão sociológica em razão da definição mais clara de objetivos e de políticas públicas capazes de implementar tais direitos fundamentais, o que se destaca quando o comentário Geral n.º 21 trata dos três tipos ou níveis de obrigações aos Estados-membros, com destaque à obrigação de implementar que pode requerer que seja concretizada por meio do exame da cultura na dimensão sociológica.

No que tange à diversidade cultural, percebe-se a grande necessidade de que a cultura seja compreendida da forma mais ampla possível, por meio, principalmente, da dimensão antropológica em razão da necessidade de compreender como tuteladas as diferentes culturas dos diferentes povos de modo igualitário. Para perquirir a aplicação da tutela à diversidade cultural na prática, examina-se a seguir a aplicação da legislação internacional ao caso brasileiro.

<sup>37</sup> NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 201-232, dez. 2014. p.222-226.

<sup>38</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 213-215.

<sup>39</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. In: FONSECA JR, Gelson; CASTRO, Sérgio Henrique Nabuco de (org.). *Temas de políticas externa brasileiras II*. São Paulo: Paz e Terra, 1994. v. 1. p. 173.

<sup>40</sup> BIDAULT, Mylène. *Protection des droits culturels: quelles actions pour l'UNESCO?*: documents de travail de l'IEDH no.5. Fribourg : Université de Fribourg, 2002. p. 7. Disponível em: [www.uniidh.ch/iiedh](http://www.uniidh.ch/iiedh). Acesso em: 01 ago. 2018.

<sup>41</sup> *Apud* BOTELHO, Isaura. *Dimensões da cultura: políticas culturais e seus desafios*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2016. p. 20-21.



## 4 Análise da implementação da tutela da diversidade cultural no Brasil

O Brasil é, provavelmente, um dos países mais ricos em diversidade cultural, celebrada em prosa, música e poesia. Porém, se, de um ângulo, o pluralismo cultural brasileiro foi responsável por algumas das obras artísticas mais lindas do mundo; por outro, são notórios os problemas no âmbito da concretização dos direitos culturais.

É fato que, apenas com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada após os anos de chumbo e de censura da ditadura militar, os direitos culturais foram tutelados com destaque e em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o PIDCP e o PIDESC: foi salvaguardado o direito de participação na vida cultural, assim como a Carta Magna se preocupou com a diversidade cultural e a proteção cultural dos grupos minoritários

O art. 215 da Magna Carta de 1988, em seu *caput*, dispõe que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”<sup>42</sup> ao passo que seu § 1º normatiza o dever estatal de proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. Desse modo, esta foi a primeira Constituição que utilizou o termo “direitos culturais” e a primeira, de fato, a constitucionalmente proteger os direitos culturais em uma maior consonância com o art. 27 da DUDH e com o art. 15 do PIDESC, quando impõe ao Estado a obrigação de proteger, respeitar e implementar (apoio e incentivo a valorização e difusão das manifestações culturais) boa parte dos direitos culturais relacionais ao direito de participar da vida cultural positivado nos supracitados diplomas internacionais (considerando a hermenêutica advinda do Comentário Geral n.º 21 do CDESC).

A garantia estatal de exercício pleno dos direitos culturais remete, diretamente, ao art. 15, 2 do PIDESC, o qual dispõe sobre o dever estatal de incluir as medidas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difu-

são da ciência e da cultura entre as ações estatais adotadas com o intuito de assegurar o pleno exercício dos direitos culturais reconhecidos no pacto. Ressalte-se que o PIDESC, implicitamente, positiva que a introdução plena dessa garantia pode necessitar da concretização de outras medidas além das enunciadas, mesmo porque tal exercício pleno apenas é alcançado quando todos os direitos culturais são respeitados e concretizados.

Defende-se que a interpretação correta da supracitada garantia de acesso às fontes nacionais se relaciona com a hermenêutica do Comentário Geral 21 do CDESC sobre o acesso à cultura como elemento inter-relacionado no direito de participar ou tomar parte da vida cultural. Por meio desse Comentário Geral, pode-se interpretar que a garantia ao acesso às fontes de cultura nacional ocorre, principalmente, por meio da educação, do patrimônio cultural, da diversidade cultural, do direito de aprender sobre as formas de expressão e da disseminação por meio de qualquer meio técnico de informação ou comunicação.

Porém, a efetividade plena dos direitos culturais — e, por conseguinte, da tutela da diversidade cultural — é tão complexa e cheia de obstáculos, que uma análise pormenorizada é ampla demais para um artigo e pode ser objeto de várias teses. De modo que se enfocam as principais problemáticas no âmbito da diversidade cultural tutelada pelos principais documentos internacionais a partir do relatório A/HRC/18/38/add<sup>43</sup>. Esse relatório foi produto da missão no Brasil da paquistanesa Farida Shaheed (perita independente na área de direitos culturais nomeada pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, órgão intergovernamental constituído de 47 Estados-membros) que durou de 08 a 19 de novembro de 2010 e configura um estudo sobre a diversidade cultural no território brasileiro, o lugar da cultura na agenda governamental da época, a estrutura normativa e institucional dos direitos culturais e os principais avanços e desafios nesta seara. Quanto ao ponto das liberdades, a perita destaca que o frequente preconceito sofrido por praticantes das religiões afro-brasileiras constituem empecilhos para a efetivação de

<sup>42</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 19 mar. 2019.

<sup>43</sup> LES NATIONS UNIES. Conseil des Droits de L'homme. A/HRC/17/38/Add.1. *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels*, Farida Shaheed: Mission au Brésil (8-19 novembre 2010). 21 mar. 2011. Disponível em : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/122/19/PDF/G1112219.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

suas liberdades culturais e do direito de participar da vida cultural.

Entre alguns dos maiores problemas encontradas por Shaheed, destaca-se: a) o Brasil tem 225 grupos étnicos que falam mais de 180 línguas, das quais: 97 estão vulneráveis à extinção, 17 estão definitivamente em perigo de extinção, 45 estão criticamente ameaçadas e 12 já estão extintas. Quase 85% das línguas nativas desapareceram conjuntamente com sua inteira configuração cultural. b) Apesar de o Brasil ter legislado acerca de leis em prol das culturas indígenas e afrodescendentes, como a Lei 10.639/ 2003 que trata da inclusão obrigatória da temática História e Cultura Afro-Brasileira no currículo oficial da Rede de Ensino e da Lei 11.645/ 2008 que procura promover consciência pública das culturas indígenas e dos direitos culturais na mídia e no sistema de educação, tais leis não são efetivamente implementadas, principalmente devido à falta de material pedagógico apropriado, ao treinamento adequado aos professores, à coordenação insuficiente entre autoridades educacionais e a outras instituições relevantes do Estado, além de haver necessidade de mecanismos para monitorar e fazer recomendações dessas leis com a participação dos afrodescendentes e índios. c) Apesar de a FUNAI ter conseguido vários êxitos na proteção dos direitos indígenas, a especialista acredita que uma melhor participação dos índios como senhores do seu futuro reforçaria o reconhecimento dos índios como senhor do seu futuro em um maior reconhecimento da Convenção n.º 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. É necessário revisar a forma como a FUNAI implementa seu mandato, com percepção para superar as abordagens paternalistas. d) Na sistemática da disputa de terra, há altas estatísticas de suicídios e evasão escolar, má-nutrição, violência, alcoolismo, falta de autoestima e sistemática perda de identidade cultural. e) Intolerância religiosa contra praticantes de religiões de matriz africana, f) o ensino religioso é oferecido em escolas públicas de pelo menos 11 Estados, com irregularidades quanto à liberdade religiosa, ao reconhecimento das religiões afro-brasileiras e ao caráter laico do Estado.

Entre as recomendações de Shaheed, destacam-se: a) as relativas a não discriminação e a diversidade cultural, mormente a adoção de políticas públicas e de medidas educacionais para fortalecer a promoção de direitos humanos e erradicar preconceitos e concepções incompatíveis com a liberdade de religião e ao plura-

lismo cultural, b) incorporação ao ensino de direitos humanos aos currículos escolares, principalmente os relativos ao art. 15 do PIDESC, c) considerar as medidas necessárias para combater o desmatamento contínuo a fim de garantir o gozo efetivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, especialmente por grupos indígenas e de pessoas vulneráveis, d) análise dos progressos realizados no acesso à cultura no Brasil, a implementação das metas estabelecidas para o setor cultural e as medidas corretivas disponíveis, de modo a estabelecer linhas de base e indicadores de desempenho para facilitar o acompanhamento da implementação dos objetivos do Plano Nacional de Cultura, que devem ser específicos, mensuráveis, realistas e limitados no tempo, bem como e) ratificar o Protocolo Facultativo ao PIDESC.

Sobre as observações da Shaheed, ela já criticava o conteúdo discricionário das aulas de ensino religioso, criticando, também, o Parecer CNR/CP n.º 97/99 que reconheceu a impossibilidade de definir diretrizes curriculares nacionais para a formação de professores para o Ensino Religioso e critério de avaliação dos cursos, deixando essa função a cargo dos estados e municípios, o que, na maioria dos casos, acarreta consequências prejudiciais, particularmente, às religiões de matrizes africanas. Os estados e os municípios têm a prerrogativa de definir os conteúdos das instruções religiosas e estabelecer os padrões para a qualificação e admissão dos professores de religião para assim superar o disposto no parecer. O ensino religioso de várias religiões, principalmente daquelas oriundas dos principais grupos formadores da identidade nacional, promoveria um maior conhecimento da própria cultura brasileira — porquanto, é triste a ignorância que boa parte da população tem quanto às culturas indígenas e africanas, o que, às vezes, acarreta preconceitos e estereótipos — e evitaria muitos atos de intolerância religiosa.

O art. 215, §1º da CRFB/88 dispõe que o Poder Público protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e relativas a outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. Contudo, ainda se precisa de políticas públicas e maior concretização das leis já existentes no ordenamento para que tal dispositivo alcance uma positivação ao menos razoável. Ademais, em nítido retrocesso e na contramão da promoção de uma maior consciência da pluralidade cultural brasileira, o STF decidiu, em 27 de setembro de 2017, rejeitar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.439 que questionava a vinculação da disciplina

de Ensino Religioso nas escolas públicas a uma crença específica, além de defender que essas aulas deveriam ter uma perspectiva laica e se voltar para a história e a doutrina das várias religiões. Com a decisão, o modelo “confessional”, em que uma ou mais confissões são objeto de promoção, poderá continuar a ser usado nas escolas, como acontece em vários colégios das redes estaduais e municipais<sup>44</sup>.

Tal decisão demonstra a pouca preocupação com uma maior promoção das pluralidades culturais, identidade cultural e valorização cultural dos grupos minoritários. Ainda se tem um longo caminho a percorrer para que os direitos culturais sejam efetivados plenamente: precisa-se que as leis de proteção e difusão das culturas indígenas e afro-brasileiras sejam aplicadas com as medidas necessárias, bem como que as políticas culturais sejam bem implementadas; entre outras medidas necessárias, como o fornecimento de uma educação de maior qualidade e uma melhor salvaguarda do patrimônio cultural.

Na esfera da proteção internacional dos direitos indígenas, Rickson Rios Figueira<sup>45</sup> explana que o declínio da diversidade linguística ocorre devido à acumulação de várias razões: a ausência de políticas públicas no âmbito do multilinguismo, a morte dos últimos membros conhecedores da língua, discriminação contra o uso de línguas indígenas, processos migratórios que dificultam a transmissão intergeracional, entre outros. Figueira destaca, ainda, que a língua de um povo é um patrimônio cultural imaterial que possui o papel vital de ser veículo de proteção dos respectivos demais bens culturais imateriais. Contudo, apesar de diversos direitos humanos indígenas serem protegidos por várias normas internacionais, como a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Intangível, aprovada em 2003 pela Conferência Geral da UNESCO, tal proteção tende a ser falha.

A invisibilidade das necessidades das pessoas indígenas é perceptível, inclusive, pelos fatos de que a Con-

venção de 2003 apenas utiliza o termo “indígena” uma vez no preâmbulo e de que, no processo de negociação do respectivo tratado, inexistia qualquer representatividade especializada nas questões indígenas perante os atores internacionais, como o Fórum Permanente das Nações Unidas para as Questões Indígenas. Rios, ainda, ressalta que, mesmo existindo vários instrumentos internacionais que reconhecem o direito das minorias em acessar educação de acordo com a própria cultura e língua, os refugiados indígenas, raramente, são incluídos na educação formal em razão da falta de preparo do sistema educacional do Estado hospedeiro. Há alguns casos nos quais as organizações da sociedade civil, com a ajuda de algum grupo de refugiados indígenas, fornecem tal educação de acordo com a língua e cultura respectivas, todavia, tais ações são eventuais e não sistemáticas. Outrossim, as agências indígenas do estado anfitrião raramente possuem recursos físicos e humanos, ou mesmo vontade política, para atender demandas específicas de grupos indígenas do exterior<sup>46</sup>.

Figueira ressalta que, apesar da existência de diversas normas internacionais que protegem as expressões culturais indígenas, bem como de esforços da comunidade internacional em alertar e criar condições para prevenir o processo de graduação extinção das línguas indígenas, tais normas se provam insuficientes diante da condição de profunda vulnerabilidade dos indígenas, vulnerabilidade ainda maior no caso dos refugiados indígenas, os quais precisam ser mais lembrados na formulação e execução de políticas públicas e na legislação sobre acesso a terras<sup>47</sup>.

Em termos normativos, uma evolução positiva foi a Emenda Constitucional n.º 71<sup>48</sup>, a qual acrescentou o art. 216-A à Constituição Federal e instituiu o SNC – Sistema Nacional de Cultura, o qual estabelece um

<sup>44</sup> WELLE, Deustsche. Decisão do STF sobre ensino religioso foi vitória dos católicos. *Carta Capital*, 29 set. 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/decisao-do-stf-sobre-ensino-religioso-foi-vitoria-dos-catolicos>. Acesso em: 28 ago. 2018.

<sup>45</sup> FIGUEIRA, Rickson Rios. Indigenous refugees and cultural erosion: possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expressions related to traditional land and native language. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 439-477, dez. 2020. p. 452-453.

<sup>46</sup> FIGUEIRA, Rickson Rios. Indigenous refugees and cultural erosion: possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expressions related to traditional land and native language. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 439-477, dez. 2020. p. 453-455.

<sup>47</sup> FIGUEIRA, Rickson Rios. Indigenous refugees and cultural erosion: possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expressions related to traditional land and native language. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 439-477, dez. 2020. p. 455-457.

<sup>48</sup> BRASIL. Emenda Constitucional n.º 71 de 29 de novembro de 2012. Acrescenta o art. 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc71.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc71.htm). Acesso em: 28 mar. 2019.

processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, em regime de colaboração de forma democrática e participativa entre os três entes federados (União, estados e municípios) e a sociedade, com o intento de promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. O art. 216-a, §1º enuncia que o Sistema Nacional de Cultura basilar-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura.

Consoante Cunha Filho<sup>49</sup>, o §1º de art.216-A estabelece, ainda, os seguintes princípios constitucionais culturais: Princípio do Pluralismo Cultural, Princípio da Universalidade, Princípio da Atuação do Estado no setor cultural como suporte logístico, o Princípio do Respeito à Memória Coletiva, Princípio da Participação Popular, além do Princípio das políticas culturais, estabelecido com o art. 216-A, §1º.

O Princípio do pluralismo, segundo a doutrina de Cunha Filho<sup>50</sup>, consiste na possibilidade de existência e manifestação das mais diversas manifestações culturais e correntes de pensamento, sem que nenhuma delas seja declarada oficial ou hierarquicamente superior. Sua apreensão pode ser deduzida da Carta Magna a partir das disposições presentes no art. 215, *caput*, §1º, §2º, V e art. 216, *caput* quando o estado garante o pleno exercício dos direitos culturais a todos e valoriza a diversidade cultural e os diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, além de ter sido corroborado pelo art. 216-A, §1º, I que instituiu a diversidade das expressões culturais como um dos princípios do SNC. Esse princípio também encontra lastro internacional na Declaração Universal sobre a Diversidade Universal sobre a Diversidade Cultural de 2001 e em vários outros Instrumentos Normativos Internacionais.

A Lei 12.343 de 2010 <sup>51</sup>instituiu o Plano Nacional de Cultura – PNC, criou o Sistema Nacional de Infor-

mações e Indicadores Culturais – SNIIC e determinou outras providências. Nessa lei, a diversidade cultural é consagrada como um dos princípios que regem o PNC, o qual tem como um dos seus objetivos reconhecer e valorizar a diversidade cultural, étnica e regional brasileira. Além disso, tal lei ressalta o papel regulador, indutor e fomentador do Estado, o qual possui a missão de valorizar, reconhecer, promover e proteger a diversidade cultural existente no Brasil. O capítulo II da Lei 12.343 de 2010 é inteiramente dedicado ao reconhecimento, promoção e valorização da diversidade cultural.

Hodiernamente, a compreensão de alguns dos maiores desafios para a concretização plena da tutela à diversidade cultural exige a análise de algumas das metas alcançadas até o momento, considerando-se que o PNC, inicialmente, estava planejado para durar até 2020, sendo prorrogado até 2024. Razão pela qual já é possível tecer alguns breves comentários sobre as metas alcançadas, visto que a articulação almejada entre os três entes federativos é essencial para institucionalização de políticas culturais em longo prazo.

Em relação às 53 metas propostas pelo PNC em 2010, no que tange ao que se esperava do ano 2021, ano do último relatório até o momento, apenas três foram concluídas, 4 não foram sequer iniciadas (entre as quais se incluem a meta número cinco, referente à implantação do SNPC), 22 metas tiveram um desempenho inferior a 50% do previsto e 12 não possuíam sequer informação sobre o grau de desempenho<sup>52</sup>.

Há 4 metas do PNC, referentes ao tema de preservar e promover a diversidade, a memória e o patrimônio cultural brasileiro, quais sejam: a) meta 3: cartografia da diversidade das expressões culturais em todo o território brasileiro realizada, b) meta 4: política nacional de proteção e valorização dos conhecimentos e expressões das culturas populares e tradicionais implantada, c) meta 5: Sistema Nacional de Patrimônio Cultural implantado, com 100% das Unidades da Federação (UF) e 60% dos municípios com legislação e política de patrimônio aprovadas e d) meta 6: 50% dos povos e comunidades tradicionais e grupos de culturas populares que estiverem cadastrados no Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC) atendidos por ações de promoção da diversidade cultural

<sup>49</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 43.

<sup>50</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 43.

<sup>51</sup> BRASIL. *Lei n.º 12.343, de 2 de dezembro de 2010*. Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/10907/963783/Lei+12.343++PNC.pdf/e9882c97-f62a-40de-bc74-8dc694fe777a>. Acesso em: 12 mar. 2023.

<sup>52</sup> BRASIL. Ministério da Cultura. *Plano Nacional de Cultura: Relatório 2021 de Acompanhamento das Metas*. Brasília-DF: MinC, 2021. p. 261-269.

A Meta 03, apesar de ser considerada concluída, com um alcance de 5.434 municípios com informações no Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais, devido à ausência de um processo de homologação em âmbito geral, entende-se que o uso do Mapa da Cultura, enquanto fonte de indicadores e informações da Cultura, está limitado, ao menos para o momento atual, de modo que tais dados são insuficientes para atender às necessidades de informações do monitoramento. Ademais, não foi possível aferir o desempenho da meta no ano de 2021 por falta de informações que pudessem ser validadas pela área responsável pelo monitoramento desta meta. Assim, os dados fornecidos nesse relatório de 2021, ainda, se referem ao exercício de 2017.

Quanto à Meta 04, referente à Política nacional de proteção e valorização dos conhecimentos e expressões das culturas populares e tradicionais implantada, o indicador, ainda na fase de aprovação de um marco legal, em relação ao qual em 2013, o Projeto de Lei (PL) n.º 1.786/2011, que institui a Política Nacional Griô, foi apensado ao Projeto de Lei n.º 1.176/2011 (que institui o Programa de Proteção e Promoção dos Mestres e Mestras dos Saberes e Fazeres das Culturas Populares). Em 2021 ainda estava aguardando a designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Ao passo que a Meta 06 (50% dos povos e comunidades tradicionais e grupos de culturas populares que estiverem cadastrados no Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC) atendidos por ações de promoção da diversidade cultural) teve um alcance de, apenas, 3% do previsto até 2021. Enquanto a meta referente à implantação do Sistema Nacional de Patrimônio Cultural não foi sequer iniciada.

As metas não tratam, diretamente, dos problemas encontrados por Shaheed, mas procuram instituir uma política pública de longo prazo para melhor efetivar a tutela da diversidade cultural. Contudo, as metas do PNC, ainda, encontram grandes dificuldades de concretização. Na conjuntura do Brasil, as metas do PNC e as leis de proteção e difusão das culturas indígenas e afro-brasileiras são aplicadas com as medidas necessárias, além de que é necessário que as leis de incentivo fiscal sejam disciplinadas de forma a propiciar uma maior descentralização, bem como que as políticas culturais sejam melhor implementadas; entre outras medidas necessárias, como o fornecimento de uma educação de

maior qualidade e uma melhor salvaguarda do patrimônio cultural.

As políticas culturais brasileiras precisam de implementação gradativa, com planejamento em longo prazo, o que se revela mais um desafio para a consecução da efetividade plena dos direitos culturais.

Ante o exposto, é evidente que as medidas necessárias para a concretização dos direitos culturais no Brasil são muitas, em decorrências das adversidades oriundas de um histórico de desigualdades socioculturais, racismo, políticas públicas falhas (ou descontinuadas) e de historicamente pouca preocupação política com uma maior promoção das pluralidades culturais, da identidade cultural e da valorização cultural dos grupos minoritários. Apesar de ser fato de que as gestões como as de Gilberto Gil e a de Juca Ferreira como ministros da Cultura, os quais elevaram às políticas culturais a outro nível, merecem ser glorificadas, é nítida as omissões administrativas no âmbito das políticas culturais. Assim, tanto a tutela da diversidade cultural quanto dos demais direitos culturais carecem de políticas públicas mais efetivas para propiciar um nível maior de concretização das respectivas normas internacionais e nacionais.

Cada Estado-membro, em relação à Carta Internacional dos Direitos Culturais, pode carecer de políticas públicas e marcos normativos específicos para a concretização da diversidade cultural, em consonância com a própria realidade e problemáticas encontradas no âmbito da tutela do pluralismo cultural que podem abranger desde o direito de liberdade religiosa (como a liberdade de culto) à adoção de políticas públicas determinadas como o ensino das diferentes culturas para coibir a intolerância e o preconceito. Dessa forma, percebe-se que, por um lado, a tutela dos direitos culturais, no âmbito internacional, é de extrema importância para impor a proteção da diversidade cultural, mas que cada país possui seus grandes desafios e necessidades particulares nesse âmbito. Assim, a concretização plena dos direitos relativos à diversidade cultural possui inúmeros obstáculos, tanto em nível local quanto internacional, mas é primordial para a harmonia e boa convivência entre os povos, com o devido respeito e fruição de todas as manifestações culturais de modo a efetivar a tutela plena dos direitos culturais.

## 5 Considerações finais

A forma como o termo cultura pode ser interpretado, no âmbito jurídico, possui várias acepções. Destas, destaca-se a *stricto sensu*, a acepção intermediária e a própria Constituição entendida como Ciência da Cultura. Também merecem destaque as dimensões antropológica, que permite uma compreensão mais ampla e democrática de cultura, e sociológica, que se atine, principalmente, à institucionalidade. A dimensão antropológica é muito importante para compreender plenamente a diversidade cultural e que nenhuma cultura é melhor que a outra. Ao passo que a dimensão sociológica é muito importante no âmbito da implementação das políticas culturais. Ou seja, ambas as concepções são importantes na tutela da diversidade cultural, pois permitem que, ao mesmo tempo, a cultura de todos os povos, nas mais várias manifestações, seja protegida (em especial, a partir da dimensão sociológica), bem como permite uma melhor aplicação das políticas públicas necessária (dimensão sociológica).

Ademais, a Declaração Universal, em seu artigo 27, salvaguardou direitos culturais e foi complementada por vários documentos internacionais posteriores, cada um com sua importância. Destaca-se que o direito de participar ou tomar parte na vida cultural envolve participação, acesso e contribuição na vida cultural, ao passo que esse direito impõe três tipos ou níveis de obrigações aos Estados: a obrigação de respeitar, a obrigação de proteger e a obrigação de implementar. Portanto, faz parte das obrigações impostas pelo direito de participação da vida cultural que o Estado realize políticas públicas especiais em relação às comunidades indígenas para que estas possam ter seus direitos culturais plenamente respeitados, por exemplo. A Declaração Universal foi complementada por vários documentos internacionais posteriores, cada um com sua importância, dos quais destaca-se, no tocante ao tema deste artigo, a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural de 2001.

A partir da análise dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988, averigua-se a translúcida influência da normatividade internacional no tocante à tutela dos direitos culturais, os quais foram consagrados constitucionalmente com inovações legislativas que pretendem efetivá-los em consonância com o disposto no Comentário Geral n.º 21 do CDESC.

A aplicação da tutela da diversidade cultural no Brasil foi analisada considerando, principalmente, o relatório da perita especialista em direitos culturais Farida Shaheed, a qual, no ano de 2010, realizou uma boa análise sobre a situação dos direitos culturais no Brasil, expôs algumas das principais problemáticas e versou algumas recomendações para uma melhor efetivação de tais direitos. Percebeu-se, principalmente, a necessidade da realização de marcos normativos e políticas culturais específicas para a realidade brasileira, como uma maior implementação da legislação nacional relativa ao ensino das culturas africanas e indígenas para evitar o preconceito, bem como uma maior proteção dos indígenas em todos os aspectos. Além disso, hodiernamente, urge uma maior concretização das normas referentes ao Sistema Nacional de Cultura e das metas do Plano Nacional de Cultura, bem como realização de políticas culturais a serem cumpridas em consonância com os ditames legais com a devida vontade política. O respeito à legislação já existente na área cultural já seria um ótimo início da jornada pela consecução da efetividade plena dos direitos culturais, a qual pode necessitar de maiores análises, planejamentos e até aprimoramentos futuros no âmbito legislativo e das políticas culturais.

Dessa forma é nítida, de um lado, a extrema importância da Carta Internacional dos Direitos Culturais na odisseia da consolidação dos direitos culturais relativos ao pluralismo cultural. Por outro lado, a concretização plena da tutela da diversidade cultural pode exigir marcos normativos e políticas públicas específicas em consonância com a realidade de cada país. Evidencia-se uma grande problemática a respeito da realização dessa concretização plena, aprofundada por um histórico de preconceitos e intolerâncias socioculturais. Porém, deve-se ressaltar que a efetivação da tutela internacional da diversidade cultural é essencial para a consecução da harmonia entre os povos, da paz social e para as plenas criações e fruições culturais na esfera do pluralismo cultural.

## Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

- BIDAULT, Mylène. *Protection des droits culturels: quelles actions pour l'UNESCO?: documents de travail de l'IIEDH no.5*. Fribourg : Université de Fribourg, 2002. p. 7. Disponível em: [www.unifr.ch/iiedh](http://www.unifr.ch/iiedh). Acesso em: 01 ago. 2018.
- BOTELHO, Isaura. *Dimensões da cultura: políticas culturais e seus desafios*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2016.
- BRASIL. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. *Diário Oficial da União*, Brasília, 07 jul. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm). Acesso em: 12 mar. 2023.
- BRASIL. Emenda Constitucional n.º 71 de 29 de novembro de 2012. Acrescenta o art. 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 nov. 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc71.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc71.htm). Acesso em: 28 mar. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 19 mar. 2019.
- BRASIL. Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. *Diário Oficial da União*, Brasília, 07 jul. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm). Acesso em: 12 mar. 2023.
- BRASIL. *Lei n.º 12.343, de 2 de dezembro de 2010*. Institui o Plano Nacional de Cultura – PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/10907/963783/Lei+12.343++PNC.pdf/e9882c97-f62a-40de-bc74-8dc694fe777a>. Acesso em: 12 mar. 2023.
- BRASIL. Ministério da Cultura. *Plano Nacional de Cultura: Relatório 2021 de Acompanhamento das Metas*. Brasília-DF: MinC, 2021.
- BUI-XUAN, Olivia. La destinée universaliste des droits culturels: les articles 22 et 27 de la Déclaration Universelle des Droits de l'homme. *CRDF*, n. 7, p. 133-142, 2009.
- COURTIS, Christian. Prefácio: Direitos culturais como direitos humanos: conceitos. In: CUREAU, Sandra; SOARES, Inês Virgínia Prado (org.). *Bens culturais e direitos humanos*. São Paulo: Edições Sesc, 2015. p. 7-21.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CUNHA FLHO, Francisco Humberto. *Teoria dos direitos culturais: fundamentos e finalidades*. São Paulo : Edições Sesc, 2018.
- FIGUEIRA, Rickson Rios. Indigenous refugees and cultural erosion: possibilities and limits of international refugee and indigenous peoples law in the protection of indigenous cultural expressions related to traditional land and native language. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 439-477, dez. 2020.
- GILBERT, Jérémie. Cultural Rights. In: SMITH, Rhona K. M.; ANKER, Christien Van Den. *Human Rights*. London: Hodder Arnold, 2005. p. 77.
- LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.
- LES NATIONS UNIES. Conseil des Droits de L'homme. A/HRC/17/38/Add.1. *Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels*, Farida Shaheed: Mission au Brésil (8-19 novembre 2010). 21 mar. 2011. Disponível em : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/122/19/PDF/G112219.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.
- LINS JÚNIOR, George Sarmiento. Direito de participar da vida cultural e de desfrutar gozar dos benefícios do processo científico: O PIDESC e a tutela dos direitos culturais. In: LINS JÚNIOR, George Sarmiento et al. (org.). *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da previsão normativa à efetividade no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 279-295.
- MARTIN, Boris. Les droits culturels comme mode d'interprétation et de mises em ouvre des Droits de l'homme. *La revue du MAUSS semestrielle*, n. 13, p. 236-260, 1. sem. 1999.
- MEYER-BISCH, Patrice. Innover dans les politiques publiques en réalisant les droits culturels. In: RÉSEAU

- CULTURE 21; L'IIEDH DE FRIBOURG *et al.* (co-ord.). *Du droits à la culture aux droits culturels: une première année d'observation et d'évaluation des politiques publiques départementales au regard des droits culturels*. Fribourg: Paideia 4D, 2013. p. 21-25.
- MEYER-BISCH, Patrice; BIDAULT, Mylène (org.). *Afirmar os direitos culturais: comentário à Declaração de Friburgo*. Tradução: Ana Goldberb. São Paulo: Iluminuras, 2014.
- NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 201-232, dez. 2014.
- OLIVEIRA, Danilo Júnior de; OLIVEIRA, Maria Carolina Vasconcelos; VAL, Ana Paula do. Três pautas em destaque na agenda de diversidade cultural da Unesco: ambiente digital, tratamento preferencial e participação da sociedade civil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 75-93, dez. 2020.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização: etapas da evolução sociocultural*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- ROMEO, Francisco Palacios. *Nuevo Constitucionalismo Participativo em Latinoamérica: uma proposta frente a la crisis del Behemoth*. Occidental. Espanha: Editorial Aranzi, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortex, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, p. 11-32, jun. 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SEMPERE, Alfons Martinell. A cidade como espaço privilegiado para os direitos culturais. *Revista Observatório Itaú Cultural/OIC*, São Paulo, n. 11, p. 61-72, jan./abr. 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.
- SILVA, Marília Ferreira da; PEREIRA, Erick Wilson. Universalismo x Relativismo: Um entrave cultural ao projeto de humanização social. In: CONGRESSO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1., 2013, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 495-516.
- SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SOARES, Ardyllis Alves. A proteção do patrimônio cultural em novas perspectivas: estudo comparado entre a Kulturgutschutzgesetz e a Holocaust Expropriated Art Recovery Act of 2016. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 110-125, dez. 2020.
- SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012.
- THE WORLD CONFERENCE ON HUMAN RIGHTS. *Vienna Declaration and Programme of Action*. 25 June 1993. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em: 28 ago. 2018.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras. In: FONSECA JR, Gelson; CASTRO, Sérgio Henrique Nabuco de (org.). *Temas de política externa brasileiras II*. São Paulo: Paz e Terra, 1994. v. 1. p. 173.
- UNESCO. *Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*. Paris, 17 out. 2003. Disponível em: <https://ich.unesco.org/doc/src/00009-PT-Portugal-PDF.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.
- UNESCO. *Declaração Universal sobre Diversidade Cultural*. Paris, 2001. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018.
- UNESCO. *Instrumentos internacionais da UNESCO em cultura*. [2023]. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/about-this-office/unesco-resources-in-brazil/legal-instruments/international-instruments-clt/#c154460>. Acesso em 20 ago. 2018.
- UNESCO. *Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and their Contribution to It*. Nairobi, 26 nov. 1976. Disponível em: [http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL\\_ID=13097&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.phpURL_ID=13097&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html). Acesso em: 27 nov. 2018.



UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office of the High Commissioner for Human Rights. *United Status of Ratification Interactive Dashboard*. 2023. Disponível em: <http://indicators.ohchr.org>. Acesso em: 12 mar. 2023.

UNITED NATIONS. Economic and Social Council. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. E/C.12/GC/21. *General comment No. 21: Right of everyone to take parte in cultural life* (art. 15, para. 1 (a) of the Internacional Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). 21 dez. 2009. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f21&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f21&Lang=en). Acesso em: 10 fev. 2023.

VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional de Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2014.

WELLE, Deustsche. Decisão do STF sobre ensino religioso foi vitória dos católicos. *Carta Capital*, 29 set. 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/decisao-do-stf-sobre-ensino-religioso-foi-vitoria-dos-catolicos>. Acesso em: 28 ago. 2018.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Dos “olhos da lei” doméstica aos da comunidade internacional: cegueira ou lucidez da justiça no direito penal internacional?**

**From the domestic “eyes of the law” to those of the international community: blindness or lucidity of justice in the international criminal law?**

Larissa Ramina

Lucas Silva de Souza

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

# Dos “olhos da lei” doméstica aos da comunidade internacional: cegueira ou lucidez da justiça no direito penal internacional?\*

## From the domestic “eyes of the law” to those of the international community: blindness or lucidity of justice in the international criminal law?

Larissa Ramina\*\*

Lucas Silva de Souza\*\*\*

### Resumo

Busca-se, neste artigo, investigar como a crença absoluta e acrítica na capacidade de contenção do poder por meio do Estado de Direito (*rule of law*), fomenta uma visão distorcida do “olho da lei” e dos “olhos” da comunidade internacional. Para tanto, parte-se do seguinte questionamento: como a transposição do Estado de Direito de matriz liberal do âmbito doméstico para o internacional oculta a existência de um sistema dual de justiça: de um lado, uma justiça feita sob medida para as grandes potências mundiais usufruírem de absoluta impunidade e, do outro, uma “justiça dos vencedores” aplicada aos derrotados? Para respondê-lo, o estudo apresenta os seguintes objetivos específicos: averiguar a conformação histórica do Estado de Direito e os limites expostos pelos regimes nazifascistas; investigar as medidas de exceção atuais; propor um panorama da construção do Direito Penal Internacional; por fim, investigar o Tribunal Penal Internacional e a sua (im)parcialidade e (a)politicidade. O estudo é abordado por meio do método dialético, com o intuito de analisar, sob um prisma crítico, a complexidade política/jurídica inerente à temática objeto de estudo. No tocante ao procedimento, utiliza-se a técnica de pesquisa de documentação indireta, por meio da revisão documental, jurisprudencial e bibliográfica. Conclui-se que aos moldes atuais os “olhos da lei” doméstica e os da “comunidade internacional” apresentam uma visão pouco lúcida e, muitas vezes, cega às medidas de exceção contemporâneas como a “guerra ao terror”, as intervenções humanitárias e a recente guerra na Ucrânia. A pesquisa é inovadora pois, sob uma perspectiva filosófica e histórica, propõe uma investigação crítica do Direito Penal Internacional, cujo otimismo, em sua capacidade de pacificação social, ignora o quanto ele espelha as fraquezas do Estado de Direito verificadas no âmbito doméstico.

**Palavras-chave:** direito penal internacional; estado de direito; estado de exceção; guerra ao terror; guerra na Ucrânia.

\* Recebido em 10/06/2023

Aprovado em 14/08/2023

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES), Código de Financiamento 001.

\*\* Professora de Direito Internacional da Universidade Federal do Paraná (UFPR) nos cursos de graduação e pós-graduação. Pós-doutora pela Université Paris Ouest Nanterre La Défense (2016) com financiamento da CAPES (Programa Estágio Sênior no Exterior). Professora Permanente do Programa de Mestrado “Derechos Humanos, Desarrollo e Interculturalidad” da Universidad Pablo de Olavide (Espanha). Membro do Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD), do Grupo Prerrogativas e do Conselho Latinoamericano de Justiça e Democracia (CLAJUD).  
Email: raminalarissa@gmail.com

\*\*\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) com período de estágio doutoral junto à Universidade Paris Nanterre financiado pelo programa CAPES PrInt. Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisador do Grupo INTER – Abordagens Críticas ao Direito Internacional (PPGD/UFPR).  
Email: adv.lucasdesouza@gmail.com

## Abstract

This article aims to investigate how the absolute and acritical belief in the ability to contain power through the rule of law, fosters a distorted view of the “eye of the law” and the “eyes” of the international community. To do so, it starts with the following question: how does the transposition of the rule of law with a liberal matrix from the domestic to the international scope hide the existence of a dual system of justice: on the one hand, a justice made to measure for the great world powers to enjoy absolute impunity and, on the other, a “winners’ justice” applied to the defeated? To answer it, the study presents the following specific objectives: to investigate the historical conformation of the Rule of Law and the limits exposed by the Nazi-fascist regimes; to investigate current exception measures; propose an overview of the construction of International Criminal Law; finally, it is investigated the International Criminal Court and its (im)partiality and (a)politicity. The study is approached through the dialectical method, in order to analyze under a critical perspective, the political/legal complexity inherent to the thematic object of study. Regarding the procedure, the indirect documentation search technique is used, through documental, jurisprudential, and bibliographic review. It is concluded that in the current molds, the “eyes of the law” domestic and those of the “international community” present a poorly lucid vision and, many times, blind to contemporary measures of exception, such as the “war on terror”, humanitarian interventions and the recent war in Ukraine. The research is innovative because, from a philosophical and historical perspective, it proposes a critical investigation of the International Criminal Law, whose optimism in its capacity for social pacification ignores how much it mirrors the weaknesses of the Rule of Law verified in the domestic scope.

**Keywords:** international criminal law; rule of law; state of exception; war on terror; war in ukraine.

*De negro a Terra se cobre,  
Mas a noite que desperta o mau, horrivelmente,  
Não assusta os cidadãos,  
Pois o olho da lei vigia<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> SCHILLER, Friedrich apud STOLLEIS, Michael. *O olho da lei*. Tradução de Thiago S. Tannous. Belo Horizonte: Editora Doyen, 2014. p. 9.

## 1 Introdução

A exceção hoje, em nível global, tal como no passado, é normalizada, o que põe em xeque a alegação de que o cidadão pode ficar tranquilo, pois o “olho da lei vigia”, exceto caso se entenda que o “negro”, a “noite que cobre a terra”, do poema de Schiller, é, mais uma vez, o “outro”, o “diferente”, aquele que não é digno de ter sua vida protegida do mal, sendo, portanto, eliminado para não assustar o cidadão “civilizado”. Pois, como elucidava Arendt, “O ‘estranho’ é um símbolo assustador pelo fato da diferença em si, da individualidade em si, e evoca essa esfera onde o homem não pode atuar nem mudar e na qual tem, portanto, uma definida tendência a destruir”.<sup>2</sup>

Face a essa realidade, o presente trabalho funda-se na tese de que a crença absoluta e acrítica na força de contenção do poder soberano por meio do Estado de Direito (*rule of law*), no “olho da lei”, foi transposta para o âmbito internacional sob a égide da ideologia liberal que fomenta o ideário de que o direito é técnico e apolítico mascarando injustiças. Partindo dessa premissa, o estudo objetiva investigar como a pretensa neutralidade do direito distorce a visão dos “olhos da comunidade internacional”, de modo a ocultar as iniquidades promovidas pela instrumentalização do Direito com fins geopolíticos pelas grandes potências mundiais, muitas vezes, com a chancela dos tribunais internacionais, em especial os de competência penal, como os tribunais ad hoc para a ex-Iugoslávia (1993) e Ruanda (1994) e o Tribunal Penal Internacional.

Para tanto, parte-se do seguinte questionamento: como a transposição do Estado de Direito de matriz liberal do âmbito doméstico para o internacional oculta a existência de um sistema dual de justiça: de um lado, uma justiça feita sob medida para as grandes potências mundiais usufruírem de absoluta impunidade e, do outro, uma “justiça dos vencedores” aplicada aos derrotados? Para respondê-lo, organiza-se este artigo em dois capítulos. No primeiro, inicialmente, propõe-se uma visão panorâmica e histórica da construção do Estado de Direito e os limites da lei, expostos pelos regimes de exceção nazifascistas, nos quais o direito foi manipulado de modo a legitimar que os europeus recebessem

<sup>2</sup> ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013. p. 262.

o mesmo tratamento que por eles foi dado aos povos “selvagens”. Posteriormente, explica-se que, na atualidade, não se distancia muito do paradigma colonial e do nazista, pois se utiliza do Direito, em especial o Direito Internacional dos Direitos Humanos, para dar força à narrativa das vítimas e salvadores, presente nesses dois momentos históricos, com o objetivo de fomentar intervenções, muitas vezes, ditas como humanitárias.

No segundo capítulo, aborda-se o processo de tribunalização que passou dos “olhos da lei” doméstica aos da comunidade internacional o papel de vigilante ininterrupto dos “cidadãos globais” e o consequente desenvolvimento do Direito Penal Internacional<sup>3</sup>. Inicialmente é investigado o desenvolvimento histórico do direito penal internacional que culminou nos tribunais ad hoc e na atual conjuntura organizacional do Tribunal Penal Internacional (TPI) de forte matiz ideológico liberal. São também averiguadas as fraquezas desses tribunais que se vislumbram, em especial, no não reconhecimento do papel das potências ocidentais nos conflitos, acarretando, por conseguinte, a estigmatização seletiva somente do “outro”, e a ausência de medidas reparatórias e promotoras dos direitos humanos, efetivas para as vítimas, tanto nos tribunais ad hoc como no TPI.

Por fim, investiga-se se, aos moldes atuais, o Tribunal Penal internacional atua de forma parcial, o que põe em xeque a sua apoliticidade e torna visível as distintas relações do TPI com determinados Estados (membros ou não), tendo em vista a sua atuação contraditória a respeito das atrocidades cometidas pelas grandes potências ocidentais. Para tanto, a pesquisa se delimitará na análise da “guerra ao terror” estadunidense e no tratamento distinto dado pela promotoria do TPI na investigação envolvendo a lamentável e ilegal guerra na Ucrânia.

<sup>3</sup> Adota-se no trabalho a terminologia Direito Penal Internacional. Tal decisão foi realizada por se perfilhar o entendimento de Disencha de que, por ser o campo no qual o poder internacional oferta uma resposta sancionatória a uma grave violação normativa penal, resta ignorar o fato de se tratar de uma relação de direito penal. Nesse prisma, o termo “Direito Penal Internacional” é mais adequado, pois, além de identificar, com maior assertividade, a disciplina, lhe fornece limites mais definidos e maior coesão. DISENCHA, Rui Carlo. Pelo Direito Penal Internacional em detrimento do Direito Penal Internacional: sobre como o nome da disciplina afeta a sua função. In: FRIEDRICH, Tatyana Scheila; RAMINA, Larissa. *Coleção Direito Internacional Multifacetado: direitos humanos, guerra e paz*. Curitiba: Juruá, 2014. v. 3. p. 273-274.

A pesquisa é inovadora, pois, assentada em uma perspectiva crítica, propõe uma análise reflexiva acerca da (ir)responsabilização por condutas violadoras de direitos humanos, promovida pelos tribunais ad hoc e o Tribunal Penal internacional. Essa perspectiva é necessária, pois o processo de tribunalização, na esfera internacional, posteriormente às atrocidades dos nazifascismos, culminou na materialização do Direito Penal Internacional, cujo otimismo, em sua capacidade de promover valores amorfos como a “justiça” e a “paz universal”, ignora o quanto ele pode espelhar, de forma ainda mais gritante, as fraquezas do Estado de Direito no âmbito doméstico.

Com o intuito de analisar, com base em perspectiva crítica, a complexidade política/jurídica inerente à temática objeto de estudo, a pesquisa é abordada por meio do método dialético. No tocante ao procedimento, utiliza-se a técnica de pesquisa de documentação indireta, por meio da revisão documental, jurisprudencial e bibliográfica. Desse modo, almeja-se melhor refletir acerca do Estado de exceção normalizado na atualidade com fulcro no direito e a chancela da Justiça.

## 2 A miopia do “olho da lei”: o racismo como pilar do estado de exceção

O Estado de Direito é fruto da conexão entre Estado e Direito que se revela vantajosa para os indivíduos. A sua razão de ser é influenciar a relação entre o Estado e o indivíduo, introduzindo, em favor deste, alguma limitação ao poder soberano<sup>4</sup>. Nesse sentido, a lei se torna, na metáfora de Stolleis, jurista e historiador alemão, uma figura antropomórfica: o “olho da lei”. “O olho da lei vigia” e promete, nas palavras do autor, “[...] a onipresença do direito, a igualdade perante a lei e o domínio da lei em vez do domínio dos homens — é o símbolo da objetividade do direito em face da dupla subjetividade do poder e da clemência”.<sup>5</sup> Pois “[...] o Estado bem-organizado, sua lei e a polícia civilizada do Estado de Direito, instituída para afastar perigos e ga-

<sup>4</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 96-97.

<sup>5</sup> STOLLEIS, Michael. *O Olho da Lei*. Tradução de Thiago S. Tannous. São Paulo: Doyen. 2014. p. 13.

rantir segurança, protegem o sono do cidadão, que pode confiar nas instituições e fechar seus olhos”.<sup>6</sup>

Neste capítulo, abordam-se os limites do “olho da lei”. No primeiro subcapítulo, propõe-se uma visão panorâmica do Estado de Direito e deficiências da lei, expostas pelos regimes de exceção nazifascistas. No segundo subcapítulo, explana-se transposição desse ideário para a atualidade, o perigo de se ignorar que o direito pode ser um instrumento de dominação, bem como viabilizar que a exceção possa, inclusive, se fundamentar neste, como ocorre, com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, utilizado, muitas vezes, para justificar “intervenções humanitárias” desumanas.

## 2.1 O racismo contra o “outro” como fundamento de guerra: os nazifascismos e os limites do “olho da lei”

O “olho da lei”, ao longo dos séculos, adquiriu a função de “muro de proteção”, atrás do qual os “direitos do povo” estavam em segurança.<sup>7</sup> Essa crença na capacidade da lei é construída em um cenário temporal extremamente amplo, que inclui tanto o mundo antigo quanto a cultura medieval<sup>8</sup>. A partir das revoluções burguesas, o povo livre tornou-se seu próprio soberano e passou a dominar sobretudo por meio da “lei” deliberada por todos. Não mais há deuses ou príncipes a fazer vigia sobre a sociedade, tornando-se a lei o vigilante.<sup>9</sup> A lei também prevê o futuro, pois seu texto deve ser formulado de tal modo que todos os casos jurídicos vindouros sejam pensados antecipadamente, sendo ao juiz ofertada uma solução, visto que ele era, ainda, considerado, no sentido montesquiano, “*la bouche de la loi*”, isto é um mero “servidor da lei”.<sup>10</sup>

No entanto, o nome Estado de Direito surgiu com a Teoria do “*Rechtsstaat*”, elaborada pela juspublicística alemã, no decorrer do século XIX. Ela se traduz em uma peculiar posição do nexo poder-direito, con-

centrando a atenção sobre a atividade administrativa com o intuito de impor-lhe precisos vínculos jurídicos e correspondentes controles jurisdicionais<sup>11</sup>. A despeito disso, evita-se impor limites à atividade legiferante, entendida como a materialização absoluta da soberania do Estado. Devido à fragilidade do direito diante do caráter absoluto do poder do Estado-legislador, Hans Kelsen, maior expoente do positivismo jurídico, apregoa a distinção entre ser e dever ser. Para ele, o Estado é um ordenamento, um aparato normativo, coincidindo com o Direito. Isto posto, o ente estatal relaciona-se não com o poder, mas com o direito. Existe um plano do ser que engloba os indivíduos de carne e osso, e um plano do dever ser formado por um sistema normativo definidor das prerrogativas e deveres dos sujeitos de direito.<sup>12</sup>

Se o Estado é um ordenamento jurídico, o seu poder soberano deve ser controlado por meio da lei. Por essa razão, o jurista austríaco concebe “dinamicamente” o ordenamento. A lei é simplesmente um degrau da complexa arquitetura “em níveis” que Kelsen delinea, sendo o ápice do sistema uma norma superior: a norma constitucional. Como resultado, torna-se possível o controle jurisdicional da lei, voltado a apurar a sua conformidade com a constituição. Logo, não apenas a administração, mas também a função legiferante é fruto de um Estado *sub lege*. Em suma: a degeneração tirânica é obstaculizada pela atuação complementar de dois elementos, a primazia da norma sobre o poder e a atuação de um órgão judiciário no controle da atividade legislativa.<sup>13</sup>

Destarte,

[...] a secularização, a despersonalização e a objetivação da dominação conduzem de Deus para o Deus terreno, ou seja, para o Príncipe; após desce para o Deus mortal do Leviatã; e, por fim desce para a legislação deificada, coroada pela Constituição.<sup>14</sup>

É dessa forma que essa “super lei”, que possui a qualidade de permanente vigilância, adquire o papel de novo regente e passa a apresentar todas as qualidades

<sup>6</sup> STOLLEIS, Michael. *O Olho da Lei*. Tradução de Thiago S. Tanous. São Paulo: Doyen. 2014. p. 10.

<sup>7</sup> STOLLEIS, Michael. *O Olho da Lei*. Tradução de Thiago S. Tanous. São Paulo: Doyen. 2014. p. 79.

<sup>8</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 99.

<sup>9</sup> STOLLEIS, Michael. *O Olho da Lei*. Tradução de Thiago S. Tanous. São Paulo: Doyen. 2014. p. 61-62

<sup>10</sup> STOLLEIS, Michael. *O Olho da Lei*. Tradução de Thiago S. Tanous. São Paulo: Doyen. 2014. p. 76-77.

<sup>11</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 139.

<sup>12</sup> COSTA, Pietro. Democracia política e Estado constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 239.

<sup>13</sup> COSTA, Pietro. Democracia política e Estado constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 240.

<sup>14</sup> STOLLEIS, Michael. *O Olho da Lei*. Tradução de Thiago S. Tanous. São Paulo: Doyen. 2014. p. 66.

que no passado foram atribuídas a Deus e aos deuses terrenos, os príncipes.<sup>15</sup>

Apesar dos grandes avanços na construção teórica do Estado de Direito, com os nazifascismos, surge um novo “Estado de Direito”. Nele ceifa-se qualquer elo com o individualismo de cunho liberal, tendo em vista que, se o Estado de Direito tradicionalmente gira em torno do indivíduo e dos seus direitos, o “novo” Estado de Direito assume, como centro gravitacional, a vida do povo. Teóricos do nacional socialismo, dentre eles Otto Koellreutter e Carl Schmitt, apelam ao *Volk*, a unidade de uma raça homogênea com específica identidade biológica e territorial, e ao *Führer*, que interpreta e define as exigências profundas do *Volk*. Tendo em vista a relação de umbilical conexão entre o *Führer* e *Volk*, Hitler não era considerado um ditador republicano, pois sua jurisdição enraizava-se na fonte primordial do direito nazista, o *Volk*. Além de ser o juiz supremo, Hitler era o principal caminho para a concretização do direito.<sup>16</sup>

Conforme Agambem, Schmitt equipara o conceito de raça, indispensável para a existência do estado nacional-socialista e sua vida jurídica, às “cláusulas gerais e indeterminadas”, que estavam se tornando cada vez mais comuns na legislação alemã e europeia. Dentre elas, conceitos como “bom costume”, “iniciativa imperiosa”, “motivo importante”, “segurança e ordem pública”, “estado de perigo”, “caso de necessidade”<sup>17</sup>. Hitler valeu-se desses conceitos abertos e adotou o discurso clássico dos líderes autoritários, inclusive atuais, como o fim da corrupção, o anticomunismo e a conspiração judaica internacional.<sup>18</sup>

Com os nazifascismos, escancarou-se o quão ilusória é a tese de que, no Estado de Direito, a lei pode regular todos os casos e situações e o juiz trata-se de um mero servo na sua aplicação. Por isso, alguns estudiosos se propuseram a refletir acerca do poder para além do Es-

tado, dentre eles Foucault. Para o filósofo, o sistema jurídico ocidental sempre se refere ao soberano, aos seus direitos, prerrogativas, limites e poder, e o maior problema em torno do qual se organiza a Teoria do Direito é a questão de fixar a legitimidade do poder. Por isso, ele inverte essa lógica, demonstrando como o direito veicula e aplica relações que não são de soberania, mas de dominação.<sup>19</sup>

A lei, portanto, não faz com que cessem as guerras, sob sua égide, a guerra continua e constitui o motor das instituições e da ordem. No prisma foucaultiano, o que deve valer como “Princípio de Decifração da Sociedade” é a “confusão da violência, das paixões, dos ódios, das cóleras, dos rancores, dos amargores”<sup>20</sup>. A racionalidade iluminista é superficial, cada vez mais abstrata e ilusória, além de vinculada à “astúcia e à maldade daqueles que, tendo por ora a vitória, e estando favorecidos na relação de dominação, têm todo o interesse de não as pôr de novo em jogo”<sup>21</sup>. Assim, para, de fato, se compreender as relações de poder:

trata-se de redescobrir o sangue que secou nos códigos, e, por conseguinte, [...] sob a estabilidade do direito, redescobrir o infinito da história, sob a fórmula da lei, os gritos de guerra, sob o equilíbrio da justiça, a dissimetria das forças.<sup>22</sup>

A soberania não une, mas subjuga. A história dos vencedores implica numa história dos perdedores e a história de uns não corresponde à história dos outros. Dessa forma, há duas perspectivas, haja vista que “[...] o que é direito, lei ou obrigação, se olhamos a coisa do lado do poder, o novo discurso mostrará como abuso, como violência, como extorsão, se nos colocamos do outro lado”.<sup>23</sup> Inclusive, a ideia de revolução pressupõe essa “[...] decifração das dissimetrias, dos desequilíbrios, das injustiças e das violências que funcionam apesar da ordem das leis, sob a ordem das leis, através da ordem das leis e graças a ela”.<sup>24</sup> A consciência histórica “[...] não é centrada na soberania e no problema de sua fun-

<sup>15</sup> STOLLEIS, Michael. *O Olho da Lei*. Tradução de Thiago S. Tanous. São Paulo: Doyen. 2014. p. 76.

<sup>16</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 174-179.

<sup>17</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o Poder Soberano e Vida Nua*. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007. p. 178-179.

<sup>18</sup> BORRMANN, Ricardo; Cruz, EUGENIUSZ. O Tribunal de Nuremberg e a teoria pura do direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, e63122, maio/ago., 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/63122>. Acesso em: 13 abr. 2023. p. 8.

<sup>19</sup> FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 31.

<sup>20</sup> FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 63.

<sup>21</sup> FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 64.

<sup>22</sup> FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 66.

<sup>23</sup> FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 81.

<sup>24</sup> FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 92.

dação, mas na revolução, em suas promessas e em suas profecias de libertações futuras”.<sup>25</sup>

Por essa razão, em nome dos ditos oprimidos, o racismo de Estado nazista era considerado a luta da raça germânica subjugada, no passado, pelos vencedores provisórios, guiada por um herói, o líder supremo, o *Führer*.<sup>26</sup> Com isso, o discurso de guerra, que anteriormente aos nazifascismo era formulado como “temos de nos defender contra a sociedade”, torna-se, nesse contexto, “[...] temos de defender a sociedade contra todos os perigos biológicos dessa outra raça, dessa sub-raça, dessa contra-raça que estamos, sem querer, constituindo”.<sup>27</sup>

Foucault não olvida o racismo da colonização com suas técnicas e suas armas políticas e jurídicas. Para ele, com a empresa colonial, se transportaram modelos europeus para outros continentes, mas também houve numerosas repercussões sobre os mecanismos de poder no ocidente, sobre os aparelhos, instituições e técnicas de poder as quais viabilizaram que, na Europa, se pudesse praticar, também, uma colonização, um colonialismo interno, gerando, assim, um racismo de Estado.<sup>28</sup>

Nesse mesmo rumo, poeticamente, Césaire proclama que o nazismo é uma barbárie, mas a barbárie suprema foi o colonialismo<sup>29</sup> promovido pelo europeu “[...] muito distinto, muito humanista, muito cristão do século XX que traz em si um Hitler que se ignora, um Hitler vive nele, e é o seu demônio”<sup>30</sup>. Os europeus antes de serem “[...] suas vítimas, foram os cúmplices; que o tole-

raram, esse mesmo nazismo, antes de o sofrer, absolveram-no, fecharam-lhe os olhos, legitimaram-no, porque até aí só se tinha aplicado a povos não europeus”.<sup>31</sup>

O discurso da superioridade racial ariana fundou-se nas antigas ideias eugênicas e de pureza racial, as quais não foram inventadas durante o nazismo, mas foram instrumentalizadas, tal como durante o período colonial, com o intuito de justificar a retirada dos direitos daquelas cujas raças eram consideradas “inferiores”<sup>32</sup>. Para Arendt<sup>33</sup>, a razão pela qual o hitlerismo exerceu tamanho magnetismo em sede internacional e no interior da Europa dos anos 30 é, justamente, o fato de que o racismo, a despeito de ter sido promovido a doutrina estatal somente em solo alemão, espelhava a opinião pública de todos os países europeus.

Logo, o que se testemunhou na Segunda Guerra Mundial foi a extensão dos métodos anteriormente reservados aos “selvagens” aos povos “civilizados” da Europa. Mais uma vez, em suas palavras, Césaire declarou: “o que não perdoa a Hitler não é o crime em si, o crime contra o homem, não é a humilhação do homem em si, é o crime contra o homem branco, a humilhação do homem branco e ter aplicado à Europa processos colonialistas”.<sup>34</sup>

Como explanado panoramicamente, a história Estado de Direito é permeada por diversos usos dessa fórmula, que passa a ser referida, conforme as circunstâncias que a envolvem. Historicamente, não somente se utilizou como subverteu o direito, portanto, é evidente a força atrativa e destrutiva do poder, a fragilidade do indivíduo ante a ele e a inadequação das salvaguardas até então estabelecidas. Apesar dessa base frágil, o Estado de Direito é justificado não apenas como uma alternativa, mas, principalmente, como um antídoto ao voluntarismo do poder<sup>35</sup>. Face ao exposto, uma realidade é inconteste em todos os ciclos do Estado de Direito: a

<sup>25</sup> FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 93.

<sup>26</sup> FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 97.

<sup>27</sup> FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 73.

<sup>28</sup> FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 120-121.

<sup>29</sup> A despeito das atrocidades cometidas, o colonialismo era justificado como um esforço civilizatório realizado por uma raça superior em benefício dos povos selvagens que, por serem incapazes de se autogerir, deles dependiam para prover as suas necessidades mais básicas. Mascara-se, assim, além da exploração das riquezas naturais e econômicas, a submissão dos colonizados a regras impostas pelo Europeu. SOUZA, Lucas Silva de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo)liberal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 200-222, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoecademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5928/pdf> Acesso em 07 abr. 2023. p. 203.

<sup>30</sup> CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Trad. Noémia de Sousa. 1. ed. Lisboa: Livraria Sá da Costa editora, 2017. p. 23.

<sup>31</sup> CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Trad. Noémia de Sousa. 1. ed. Lisboa: Livraria Sá da Costa editora, 2017. p. 18.

<sup>32</sup> BORRMANN, Ricardo; Cruz, EUGENIUSZ. O Tribunal de Nuremberg e a teoria pura do direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, e63122, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/63122>. Acesso em: 13 abr. 2023. p. 9-10.

<sup>33</sup> ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013. p. 148.

<sup>34</sup> CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Trad. Noémia de Sousa. 1. ed. Lisboa: Livraria Sá da Costa editora, 2017. p. 24.

<sup>35</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 194.



crença na capacidade do “olho da lei” controlar o poder e garantir os direitos dos indivíduos dos abusos soberanos ou, por outro lado, tornar o soberano aquele que representa a metáfora ocular.

Após a queda dos regimes nazifascistas, se tornou peremptória a exigência de construir uma ordem alternativa. Para isso, mais uma vez, recorreu-se ao “olho da lei” e aos princípios da legalidade e da certeza do direito que integram a fórmula do Estado de Direito. No entanto, como leciona Costa<sup>36</sup>, a “pessoa” passa a ser a centralidade do direito, mas de uma forma distinta do “individualismo” liberal. Assim, “novos” direitos, em especial os sociais, se acrescentam aos “velhos” direitos de “liberdade e propriedade.”

Nessa ordem, centrada na pessoa humana, entende-se que, com a constitucionalização dos novos e velhos direitos, a estreita complementaridade e mútua compatibilidade entre eles serve “[...] de baluarte contra qualquer involução ‘despótica’, pois os direitos, na medida em que reforçam a posição dos indivíduos, parecem desenvolver uma função ‘espontaneamente’ anti-totalitária”<sup>37</sup>. Isto é, “[...]os direitos humanos não são apenas a válvula de fechamento do sistema, mas imprimem a ele um movimento, prescrevendo assim no que ele deve ser tornar”<sup>38</sup>.

Além disso, tendo em vista a sempre eminente possibilidade de o Estado adquirir um matiz arbitrário, torna-se imperiosa uma postura crítica da soberania estatal. Para tanto, deve-se pensar sobre a posição ocupada pelos direitos não somente no ordenamento nacional, mas também internacional<sup>39</sup>. Destarte, é conduzida sobre novo terreno a antiga luta pela defesa dos direitos em contraposição a arbitrariedade do poder, “o constitucionalismo sai da clausura dos ordenamentos nacionais, tenta elaborar princípios de âmbito “universal”, atenta às tradições constitucionais de outros or-

denamentos, abre-se às relações das cortes de justiça transnacionais”<sup>40</sup>.

A construção dessa nova ordem jurídica transnacional não é isenta de problemas, pois, apesar de carecerem de uma legitimidade democrática, diversas organizações internacionais passam a se interpor entre o sujeito e o Estado e entre os Estados, transformando as relações de poder<sup>41</sup>. Dentre elas, a Organização das Nações Unidas (ONU), que, em sua carta constitutiva, apresenta um enfoque protetivo à pessoa humana, proíbe o uso da força para solução das controvérsias e cria o mecanismo de segurança coletiva<sup>42</sup> de modo a cristalizar os insuficientes avanços oriundos do Tratado da Liga das Nações, de 1919, e do acordo Kellogg-Briand (Pacto de Paris), de 1928.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 254-255.

<sup>41</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 254.

<sup>42</sup> Na Carta constitutiva da ONU é apregoado em seu art. 2º §4 que “todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.” Para operacionalizar a limitação do uso da força armada, a carta restringiu seu exercício aos casos de legítima defesa individual ou coletiva (art. 51 da Carta). Além disso, criou-se o Conselho de Segurança, que em determinadas situações é autorizado a fazer o uso da força armada (regulamentado no capítulo VII da Carta). Trata-se de grandes avanços, no entanto não se pode olvidar que, com o poder de veto dos membros permanentes do Conselho de segurança, eles ficam protegidos de sanções coletivas, configurando uma grande disparidade de poder entre eles e os demais Estados membros da ONU (art. 27 §3º da Carta). ONU. *Carta das nações Unidas*. 1945. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>43</sup> Após a Primeira Guerra Mundial, o direito internacional público experimentou um processo de significativo adensamento institucional. No campo da segurança internacional, visou-se promover a solução pacífica de controvérsias, a proscrição da guerra e o compromisso jurídico de resposta coletiva à agressão. No entanto, a Liga das Nações não excluiu das relações internacionais a guerra como resposta lícita à agressão contra a independência e a integridade territorial. Por outro lado, o Pacto Kellogg-Briand (1928) positivou a proibição da guerra, exceto no caso de legítima defesa, cujo limites de enquadramento estava aberto à interpretação de cada Estado, viabilizando a continuidade da guerra com respaldo jurídico. FERREIRA, Hugo Luís Pena. Direito internacional público nos entreguerras (1919-39): a institucionalização dos projetos jurídicos de paz e manejo dos povos não soberanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 353-370, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8010>. Acesso em: 13 abr. 2014 p. 361.

<sup>36</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 187-188.

<sup>37</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 243.

<sup>38</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 246.

<sup>39</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 243-244.

Outro fato que ilustra a construção de uma nova ordem jurídica transnacional foi a celebração pelas potências vencedoras, durante a Conferência de Londres (1945), do acordo conhecido como *Nuremberg Charter* (Carta de Nuremberg). O documento foi um grande marco na responsabilização jurídica internacional por violações de direitos humanos ao instaurar o Tribunal de Nuremberg. A maior contribuição do Tribunal de Nuremberg para a construção do novo sistema jurídico do pós-guerra foi a instauração da responsabilidade penal dos indivíduos no plano internacional, no entanto outro aspecto inovador foi a possibilidade de aplicação de sanções a organizações criminosas, dentre elas a Gestapo, e de seus membros em conjunto.<sup>44</sup>

Kelsen reconheceu tais avanços e a forte perspectiva internacionalista relacionada à instauração do tribunal, a importante cooperação entre os estados envolvidos e o avanço na criminalização de condutas violadoras do direito humanitário. Por outro lado, o jurista criticou a ausência de um marco divisório apto a separar o direito das questões políticas por tratar-se de um tribunal *ad hoc*, formado pelos vencedores da guerra.<sup>45</sup> Em sentido distinto, o jurista defendia a criação de um Tribunal permanente, compulsório, independente e apolítico, fundado nas normas de Direito Internacional Público que cumpriria com o propósito de servir de válvula institucional de escoamento das pressões internacionais, pois, ao promover um embate simbólico e não violento entre as diferentes posições normativas, instituiria um regime de convivência não armada entre os diferentes povos.<sup>46</sup>

No cenário transnacional, tal como no âmbito doméstico, permanece essa tese segundo a qual os órgãos jurisdicionais são os guardiões dos direitos. No entanto,

<sup>44</sup> GORAIEB, Elizabeth; MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. A ampliação da jurisdição internacional: o surgimento de uma jurisdição internacional em matéria penal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 2, p. 244-267, 2022. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8512>. Acesso em: 03 ago. 2023. p. 258.

<sup>45</sup> BORRMANN, Ricardo; Cruz, EUGENIUSZ. O Tribunal de Nuremberg e a teoria pura do direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, e63122, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/63122>. Acesso em: 13 abr. 2023. p. 19.

<sup>46</sup> GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. A juridificação de conflitos políticos no direito internacional público contemporâneo: uma leitura política da paz pelo direito de Hans Kelsen a partir do pensamento político de Claude Lefort. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 56-76 Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3483>. Acesso em: 03 ago. 2023. p. 68-69.

o juiz é o protagonista de *policies*, devido ao indubitável caráter valorativo e político da interpretação e aplicação do direito o que se torna ainda mais problemático nas jurisdições internacionais<sup>47</sup>. Tendo em mente o caráter político da interpretação normativa, no próximo subcapítulo, investiga-se a politização dos Direitos Humanos que os torna, muitas vezes, justificativa para as atuais medidas de exceção mascaradas de intervenções humanitárias.

## 2.2 O Direito Internacional dos Direitos Humanos de resposta às atrocidades do pós segunda guerra mundial à justificativa para as medidas de exceção contemporâneas

A despeito da força do poder soberano do Estado ter, na atual sociedade globalizada, sido parcialmente mitigada, verifica-se a permanência de determinados discursos e práticas hegemônicas de matiz autoritário que invadem e regulamentam diversos âmbitos da vida social. Sob o manto de um falacioso discurso humanitário, tais práticas promovem a exclusão das diferenças em prol de um padrão ocidental balizado pelos interesses das grandes potências mundiais e os ditames do capital transnacional, mesmo que, para tanto, tenha que se valer de medidas típicas do estado de exceção.

Para alastrar o poder soberano em âmbito global, mais uma vez, se vale de um discurso homogeneizador com fulcro no racismo, haja vista que, apesar de todas as atrocidades cometidas, dentro e fora da Europa pelo europeu e pelos Estados Unidos, sob o ponto de vista hegemônico, o ocidente permanece sendo o “bairro” mais civilizado do mundo. Só nele inventou-se um “direito das gentes”; edificou-se uma sociedade civil das nações compreendida como um espaço público de reciprocidade do direito e deu-se origem a uma ideia de ser humano com direitos civis e políticos.<sup>48</sup>

Permanece, dessa maneira, a ideia de uma “missão civilizatória”, que caracteriza os povos não europeus como os “outros”, os bárbaros, os atrasados, os violentos que devem ser civilizados, redimidos, desenvolvidos e pacificados<sup>49</sup>. Esses “outros” são a fonte de toda vio-

<sup>47</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 255-256.

<sup>48</sup> MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. Trad. Maria lança. 1. ed. Lisboa: Antígona, 2014. p. 27-28

<sup>49</sup> ANGHIE, Antony; CHIMNI, Buphinder S. Third world ap-

lência, e, portanto, devem ser suprimidos por meio de uma intensa violência administrada legitimamente pelo poder (neo)colonial.<sup>50</sup> A estrutura essencial do projeto civilizatório é preservada nas iniciativas contemporâneas que, muitas vezes de forma violenta, impõe um paradigma liberal de estado em prol da democratização dos direitos humanos e do desenvolvimento de áreas consideradas atrasadas.

Como fundamento dessa imposição, defende-se que o conhecimento ocidental, europeu e estadunidense, é apolítico. Isto é, erudito, acadêmico e imparcial: “esse consenso liberal geral de que o ‘verdadeiro’ conhecimento é indubitavelmente apolítico mascara as circunstâncias políticas extremamente organizada que predominam na produção do conhecimento”.<sup>51</sup> No que tange ao Direitos Humanos, vale-se de um vocabulário que o define como um movimento imparcial e divorciado da “ideologia” que, quando alegada, é pelo “outro”, o adversário, o oponente, com o objetivo de desafiar e buscar a marginalização das forças do “bem”.<sup>52</sup>

Apesar da alegada imparcialidade dos Direitos Humanos, como leciona Koskeniemi<sup>53</sup>, a reinterpretação de vocabulários jurídicos genéricos como esses direitos ocorre em virtude das preferências de interesses setoriais, pois, como qualquer outro vocabulário jurídico, é intrinsecamente indeterminado e envolve uma sutil estratégia interpretativa. Assim, compromissos envolvendo o Direito, em especial os direitos humanos, muito

provavelmente estarão comprometidos com determinada ideologia. Negligenciar isso mitiga o fato de que inexistente a aplicação de uma *racionalidade* neutra.

Nessa senda, Mutua<sup>54</sup>, embora não entenda que o movimento de direitos humanos seja uma conspiração ocidental para aprofundar seu domínio cultural sobre o globo, apregoa que a sua abstração e apolitização obscurecem o caráter político das normas que buscam universalizar as estruturas e valores de governança que derivam do liberalismo ocidental. Isto posto, o movimento de direitos humanos não é pós-ideológico, mesmo que o mantra de moralidade universal tente mascarar seu caráter profundamente político.

Para reforçar a “missão civilizatória” do ocidente, o movimento de direitos humanos é marcado pela metáfora dos selvagens contra as vítimas e os salvadores. O estado “bom” controla suas tendências demoníacas, purificando-se e internalizando os direitos humanos. O estado “mau”, ao seu turno, se expressa por meio de uma cultura iliberal, antidemocrática ou autoritária. A redenção ou salvação do estado depende, nesse sentido, unicamente, de sua submissão às normas de direitos humanos<sup>55</sup>. Portanto, para manter sua relativa independência e ser reconhecido pela comunidade internacional, o “outro”, o selvagem, deve aproximar-se, cada vez mais, do Ocidente e adotar os modelos jurídicos estipulados pelas mesmas potências hegemônicas que outrora foram suas antigas metrópoles.<sup>56</sup>

Como métrica do grau de civilização do “outro”, os direitos humanos tornaram-se mais do que um regime institucional, se tornaram uma ideologia universal, um padrão de legitimidade universalizado para o poder soberano, um vocabulário comum definidor do que é

proaches to international law and individual responsibility in internal conflict. *36 Stud. Transnat'l Legal Pol'y*, 185-210. 2004. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/stdtlp36&div=13&id=&page=>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 192.

<sup>50</sup> RAMINA, Larissa; HDIEFA, Amr. International humanitarian law and the Western imperial project: from the “exclusionary naturalism” to the “humanistic compulsion” for the “legitimate fighting”. *Revista de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 48, n. 2, p. 171-192, jul. 2020. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/56204>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 173.

<sup>51</sup> SAID, Edward. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. Trad. Tomás Rosa Buenos. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 21-22.

<sup>52</sup> MUTUA, Makau. The ideology of human rights. *Virginia journal of international law*, Virginia, Charlottesville, v. 36, n. 589, p. 589-657, 1996. Disponível em: [https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=journal\\_articles](https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=journal_articles). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 591.

<sup>53</sup> KOSKENIEMI, Martti. A política do direito internacional: 20 anos depois. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, 2018 p.30-40 Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4994/pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023. p.32-37.

<sup>54</sup> MUTUA, Makau. The ideology of human rights. *Virginia journal of international law*, Virginia, Charlottesville, v. 36, n. 589, p. 589-657, 1996. Disponível em: [https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=journal\\_articles](https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=journal_articles). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 607

<sup>55</sup> MUTUA, Makau. Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights. *Harvard International Law Journal*, Harvard, v. 42, p. 201-245, 2001. Disponível em: [https://digitalcommons.law.buffalo.edu/journal\\_articles/570/](https://digitalcommons.law.buffalo.edu/journal_articles/570/) Acesso em 07 abr. 2023. p. 201-203.

<sup>56</sup> SOUZA, Lucas Silva de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo)liberal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 200-222, 2019 Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5928/pdf> Acesso em 07 abr. 2023.p. 204.

justiça na sociedade civil global. Kennedy<sup>57</sup> entende ser perigoso esse empreendedorismo normativo universal, pois, ao defender-se que há uma convicção ética da comunidade internacional, pode-se inferir que existe, de fato, uma “comunidade internacional” pronta para apoiar seus pronunciamentos. E, desse modo, oculta-se que a linguagem absoluta de retidão e aspiração moral passou a ser usada estrategicamente como cobertura para objetivos políticos e interesses particulares revestidos da linguagem do universal.

Consequentemente, se reconhece o sofrimento dos “outros” sem abandonar o compromisso com o sistema que o produz e, às vezes, se legitima e desculpa o comportamento dos governos, estabelecendo padrões em que os danos são legítimos<sup>58</sup>. Em nome de valores universais, grande parte das guerras da atualidade já não se travam em nome do soberano a ser defendido, mas em prol da “comunidade internacional”. Ilustra essa imposição do universal a “intervenção humanitária” no Afeganistão, onde sobre o mesmo território, simultaneamente, se destruiu o país com bombas e “bondosamente” se promoveram os direitos humanos e a democracia.

Somente ao ser concluído o processo de humanização do “outro”, ele passa a ser protegido juridicamente. Até a conclusão desse processo, ele é um estranho, um vilão, uma pessoa incivilizada e indigna de proteção.<sup>59</sup> Tal realidade é agravada, segundo Said<sup>60</sup>, pelo fato de que, no atual mundo globalizado e interconectado, se reforçou os estereótipos pelos quais o Oriente é visto, por meio da propagação de informações cada vez mais

padronizadas — e que intensificam preconceitos acerca do “Oriente misterioso”. Dentre elas, por exemplo, a dicotomia simplista envolvendo a democrática e amante da liberdade Israel e os árabes maus, totalitários e terroristas. Entretanto, essa simplicidade não é ingênua e busca ocultar o interesse das grandes potências no oriente que envolvem pautas como a política do petróleo na região.

Ademais, a obsessão securitária decorrente, em especial da ameaça terrorista, se tornou o eixo de todas as estratégias de governança global. De tal modo que, na atualidade, o estado de exceção passa a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea, sendo, nas democracias ocidentais, progressivamente normalizado por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica de governo.<sup>61</sup>

A metáfora bélica tornou-se, no decorrer do século XXI, parte integrante do vocabulário político sempre que se trata de impor decisões consideradas de suma importância à segurança, servindo de justificativa para medidas extremas e ilegais tais como a prisão de Guantánamo viabilizada pelo USA *Patriot Act*.<sup>62</sup> Em defesa da legitimidade dessas medidas de exceção, Dunlap,<sup>63</sup> general estadunidense, alegou que muitos americanos ficaram exasperados com a inadequação da lei para a garantia de sua segurança básica. Por essa razão, eles apoiaram mudanças legislativas que concederam às autoridades responsáveis pela aplicação da lei poderes muito maiores às custas do resguardo da garantia de seus direitos individuais. Assim, considerando a disposição de seus pares em sacrificar suas próprias proteções

<sup>57</sup> KENNEDY, David. The international human rights regime: still part of the problem? In: DICKINSON, Rob *et al.* (ed.). *Examining Critical Perspective on Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 19-34. p. 22 e 26.

<sup>58</sup> KENNEDY, David. The international human rights regime: still part of the problem? In: DICKINSON, Rob *et al.* (ed.). *Examining Critical Perspective on Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 19-34. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/15749103/International%20Human%20Rights%20Regime%20CUP%202012.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 24.

<sup>59</sup> RAMINA, Larissa; HDIEFA, Amr. International humanitarian law and the Western imperial project: from the “exclusionary naturalism” to the “humanistic compulsion” for the “legitimate fighting”. *Revista de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 48, n. 2, p. 171-192, jul. 2020. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/56204>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 173-174.

<sup>60</sup> SAID, Edward. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. Trad. Tomás Rosa Buenos. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 38.

<sup>61</sup> AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção: homo sacer*, II. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 27-28.

<sup>62</sup> O ato, promulgado em 2001, anula, radicalmente, o estatuto jurídico do indivíduo estrangeiro suspeito de pôr em perigo “a segurança nacional dos Estados Unidos”. Ele passa a ser um sujeito juridicamente inominável e inclassificável que, além de não gozar do estatuto de prisioneiro de guerra, resguardado pela Convenção de Genebra, tampouco usufrui dos direitos garantidos ao acusado pelas leis estadunidenses. Os detentos em Guantánamo não são nem prisioneiros nem acusados, são objeto da mais ampla dominação de fato, sem limite temporal, fora da lei e do controle judiciário. AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção: homo sacer*, II. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 14.

<sup>63</sup> DUNLAP JÚNIOR, Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts*. Working Paper, Cambridge, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, 2001. Disponível em: <https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 18.

legais, resta desnecessário resguardar os supostos direitos de inimigos estrangeiros.

A fala do general elucidada o fato de que a lei e os direitos humanos se infiltraram na profissão militar, se tornando um vocabulário político e ético para marcar o poder legítimo e a morte justificável. Para Kennedy<sup>64</sup>, a moderna parceria entre guerra e lei, muitas vezes, é operacionalizada para tornar a causa justa e desresponsabilizar os países fazendo com que se perca a bússola moral e o senso de responsabilidade pela violência da guerra. A lei é utilizada para normalizar a matança e a destruição da batalha, pois, dependendo de como e quem se mata, trata-se de uma prerrogativa e não de um crime.

O Direito agora oferece as ferramentas retóricas e doutrinárias para fazer e desfazer a distinção entre guerra e paz, permitindo que as fronteiras da guerra sejam administradas estrategicamente e a guerra se torne “autodefesa”, “construção ou manutenção da paz” dentre tantas outras alcunhas. As virtudes de um poderoso vocabulário jurídico viabilizam que a lei se torne uma arma, de tal sorte que os militares americanos cunharam a palavra “*Lawfare*” junção de “*law*” (Direito) e “*warfare*” (guerra). Isto é, a lei como uma arma, um aliado tático, um ativo estratégico e um instrumento de guerra.<sup>65</sup>

Para Dunlap, *lawfare* significa a estratégia de usar ou abusar da lei para atingir um objetivo de combate<sup>66</sup>. Anteriormente, ele entendia *lawfare* como uma técnica utilizada pelo inimigo contra os Estados Unidos, sob a alegação de proteger inocentes. Tal uso, defendia ele, embora à primeira vista possa parecer que resultaria em menos sofrimento na guerra, na prática, colocava a

proteção dos “verdadeiramente” inocentes em risco.<sup>67</sup> Dentre os instrumentos que seriam considerados pelo general estadunidense como falaciosamente protetivos, tem-se aqueles que, como a Convenção de Ottawa, não reconhecem as virtudes humanitárias das armas. As bombas terrestres proibidas pela referida convenção, no entendimento de Dunlap, ainda que possam vitimar inocentes desavisados, não são tão destrutivas por conter pouca quantidade de explosivos, o que pode salvar vidas. Partindo dessa premissa, ele defende que, mesmo as mais horríveis armas, inclusive as nucleares e os *lasers* que cegam, mas evitam a morte de combatentes e civis, podem ter um valor humanitário.<sup>68</sup>

O general critica, inclusive, o Tribunal Penal Internacional, alegando que os padrões internacionais não são necessariamente os mesmos que os americanos desejam aos seus concidadãos. Por outro lado, ele endossa as comissões militares para o julgamento de terroristas estrangeiros<sup>69</sup>. Essa contradição deriva do fato ressaltado por Zolo<sup>70</sup> de que o poder imperial é incompatível com o caráter geral da lei e com a igualdade jurídica dos sujeitos na ordem internacional, sendo ele a fonte soberana de um novo direito internacional que, face à ameaça do terrorismo global, pode proclamar uma espécie de “estado de exceção” global e permanente.

A investigação, ao longo deste subcapítulo, elucidou que, tal como ocorreu no colonialismo, na atualidade, permanece um discurso civilizatório mascarado de humanitário que legitima a crescente intromissão pelos países hegemônicos nas soberanias dos estados do terceiro mundo<sup>71</sup>. Portanto, ainda que, na atualidade, o ocidente alegue dar lições de democracia a culturas e

<sup>64</sup> KENNEDY, David. The international human rights regime: still part of the problem? In: DICKINSON, Rob *et al.* (ed.). *Examining Critical Perspective on Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 19-34. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/15749103/International%20Human%20Rights%20Regime%20CUP%202012.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 27-28.

<sup>65</sup> KENNEDY, David. The international human rights regime: still part of the problem? In: DICKINSON, Rob *et al.* (ed.). *Examining Critical Perspective on Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 19-34. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/15749103/International%20Human%20Rights%20Regime%20CUP%202012.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 30-31.

<sup>66</sup> DUNLAP JR, Lawfare. Today...and Tomorrow. In: PEDROZO, Raul; WOLLSCHLAEGGER, Daria P. *International Law and the Changing Character of War*, 2011. p. 315-325 Disponível em: [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/2465/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2465/). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 315.

<sup>67</sup> DUNLAP JÚNIOR, Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts*. Working Paper, Cambridge, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, 2001. Disponível em: <https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 4.

<sup>68</sup> DUNLAP JÚNIOR, Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts*. Working Paper, Cambridge, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, 2001. Disponível em: <https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 14-15.

<sup>69</sup> DUNLAP JÚNIOR, Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts*. Working Paper, Cambridge, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, 2001. Disponível em: <https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 17.

<sup>70</sup> ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores De Nuremberg a Bagdad*. Trad. Elena Bossi. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 142-143.

<sup>71</sup> AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção: homo sacer*, II. Trad. Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 131.

tradições distintas, a “guerra ao terror” e as “intervenções humanitárias” trazem à baila o fato de ser extremamente frágil a confortável alegação de que, após a queda do muro de Berlim e a vitória do modelo democrático estadunidense, vive-se em um “Estado democrático de direito” regido pelo “império da lei”.

Portanto, o uso da lei no discurso bélico torna matar, mutilar, humilhar e ferir pessoas ações legalmente autorizadas, permitidas e justificadas, mostrando o lado mais sombrio do direito. Assim,

formas de infração são produzidas e institucionalizadas, a indiferença e o abandono, justificados, a parte humana do Outro, violada, velada ou ocultada, e certas formas de enclausuramento, ou mesmo de condenação à morte, tornadas aceitáveis<sup>72</sup>.

Mais uma vez, medidas de exceção apresentam um claro teor racista, com a peculiaridade de estarem normalizadas como técnicas de governança local e global sob a égide de um falacioso discurso humanitário que ignora as estruturas e instituições responsáveis pela perpetuação da dependência e promoção de conflitos nas regiões periféricas. No segundo capítulo do trabalho, esse tema é aprofundado com base na análise da tribunalização do direito penal em sede internacional.

### 3 Do “olho da lei” aos “olhos” da comunidade internacional: cegueira ou lucidez?

A proliferação de tribunais, no âmbito do Direito Internacional, é geralmente vista como fruto do amadurecimento disciplinar que culmina na conclusão de sua estrutura institucional. Assim, acredita-se que, ao se tratar de uma abordagem orientada por regras, esse ramo jurídico, ligado às relações internacionais, se distanciará da política, aproximando-se mais do Estado de Direito, *do rule of law*. Tal aproximação é vista, ao longo da história, como condição precípua para o progresso social e a proteção do cidadão (agora global), das ações despóticas do poder soberano, apesar das fragilidades dessa tese exposta no primeiro capítulo.

Neste capítulo, é proposta, de forma panorâmica, uma análise do processo de tribunalização que passou dos “olhos da lei” doméstica aos “olhos” da comuni-

dade internacional o papel de vigilante ininterrupto dos “cidadãos globais” e do desenvolvimento do Direito Penal Internacional. Para tanto, no primeiro subcapítulo, expõe-se a construção desse novo paradigma e investigam-se as fraquezas a ele inerentes. No segundo subcapítulo, investiga-se se, de fato, o Tribunal Penal Internacional dá indícios de ter como seus pilares de sustentação a parcialidade e apoliticidade ou se, às vezes, a visão dos olhos da “comunidade internacional” é pouco lúcida ou, inclusive, cega. Para tanto, será realizada uma breve análise comparativa do tratamento dado pela promotória e membros do tribunal às ilegítimas “Guerra ao Terror” e à Guerra na Ucrânia.

#### 3.1 Dos tribunais ad hoc ao Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal e a penalização seletiva do “outro”

Em 1948, com a Resolução n.º 260<sup>73</sup>, a Assembleia Geral das Nações Unidas defendeu a necessidade de uma corte penal internacional. No entanto, apenas em 17 de julho de 1998, adotou-se o Estatuto de Roma que instaurou o Tribunal Penal Internacional, findando, assim, a última etapa desse processo iniciado há quase meio século, mas retardado devido à polarização decorrente da Guerra Fria. Após a queda do Muro de Berlim, instauraram-se os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (1993) e Ruanda (1994), mas, somente com o referido estatuto, instaurou-se um tribunal permanente.

Esse processo de tribunalização, no âmbito internacional, articula-se à defesa de que a promoção da igualdade entre Estados somente ocorreria por meio da promoção dos princípios liberais do Iluminismo e seus

<sup>73</sup> Após a Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral, por meio da Resolução n.º 260(III)B de 19 de dezembro de 1948, solicitou à Comissão de Direito Internacional um estudo sobre a viabilidade de criação de uma Jurisdição Penal Internacional encarregada de julgar pessoas acusadas de crimes de genocídio e outros crimes que viriam a ser da competência desse órgão em decorrência de tratados internacionais. Entretanto, em 1954, a Assembleia Geral, por meio das Resoluções n.º 898 (IX) de 14 de dezembro de 1954 e n.º 1187 de 11 de dezembro de 1957, decidiu adiar o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional. Mais informações sobre o processo de formação da jurisdição internacional em matéria penal em: GORAIEB, Elizabeth; MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. A ampliação da jurisdição internacional: o surgimento de uma jurisdição internacional em matéria penal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 2, p. 244-267, 2022. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8512>. Acesso em: 03 ago. 2023. 261.

<sup>72</sup> MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. Trad. Maria lança. 1. ed. Lisboa: Antígona, 2014. p. 66.

corolários lógicos, como o Estado de Direito e, para tanto, torna-se imprescindível que eles sejam estendidos e aplicados na organização internacional da sociedade, tal como no âmbito doméstico<sup>74</sup>.

Ainda que essa tese seja extremamente contraditória, tal como foi atestado ao longo do primeiro capítulo do trabalho, sob esse viés, o processo de tribunalização é visto como positivo, sendo considerada a criação de tribunais como o reconhecimento por parte dos Estados da importância do Estado de Direito em suas relações e a forma mais fecunda para catalisar o enfrentamento dos desafios decorrentes de um mundo globalizado.

Nesse novo paradigma, dá-se início a uma abordagem orientada por regras, cujos beneficiários são toda a comunidade de estados. Isso espelha o impulso liberal de escapar da política e a crença absoluta do iluminismo na imparcialidade do “olho da lei” que ignora, tal como destaca Chimini,<sup>75</sup> o fato de que a linguagem do direito sempre desempenhou um papel significativo na legitimação de ideias dominantes, justamente devido ao seu discurso ser associado à racionalidade, neutralidade, objetividade e justiça.

Com a crença liberal/positivista arraigada no Direito, entende-se que os tribunais internacionais libertarão a comunidade global do político, pois sua racionalidade técnica, instrumental e apolítica viabiliza que as regras sejam aplicadas e cumpridas com um grau aceitável de certeza e previsibilidade, e as partes gozem da proteção de seus direitos com base em princípios procedimentais equitativos.<sup>76</sup> No entanto, tal como no âmbito doméstico, as instituições jurídicas internacionais são atores extremamente politizados.

Face à ausência de análise das estruturas de poder existentes, não se explora o fato de que o conteúdo das normas do direito internacional é redigido pelo poder. Logo, na prática jurídica, as ambiguidades e incertezas são resolvidas pelo recurso a princípios jurídicos amplos e objetivos políticos moldados por visões coloniais do mundo e pelos aparatos conceituais que os sustentam.<sup>77</sup> Portanto, medidas como a “universalização” do Estado de Direito, muitas vezes, servem de instrumento operacionalizador de interesses ocultos mascarados de “bem comum”.

Ao proparlar-se a universalização do Estado de Direito, exige-se a presença da responsabilidade penal tanto na esfera internacional como na doméstica, pois, na visão liberal, não deve haver fora da lei e todos devem ser responsabilizados por seus atos<sup>78</sup>. No entanto, o Direito Penal internacional carrega a ideologia de que pode constituir-se como um sistema abrangente de lei e ordem que lembra os sistemas domésticos e, como tal, substitui a política nas relações internacionais. Tal afirmação parece destinada a criar decepção, na melhor das hipóteses, ou servir como uma cortina conveniente para os problemas estruturais do mundo.<sup>79</sup>

Megret<sup>80</sup> critica o fato de que o processo de tribunalização, no âmbito do Direito Penal Internacional, relaciona-se à “ideologia global da justiça penal internacional liberal”, tanto em sua origem quanto na sua ambição. É global em sua origem, porque emana de um mundo imerso nas poderosas forças da globalização, e, na sua ambição, por propor um quadro totalizante dentro do qual se analisa a ordem global. Trata-se de uma ideologia porque atua como um provedor coerente de

<sup>74</sup> KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: A política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, 2018 p. 5-29 Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4993/pdf> Acesso em 13 abr. 2023 p. 7-8.

<sup>75</sup> CHIMINI, Buphinder S., Third World Approaches to International Law: A Manifesto. *International Community Law Review*, Leiden, v. 8, p. 3-27, 2006. Disponível em: <https://www.jnu.ac.in/sites/default/files/Third%20World%20Manifesto%20BSChimni.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023p. 15.

<sup>76</sup> SKOUTERIS, Thomas. The New Tribunalism: Strategies of (De)Legitimation in the Era of International Adjudication. *Finnish Yearbook of International Law*, Helsinki, v. 17, p. 307-356, 2006. Disponível em: [https://www.academia.edu/2517281/The\\_New\\_Tribunalism\\_Strategies\\_of\\_De\\_Legitimation\\_in\\_the\\_Era\\_of\\_International\\_Adjudication?auto=download](https://www.academia.edu/2517281/The_New_Tribunalism_Strategies_of_De_Legitimation_in_the_Era_of_International_Adjudication?auto=download). Acesso em: 07 abr. 2023 p. 313.

<sup>77</sup> ANGHIE, Antony; CHIMNI, Buphinder S. Third world approaches to international law and individual responsibility in internal conflict. *36 Stud. Transnat'l Legal Pol'y*, 185-210. 2004. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/stdtlp36&div=13&id=&page=>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 208.

<sup>78</sup> KOSKENNIEMI, Martii. Between Impunity and Show Trials. *Max Planck UNYB*, n. 6. 2002. Disponível em: [https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb\\_koskenniemi\\_6.pdf](https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_koskenniemi_6.pdf). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 2.

<sup>79</sup> MEGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: a Critical Look at a Consensual Project. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 12, p. 193-247, 2001. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156086). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 239-240.

<sup>80</sup> MEGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: a Critical Look at a Consensual Project. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 12, p. 193-247, 2001. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156086). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 195.

símbolos e valores; e é liberal devido ao seu individualismo metodológico, sua crença no poder das regras e sua adesão absoluta ao credo do progresso.

Essa ideologia, em sua forma degenerativa neoliberal extrema, ilustrada, particularmente, nos Estados Unidos, reduz o Direito Penal a uma ferramenta de gestão de conflitos sociais. Por conseguinte, no âmbito internacional, ele pode se apresentar como a projeção global do estado mínimo neoliberal e seu gosto particular pela administração régia da lei e da ordem. Dois riscos correlatos parecem resultar dessa associação ideológica: em primeiro lugar, a justiça penal internacional promete mais do que é capaz, ao sugerir que a repressão criminal pode cuidar dos males mais urgentes do mundo, em segundo, e como resultado do primeiro risco, a justiça penal internacional pode servir para a inação da comunidade internacional em outros campos, como a iniquidade na distribuição global do capital.<sup>81</sup>

A despeito disso, os julgamentos internacionais são considerados como menos desestabilizadores de governos frágeis; menos propensos a ceder a objetivos de curto prazo de política nacional; viabilizadores da formação de juristas mais qualificados e experientes de estatura internacional com a capacidade de desenvolver progressivamente o direito de maneira uniforme e menos parcial<sup>82</sup>. Entretanto, esses benefícios não são condizentes com a realidade fática, pois, ainda que no Direito Penal Internacional a responsabilidade individual em conflitos internos devesse ser justa e aceitável a todas as partes, aos moldes atuais ela espelha as opiniões dos Estados dominantes.

Ilustra essa realidade o fato de que tanto os estatutos dos tribunais *ad hoc* como o Tribunal Penal Internacional sofrem de graves deficiências e conferem grandes poderes ao Conselho de segurança trazendo a lume o fato de que a participação e a democracia muitas vezes dão lugar ao poder<sup>83</sup>. Com isso, segundo Mégret,

<sup>81</sup> MEGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: a Critical Look at a Consensual Project. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 12, p. 193-247, 2001. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156086). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 208-209.

<sup>82</sup> ALVAREZ, Jose E. Lessons from the Akayesu Judgment. *Journal of International & Comparative Law*, v. 5, p. 359-370, 1999. Disponível em: <https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1215&context=ilsajournal>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 364.

<sup>83</sup> ANGHIE, Antony; CHIMNI, Buphinder S. Third world approaches to international law and individual responsibility in internal conflict. *36 Stud. Transnat'l Legal Pol'y*, 185-210. 2004. Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/stdt1p36&div=13&id=&page=>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 2.

empresta-se do político parte de sua retórica mais vil, reduzindo esses tribunais a uma aliança frouxa de estados liberais que os torna particularmente vulneráveis à manipulação política.<sup>84</sup>

Apesar disso, a justiça penal internacional suporta uma infinidade de tratamentos cosméticos que lhes conferem maior aceitabilidade, uma vez que ela é ligada à evolução da proteção internacional dos direitos humanos, de tal sorte que se acredita ser a primeira decorrente da segunda. Agravando esse fato, a necessidade de punição internacional decorre de uma indignação coletiva contra condutas hediondas, conferindo-lhe um matiz mais visceral e menos racional que torna justificáveis as violações de garantias do acusado reconhecidas internacionalmente.<sup>85</sup>

Essa fuga dos limites humanizadores torna o Direito Penal Internacional deformado e irreconhecível, e os seus limites meramente retóricos e convenientemente “racionalizados” com o objetivo de manter o *status quo*. Ao posicionar o mundo contra o indivíduo, se viabiliza o uso de valores amplos, como “paz mundial”, “segurança internacional” e “consciência da humanidade”. Por conseguinte, ceifa-se do acusado a garantia do devido processo penal e a paridade de armas, reduzindo os julgamentos internacionais em “tristes paródias processuais”.<sup>86</sup> Assim, é extremamente frágil o verniz de legitimidade que o retributivismo do direito penal internacional pode oferecer.

Apesar dessa proteção fina e facilmente desgastável, argumenta-se que os julgamentos envolvendo crimes contra a humanidade são capazes de cumprir com os objetivos inspirados em Nuremberg de preservar a memória coletiva, reivindicar e responder às necessidades

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/stdt1p36&div=13&id=&page=>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 2.

<sup>84</sup> MEGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: a Critical Look at a Consensual Project. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 12, p. 193-247, 2001. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156086). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 223.

<sup>85</sup> DISSENHA, Rui Carlo. Os fins da pena na Justiça Penal Internacional e a contribuição esclarecedora de Massimo Pavarini. In: CARVALHO, Salo de; GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada (org.). *Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 239.

<sup>86</sup> DISSENHA, Rui Carlo. Os fins da pena na Justiça Penal Internacional e a contribuição esclarecedora de Massimo Pavarini. In: CARVALHO, Salo de; GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada (org.). *Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 240-241.



das vítimas, afirmar o estado de direito nacional e internacional e promover reconciliação.<sup>87</sup> É considerado, portanto, um instrumento de registro e declaração da “verdade” ao mundo, cuja importância, para o início do processo de cura da vítima, é incontestável, pois, somente quando a injustiça por ela sofrida for publicamente reconhecida, haveria as condições necessárias para a recuperação do trauma e restauro de sua dignidade.<sup>88</sup> Omite-se, contudo, o fato de que, ao se responsabilizar uma pequena parcela de indivíduos processados por crimes de tamanha magnitude, provavelmente não se refletirá com precisão as condições que deram o terreno necessário para que atrocidades sejam perpetradas em grande escala.

Há muitas razões para questionar a ampla responsabilidade da comunidade internacional em conflitos sanguinários, todavia, os relatos liberais da justiça penal internacional sempre enfocam a dimensão individual da culpa considerada em abstrato.<sup>89</sup> Nos genocídios, por exemplo, todos os países hegemônicos são culpados por não os prevenir, entretanto, nas palavras de Mégret,<sup>90</sup> persiste o seguinte padrão: “[...] a justiça seja feita aos que empunham facões, e os Estados e as Nações Unidas se limitem, na melhor das hipóteses, ao árduo exame de relatórios das comissões”.<sup>91</sup>

Apesar desse paradigma imperar, para evitar tragédias, deve-se identificar como as instituições internacio-

nais contribuíram e quais as formas diretas pelas quais os Estados poderosos, responsáveis pela construção de novos mecanismos de responsabilização, podem ter promovido, ou pelo menos, falhado em prevenir, a violência que supostamente procuram reparar por meio deles. Caso contrário, corre-se o perigo de se reproduzir a missão civilizadora, pois, tendo em vista que os conflitos “internos” que atraíram a atenção da “comunidade internacional” ocorreram em regiões consideradas de terceiro mundo, torna-se senso comum a ideia de que a violência é endógena a essas sociedades.<sup>92</sup> Ignora-se, conseqüentemente, que o conflito étnico contemporâneo é inextricavelmente conectado tanto ao colonialismo quanto às relações econômicas Norte-Sul.

Dentre os casos que ilustram a responsabilidade das instituições e nações poderosas, tem-se o genocídio ocorrido na Iugoslávia. A compreensão liberal do ocidente minimizou, drasticamente, os aspectos políticos do conflito, o papel dos grupos de interesse ocidentais no fomento da hostilidade étnica e o fracasso em se responsabilizar os bombardeios da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN)<sup>93</sup>. Essas negligências, além de elucidarem o cinismo e negação das potências hegemônicas, ilustram a fragilidade do julgamento criminal internacional como instrumento de “verdade”. Nele, tenta-se reescrever a história logo após os aconte-

<sup>87</sup> ALVAREZ, Jose E. Lessons from the Akayesu Judgment. *Journal of International & Comparative Law*. v. 5, p. 359-370, 1999. Disponível em: <https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1215&context=ilsajournal>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 364.

<sup>88</sup> KOSKENNIEMI, Martii. Between Impunity and Show Trials. *Max Planck UNYB*, n. 6. 2002. Disponível em: [https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb\\_koskenniemi\\_6.pdf](https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_koskenniemi_6.pdf). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 4.

<sup>89</sup> MEGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: a Critical Look at a Consensual Project. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 12, p. 193-247, 2001. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156086). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 219.

<sup>90</sup> MEGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: a Critical Look at a Consensual Project. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 12, p. 193-247, 2001. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156086). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 236.

<sup>91</sup> “Let justice be meted to the machete-wielders, and states and the UN confine themselves —at best— to the arduous soul-searching of commission reports”. MEGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: a Critical Look at a Consensual Project. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 12, p. 193-247, 2001. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156086). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 236.

<sup>92</sup> ANGHIE, Antony; CHIMNI, Buphinder S. Third world approaches to international law and individual responsibility in internal conflict. *36 Stud. Transnat'l Legal Pol'y*, 185-210. 2004. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/stdtlp36&div=13&id=&page=>. Acesso em: 07 abr. 2023 p. 198 e 204.

<sup>93</sup> A promotora Carla Del Ponte entendeu que não havia “base” para abrir uma investigação sobre alegações de crimes de guerra cometidos pela OTAN durante a sua campanha aérea na região. Conseqüentemente, levantaram-se suspeitas quanto à sua parcialidade e o uso de um peso e duas medidas no exercício de seu arbítrio quando aplicado a poderes “amigáveis”. O Comitê responsável por analisar a imparcialidade da promotora inclusive reconheceu que as fontes da procuradoria eram limitadas e provinham essencialmente da OTAN, entidade responsável pelos alegados crimes. COTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 3, n. 1, 162-186, 2005. Disponível em: <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/3/1/162/888735?redirectedFrom=PDF>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 180-182. Os danos à vida civil, decorrentes dos bombardeamentos aéreos, foram grandiosos e incluíram, por exemplo, a destruição do complexo petroquímico Pancevo, nos arredores de Belgrado, contaminando a região com cloreto de vinilo, amônia, mercúrio, nafta e dioxinas, de tal modo que se recomendou o aborto às mulheres grávidas e as demais mulheres foram aconselhadas a evitar a gravidez durante dois anos. MBEMBE, Achille. *Necropolítica*: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Trad. Renata Santini. São Paulo: n-1 edições, 2018p. 50-51.

tecimentos, com base em evidências fragmentárias e influenciada por interpretações interessadas em um resultado concreto. No caso iugoslavo, inclusive, as fontes da procuradoria limitaram e originaram-se, essencialmente, da OTAN<sup>94</sup>.

Focar no indivíduo é interessante para manter o *status quo*, pois abstrai o contexto político, ou seja, descreve a atrocidade em termos de ações e intenções particulares. No entanto, a guerra nos Balcãs excedeu as intenções ou ações individuais. Por isso, segundo Koskenniemi<sup>95</sup>, a individualização não é neutra e deixa intactas as estruturas políticas, morais e organizacionais que viabilizaram o cometimento de atrocidades, servindo, inclusive, de alibi para a população em geral se eximir de responsabilidades.

Milosevic, durante seu julgamento pelo Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, alegou a hipocrisia na posição do promotor em não julgar a nação sérvia, na medida em que seus atos eram parte, não um desvio da normalidade social do passado recente do país. A estratégia escolhida por Milosevic visa, justamente, demonstrar os limites do julgamento criminal como instrumento de verdade material e de reconciliação política. Indo além, ele culpa a política ocidental pela destruição da Iugoslávia e pelas atrocidades cometidas no que havia sido seu território, jogando com causalidades estruturais complexas e interpretações de longo prazo que são difíceis de considerar em um julgamento formal<sup>96</sup>.

Ao acusar o Tribunal e as forças que estão por trás de sua criação, Milosevic procurou escrever a história das guerras dos Balcãs como uma continuação da política de dominação europeia que rasgou a península em pedaços, jogando seus povos uns contra os outros. Com essa tática, ele obteve duas vitórias: primeiro, o julgamento foi visto como fruto de uma dentre as várias interpretações do passado, configurando uma “justiça dos

vencedores”. Logo, a condenação do acusado não parece ter significado moral universal. Em segundo lugar, ele pode ser visto como um mártir da verdade histórica que ele representa e seu poder revolucionário.<sup>97</sup>

A mesma contradição é presente no julgamento do Tribunal Penal Internacional para a Ruanda. Historicamente, os colonizadores belgas favoreciam indivíduos identificados como tutsis, por razões racistas, já que eles apresentavam características mais “brancas”. Com o fortalecimento da elite tutsi na década de 1940, eles mudaram sua lealdade para população hutu no esforço de prolongar o domínio sobre a região. Ruanda conquistou sua independência em 1962 sob a liderança do líder hutu Grégoire Kayibanda, que impôs cotas de base étnica para acesso a escolas, indústrias e ao serviço público, limitando, significativamente, a participação tutsi nesses setores como resposta à opressão por eles perpetradas contra sua etnia.<sup>98</sup>

Tais medidas fizeram eclodir a violência sistemática e mútua entre os dois grupos. Entretanto, somente foi condenado o burgomestre, Akayesu, por genocídio, entendendo-se o estupro como parte das técnicas de genocídio utilizadas. Além disso, ocorreu a simplificação de que os hutus eram os únicos culpados e os tutsis totalmente inocentes. Essa contraditória e arbitrária distribuição de responsabilidades ocorreu em uma estrutura de competência definida fora do funcionamento normal da lei por meio de decisões do Conselho de Segurança.<sup>99</sup>

Ao colocar-se a responsabilidade por grandes tragédias nas costas de poucos, como as ocorridas em Ruanda e na Iugoslávia, as populações locais, dificilmente, consideram que a verdade foi exposta, as cicatrizes curadas e os “livros” do passado fechados. Fator, ainda, mais reforçado pela marginalização das vítimas ao não considerar, com profundidade, os seus interesses.

<sup>94</sup> KOSKENNIEMI, Martii. Between Impunity and Show Trials. *Max Planck UNYB*, n. 6. 2002. Disponível em: [https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb\\_koskenniemi\\_6.pdf](https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_koskenniemi_6.pdf). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 9.

<sup>95</sup> KOSKENNIEMI, Martii. Between Impunity and Show Trials. *Max Planck UNYB*, n. 6. 2002. Disponível em: [https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb\\_koskenniemi\\_6.pdf](https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_koskenniemi_6.pdf). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 13-14.

<sup>96</sup> KOSKENNIEMI, Martii. Between Impunity and Show Trials. *Max Planck UNYB*, n. 6. 2002. Disponível em: [https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb\\_koskenniemi\\_6.pdf](https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_koskenniemi_6.pdf). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 176-177.

<sup>97</sup> KOSKENNIEMI, Martii. Between Impunity and Show Trials. *Max Planck UNYB*, n. 6. 2002. Disponível em: [https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb\\_koskenniemi\\_6.pdf](https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_koskenniemi_6.pdf). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 31-32.

<sup>98</sup> SCHAACK, Beth Van. Engendering Genocide: The Akayesu Case Before the International Criminal Tribunal for Rwanda. *Santa Clara Digital Commons*, Santa Clara, 07 jan. 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1154259](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1154259). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 2-5.

<sup>99</sup> MEGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: a Critical Look at a Consensual Project. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 12, p. 193-247, 2001. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156086). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 221.

No caso ruandês, como elucida Schaack<sup>100</sup>, vários grupos de vítimas alegaram que suas experiências com o tribunal envolveram raiva, esperanças frustradas e indignação, pois consideraram-se as alegações de estupro, não centrais para a estratégia da promotoria, totalmente dispensáveis.

A reconciliação nacional demanda a participação efetiva no processo daqueles que devem ser reconciliados. Essa exigência não foi respeitada no tribunal *ad hoc* de Ruanda, tampouco no primeiro julgamento do Tribunal Penal Internacional (TPI) no qual não foram ouvidas as vítimas e as medidas reparatórias foram débeis. Em março de 2012, a Câmara de Julgamento do TPI emitiu sua sentença condenando Thomas Lubanga Dyilo, como coautor dos crimes de guerra de recrutar e alistar crianças menores de quinze anos para a *Union des patriotes congolais* (UPC), que ele presidia, e as *Forces patriotiques pour la libération du Congo* (FPLC), por ele comandada.<sup>101</sup>

Além das dúvidas acerca da necessidade de Lubanga ser processado pelo TPI, haja vista que ele já se encontrava sob custódia na República Democrática do Congo, o caso foi admissível perante o tribunal porque a promotoria se valeu das acusações relacionadas com criança-soldado. No julgamento, a criança-soldado é tratada como uma vítima passiva, psicologicamente devastada e irreparavelmente danificada, o que refletiu na análise de quais os melhores interesses de crianças soldados e as suas realidades. Consequentemente, as iniciativas reparatórias ficaram aquém das esperadas<sup>102</sup>. Essa narrativa, no entanto, foi reforçada para mobilizar a condenação do acusado, pois, como elucida Mutua,<sup>103</sup> a clareza moral sobre o mal do perpetrador e a inocência da vítima é uma distinção essencial para a opinião

pública ocidental. Logo, a vítima deve ser considerada simpática e inocente, caso contrário, é difícil mobilizar a indignação pública contra o criminoso.

Essa estratégia reforça uma série de preconceitos na consciência pública global. Dentre eles, a africanização do soldado infantil que é um fenômeno global; que todas as crianças-soldado são raptadas e forçadas a matar; que a devastação psicológica pós-conflito é enorme, dentre outros estereótipos.<sup>104</sup> Além disso, a credibilidade das crianças-soldado como testemunhas foi prejudicada por sua tipificação como vítimas passivas e incapazes. No caso Lubanga, a falha negligente da promotoria, em supervisionar os intermediários na coleta dos depoimentos, levou a crer que alguns testemunhos foram proferidos porque as ex-crianças/ soldados poderiam ter sido influenciadas(os) indevidamente. Por essa razão, a Câmara de Julgamento concentrou-se em fontes de vídeo e documentos, reduzindo a oportunidade de elas exporem a realidade que viveram.<sup>105</sup>

É fácil somente culpar Lubanga por recrutar crianças soldados sem eliminar os fatores estruturais que conspiram para facilitar o trabalho infantil, como comércio de armas pequenas e os interesses de Estados estrangeiros em sua exploração. Além de não se considerar esses problemas, ignoraram-se os danos que elas infligiram às comunidades. Majorando essa negligência, em decisão de 2009, a Câmara de Julgamento do TPI excluiu as pessoas prejudicadas pela conduta de crianças soldados de participar do processo penal contra Lubanga, haja vista que o interesse era de condená-lo somente pelo recrutamento infantil.<sup>106</sup>

Postas em destaques as incongruências presentes no processo de tribunalização e na persecução penal em sede internacional, não pode ser ignorado o seu papel em atizar as chamas dos conflitos e o fato de que ela

<sup>100</sup> SCHAACK, Beth Van. Engendering Genocide: The Akayesu Case Before the International Criminal Tribunal for Rwanda. *Santa Clara Digital Commons*, Santa Clara, 07 jan. 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1154259](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1154259). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 26.

<sup>101</sup> DRUMBL, Mark. The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldiering. *Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series Paper*, Sydney, n. 5, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2253494>. Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>102</sup> DRUMBL, Mark. The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldiering. *Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series Paper*, Sydney, n. 5, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2253494>. Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>103</sup> MUTUA, Makau. Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights. *Harvard International Law Journal*, Harvard, v. 42, p. 201-245, 2001. Disponível em: [https://digitalcommons.law.buffalo.edu/journal\\_articles/570/](https://digitalcommons.law.buffalo.edu/journal_articles/570/) Acesso em 07 abr. 2023 p. 230.

<sup>104</sup> DRUMBL, Mark. The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldiering. *Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series Paper*, Sydney, n. 5, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2253494>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 2.

<sup>105</sup> DRUMBL, Mark. The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldiering. *Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series Paper*, Sydney, n. 5, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2253494>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 17.

<sup>106</sup> DRUMBL, Mark. The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldiering. *Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series Paper*, Sydney, n. 5, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2253494>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 25.

atua, muitas vezes, como um elemento intrínseco da tessitura das narrativas de poder. Um alto nível de reprovção social pode ser interpretado como uma autorização ao uso da violência e a retórica da justiça, às vezes, promove a retórica da força, como se verifica nas intervenções humanitárias, na guerra ao terror promovidas pelos Estados Unidos e na invasão da Ucrânia pela Rússia.

### 3.2 A (a)politicidade e (im)parcialidade do Tribunal Penal Internacional e de sua promotoria: análise comparativa do tratamento dado às ilegítimas “guerra ao terror” estadunidense e a guerra da Rússia contra a Ucrânia

É propalada pelos Estados Unidos a tese, segundo a qual, o terrorismo dos pós 11 de setembro representou um evento, cuja “novidade” permitiu a inauguração de uma nova ordem normativa internacional. Nela, torna-se plausível o uso de “ferramentas” abomináveis, como a tortura e assassinatos seletivos, mas que, na “guerra ao terror”, devem ser disponibilizadas para promover a segurança do ocidente, em especial dos Estados Unidos, face à eminente ameaça terrorista. Pode-se, no entanto, facilmente desmascarar esse mito, substituindo os Estados Unidos por qualquer país alvo de ações por ele patrocinadas ou empreendidas como a Palestina, o Iraque e o Afeganistão.

Respostas sangrentas e condenáveis como os atentados terroristas são, na verdade, uma insurreição contra o amplo controle militar que os Estados Unidos e seus aliados, como Israel, exercem nos territórios dos países que foram, historicamente, o berço do Islã. Pois, nas palavras de Mbembe:

viver sob a ocupação contemporânea é experimentar uma condição permanente de ‘viver na dor’: estruturas fortificadas, postos militares e bloqueios de estradas em todo lugar; construções que trazem à tona memórias dolorosas de humilhação.<sup>107</sup>

O terrorismo também é um infeliz e criminoso protesto contra as crescentes diferenças de poder e riqueza, oriundas das medidas empreendidas pelas grandes potências industrializadas em oposição à grande maioria dos países fracos e pobres, aos quais pertencem, em grande medida, os países onde prevalece a fé islâmica.<sup>108</sup>

<sup>107</sup> MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. Trad. Renata Santini. São Paulo: n-1 edições, 2018. p. 68-69.

<sup>108</sup> ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores De Nuremberg a Bagdad*.

Okafor<sup>109</sup> alerta que o argumento de novidade, pós atentados às torres gêmeas, tem uma semelhança enervante com a estrutura dos tipos de reivindicações de novidade que as potências europeias implantaram nos séculos XVI e XIX para legitimar suas conquistas e ocupações imperiais no Terceiro Mundo. Nessa senda, Zolo<sup>110</sup> apregoa que o imperialismo adota uma retórica de legítima defesa que torna os instrumentos jurídicos necessários para facilitar a “guerra ao terror” como necessários para a sobrevivência do Ocidente e seus valores diante do surgimento de uma nova barbárie.

Essa retórica neocolonial é alimentada pela ideia de uma guerra entre o bem e o mal propalada com o auxílio das mídias em uma sociedade globalizada e informacional. Com fulcro na tese de legítima defesa face ao mal, George W. Bush, então presidente estadunidense, empreendeu a invasão do Afeganistão sob a alegação de que se tratava de uma ação de legítima defesa preventiva com base em provas consideradas, segundo ele irrefutáveis, mas que jamais foram publicizadas.<sup>111</sup>

Necessário consignar que inexistente, no Direito Internacional, a previsão da legítima defesa preventiva.<sup>112</sup> Conforme o art. 51 da carta da ONU, esse instituto jurídico deve ser utilizado para repelir um ataque, não para prevenir, e deve ser de forma proporcional e perpetuar-se somente até momento em que o Conselho de segurança tomar as medidas necessárias<sup>113</sup>. No en-

Trad. Elena Bossi. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 152-153.

<sup>109</sup> OKAFOR, Obiora Chinedu. Newness, Imperialism, and International Legal Reform in our Time: a TWAIL Perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 43, n. 1-2, p. 171- 191, 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1348&context=ohlj>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 187.

<sup>110</sup> ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores De Nuremberg a Bagdad*. Trad. Elena Bossi. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 116-117.

<sup>111</sup> Para uma melhor análise da ilegitimidade jurídica da agressão estadunidense ao Afeganistão, vide: RAMINA, Larissa. A intervenção militar norte-americana no Afeganistão: legítima defesa ou violação do direito internacional. *Crítica Jurídica: revista latinoamericana de política, filosofia y derecho*. Curitiba. n.20. p.149-60. Jan/jul.2002. Disponível em: [https://www.criticajuridica.org/index.php/critica\\_juridica/article/view/402](https://www.criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/402). Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>112</sup> Em caso envolvendo a Nicarágua e os EUA, a Corte Internacional de Justiça examinou, pela primeira vez, o regime jurídico internacional da legítima defesa e afirmou categoricamente que tanto nos casos de legítima defesa individual quanto coletiva, ela só pode ser exercida em seguida a uma agressão armada. RAMINA, Larissa. A intervenção militar norte-americana no Afeganistão: legítima defesa ou violação do direito internacional. *Crítica Jurídica: revista latinoamericana de política, filosofia y derecho*. Curitiba. n.20. p.149-60. Jan/jul.2002. Disponível em: [https://www.criticajuridica.org/index.php/critica\\_juridica/article/view/402](https://www.criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/402). Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>113</sup> ONU. *Carta das Nações Unidas*. 1945. Disponível em: <http://www>.

tanto, recentemente, tal como fez Bush, o presidente russo Vladimir Putin, para justificar a guerra na Ucrânia, apregoou tratar-se do exercício de legítima defesa preventiva.

Em declaração pública, ocorrida em 24 de fevereiro de 2022, o líder russo, inicialmente, discorreu sobre o histórico de violações anteriores do direito internacional pelos estados ocidentais, dentre elas a “Guerra ao terror” e os bombardeios da OTAN na Sérvia em 1999. E proclamou:

em geral, tem-se a impressão de que praticamente em todos os lugares, em muitas regiões do mundo, onde o Ocidente vem estabelecer sua própria ordem, os resultados são feridas sangrentas, não cicatrizadas, úlceras do terrorismo internacional e do extremismo.<sup>114</sup>

Trata-se de uma estratégia inteligente, pois, ainda que não justifique a condenável agressão russa à Ucrânia, ao colacionar violações anteriores do Direito Internacional perpetradas por aliados ocidentais, torna-se mais difícil que os líderes desses países critiquem Putin de forma persuasiva. Após, Putin<sup>115</sup> alega a ameaça representada à Rússia pela expansão da OTAN,<sup>116</sup> o controle do Ocidente sobre os “nazistas” na Ucrânia e a

implantação de armas sofisticadas, incluindo nucleares no país. Finalmente, ele argumenta que a Rússia está promovendo uma espécie de intervenção humanitária que visa impedir e prevenir o “genocídio”<sup>117</sup> de russos no leste da Ucrânia, assim como alega defender as autoproclamadas repúblicas independentes de Donetsk e Luhansk<sup>118</sup> e a região da Crimeia.<sup>119</sup>

<sup>117</sup> LIMA, Lucas Carlos. As medidas cautelares da Corte Internacional de Justiça no caso entre Ucrânia e Federação Russa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 32-38, 2022. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/8392/pdfAcesso> em: 07 abr. 2023 p. 35.

<sup>118</sup> As autoproclamadas repúblicas populares de Donetsk e Luhansk surgiram em 2014 como resultado da troca de liderança política no país decorrente dos protestos na Praça Maidan. O famoso “Euro-maidan” consistiu em um golpe de Estado orquestrado pelos EUA com o intuito de pôr fim ao governo alinhado à Rússia de Yanukovich. A crise iniciou quando, no governo de Yanukovich, a Ucrânia afastou-se dos diálogos com a União Europeia e promoveu maior aproximação com a Rússia. Yanukovich optou por celebrar acordo com Moscou, envolvendo um empréstimo bilionário e descontos no preço do gás exportado para o país. Em 2014, a população do lado ocidental do país reagiu com violência ao acordo e ocupou o prédio da prefeitura de Kiev e a Praça da Independência, pressionando o governo para celebrar acordo com a União Europeia e não com a Rússia. O movimento teve forte influência europeia e estadunidense devido aos interesses envolvidos. Por exemplo, havia por parte dos EUA grande temor de que Yanukovich levasse a Ucrânia a aderir à União Econômica Eurasiana, encabeçada pelo presidente Vladimir Putin e que as jazidas de gás de xisto, gás natural e petróleo, na Crimeia e no litoral do Mar Negro, fossem geridas pela companhia russa Gazprom, que já controlava cerca de 1/5 das reservas de gás existentes no mundo. Além disso, o acordo da Ucrânia com a União Europeia envolvia não apenas interesses econômicos e comerciais, mas também outros objetivos, como a inclusão da Ucrânia dentro da estrutura militar da OTAN abrindo as portas para a instalação de bases militares e de tropas na fronteira com a Rússia. O governo reprimiu fortemente as manifestações, o que somente aumentou a tensão na capital ucraniana, culminando na deposição de Yanukovich do cargo em fevereiro de 2014 pelo parlamento ucraniano. MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *A Desordem Mundial: o espectro de total dominação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

<sup>119</sup> Crimeia, situada no sudeste da Ucrânia, era parte da Rússia até 1954, quando foi transferida para a Ucrânia que na época integrava a União Soviética. No entanto, maior parte da população da Crimeia se considera russa e adota o russo como idioma. Como reflexo da deposição do presidente pro-russo, Viktor Yanukovich, pelo parlamento ucraniano em 2014, foi apoiada pela grande maioria da população do território da Crimeia sua independência da Ucrânia e anexação à Rússia. Poucos dias após a deposição de Yanukovich, a maioria da bancada do parlamento da Crimeia votou de forma favorável à desvinculação do seu território em relação à Ucrânia e por sua anexação à Rússia. Em março de 2014, um referendo aprovou a anexação da Crimeia ao território russo por uma maioria de 96,7%, dos votos entre 1,2 milhão de eleitores. No dia seguinte ao referendo, o autoproclamado governo da Crimeia se declarou independente da Ucrânia e tomou medidas para se integrar ao território russo. Apesar da votação massiva, a Ucrânia, tampouco a ONU em duas resoluções da assembleia geral (A/RES/68/262 27/03/14 e A/RES/71/205 de 01/02/17), reconheceram a legitimidade da

[planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](https://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>114</sup> No original: “In general, one gets the impression that practically everywhere, in many regions of the world, where the West comes to establish its own order, the result is bloody, unhealed wounds, ulcers of international terrorism and extremism. All that I have said is the most egregious, but by no means the only examples of disregard for international law?”. THE SPECTATOR. *Full text*: Putin’s declaration of war on Ukraine. 24 fev. 2022. Disponível em: <https://www.spectator.co.uk/article/full-text-putin-s-declaration-of-war-on-ukraine>. Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>115</sup> THE SPECTATOR. *Full text*: Putin’s declaration of war on Ukraine. 24 fev. 2022. Disponível em: <https://www.spectator.co.uk/article/full-text-putin-s-declaration-of-war-on-ukraine>. Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>116</sup> A organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN/NATO) foi criada em 4 de abril de 1949, com o intuito de conservar a supremacia dos Estados Unidos e, especialmente, conter a União Soviética (URSS). Em contrapartida, no ano de 1955, a URSS envolveu militarmente os países da Europa Central e Oriental, sob seu domínio, com a celebração do Tratado de Varsóvia (Tratado de Amizade, Cooperação e Assistência Mútua), mas que foi extinto com o fim da guerra fria. Necessário destacar que, para que Moscou concordasse com a reunificação da Alemanha e sua permanência dentro da Aliança Atlântica, os EUA valeram-se da promessa de que a OTAN não se expandiria na região de fronteira e influência russa. Tal Compromisso foi expressamente violado, pois a organização persiste até então e expande sua esfera de influência em regiões do extinto Bloco Socialista. MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *A Desordem Mundial: o espectro de total dominação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.p. 129.

Tais justificativas posteriores à intervenção foram fortemente criticadas, no entanto, ainda que esse discurso apresente inconsistências óbvias, ele objetiva, em particular, conquistar a opinião pública nacional e desequilibrar os Estados ocidentais de modo a enfraquecer as críticas deles advindas. Com isso, a Rússia tem demonstrado, por meio de suas ações e declarações de seus representantes políticos e militares, um claro desejo de reinventar o direito internacional, derrubando alguns de seus princípios modernos, com o intuito de viabilizar a concretização dos interesses geopolíticos russos.<sup>120</sup>

A abordagem russa difere da abordagem do *lawfare* estadunidense que tende a negar a normatividade de regras que parecem contrárias aos interesses de uma determinada política externa. O posicionamento russo não censura um terceiro por um uso estratégico do direito internacional com o intuito de contornar a sua aplicação. Pelo contrário, ora se trata de afirmar que a lei está sendo contornada pelos outros, a fim de poder reivindicar sua estrita aplicação, ora de contorná-la ao tentar construir discursos justificadores.<sup>121</sup>

Indubitavelmente, tanto a Rússia como os EUA, independentemente das estratégias utilizadas, usam da “força” no sentido do Artigo 2 § 4º da Carta da ONU<sup>122</sup>,

---

consulta popular e houve ameaças e imposições de sanções pelos Estados Unidos e União Europeia. Desde então, a região é ocupada pela Rússia. Necessário destacar que os Estados Unidos e seus aliados da União Europeia não detinham condições políticas e militares para se oporem, efetivamente, à iniciativa da Rússia. Além disso, as potências ocidentais haviam defendido a declaração unilateral de independência de Kosovo, de 17 de fevereiro de 2008, na Corte Internacional de Justiça, que em 2010 exarou parecer defendendo que a declaração não violava o Direito Internacional e a Resolução n.º 1.244/99 do Conselho de Segurança. As fronteiras da Sérvia, com a separação do Kosovo, foram mudadas, não por meios pacíficos, mas por brutal intervenção militar da OTAN sem o aval do Conselho de Segurança da ONU. MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *A Desordem Mundial: o espectro de total dominação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 345.

<sup>120</sup> ANCELIN, Julien. La Fédération de Russie pratique-t-elle le lawfare? Quelques observations illustrées du conflit opposant la Fédération de Russie et l’Ukraine à propos de la situation en Crimée. *Annuaire français de relations Internationales*, p. 511-522, 2021. Disponível em: <https://www.cairn.info/annuaire-francais-de-relations-internationales--9782376510413-page-511.htm>. Acesso em: 17 abr. 2023. p. 521.

<sup>121</sup> ANCELIN, Julien. La Fédération de Russie pratique-t-elle le lawfare? Quelques observations illustrées du conflit opposant la Fédération de Russie et l’Ukraine à propos de la situation en Crimée. *Annuaire français de relations Internationales*, p. 511-522, 2021. Disponível em: <https://www.cairn.info/annuaire-francais-de-relations-internationales--9782376510413-page-511.htm>. Acesso em: 17 abr. 2023. p. 518.

<sup>122</sup> Art. 2º §4 “todos os Membros deverão evitar em suas relações

violando o Direito Internacional. A despeito disso, no Estado de Exceção contemporâneo, como alerta Zolo, a única função que as instituições internacionais parecem capazes de cumprir é de natureza adaptativa e legitimadora ante a incapacidade que detém de entrar em conflito com as estruturas de poder existentes.<sup>123</sup>

Ilustra essa realidade a paralisia da atuação do Conselho de Segurança em situações que envolvem seus membros permanentes. Na tentativa de obstar a continuidade da guerra na Ucrânia, foi proposta pelos EUA uma resolução no âmbito do conselho de segurança da ONU. Durante a votação, houve um jogo de acusações<sup>124</sup> entre os EUA e Rússia que elucida as condições que permeiam a vedação ao uso da força pela Carta da ONU e o quanto ela é interpretada de forma distinta conforme os interesses geopolíticos envolvidos. Por óbvio, a resolução foi vetada pela Rússia trazendo à baila, mais uma vez, a necessidade de se repensar o mecanismo do veto<sup>125</sup>.

Outro exemplo que elucida a fraqueza do sistema internacional em coibir atrocidades é o fato de o Tribunal Penal Internacional — além de não ter jurisdição sobre

---

internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.” ONU. *Carta das nações Unidas*. 1945.

<sup>123</sup> ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores De Nuremberg a Bagdad*. Trad. Elena Bossi. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 149.

<sup>124</sup> Ao apresentar o projeto de resolução, a embaixadora dos EUA, Linda Thomas-Greeneld, definiu a invasão da Ucrânia pela Rússia como “tão ousada, tão descarada” que ameaça o sistema internacional “como o conhecemos”. Após, como resposta ao veto da resolução pela Rússia, a embaixadora bradou: “você pode vetar esta resolução, mas não pode vetar nossas vozes; você não pode vetar a verdade; você não pode vetar nossos princípios; você não pode vetar o povo ucraniano; não pode vetar a Carta da ONU e você não vai vetar a responsabilidade”. Indo além, em tom de alerta, Linda afirmou que a resolução enviou “uma mensagem ao mundo de que as regras que construímos juntos devem ser defendidas, porque senão quem será o próximo”. Contrapondo a fala da estadunidense, o embaixador russo Vasily Nebenzya disse que o país que ela representa “fez da Ucrânia um peão em seu próprio jogo [...] esta resolução nada mais é do que mais um movimento brutal e desumano neste tabuleiro de xadrez ucraniano”. E incisivamente proclama que, com seu histórico de agressões contra outros países, os Estados Unidos não estavam em condições de moralizar. RUSSIA blocks Security Council action on Ukraine. *UN NEWS*, 26 fev. 2022. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2022/02/1112802>. Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>125</sup> O abuso do direito de veto não se trata de um problema novo, mas sim inerente ao modelo de segurança coletiva. Inclusive, durante a guerra fria, seu uso abusivo tanto por parte dos USA como da URSS inviabilizou o Conselho de Segurança de atuar em situações que envolviam interesses ou aliados desses países.

os Estados que não aderiram ao Tratado de Roma de 1998, como os Estados Unidos e Israel — ser, majoritariamente, financiado e apoiado pelo primeiro, assim como foram os tribunais *ad hoc*.

Por conseguinte, quando as grandes potências estão envolvidas, os membros do Tribunal e a promotoria parecem não ter a coragem ou o interesse necessário para iniciar uma investigação e um processo, o que torna pouco provável a consecução de seu objetivo declarado, ou seja, a pacificação do mundo. Face a essa realidade, Zolo<sup>126</sup> entende que há um “sistema dualista” de justiça internacional. De um lado, uma justiça feita sob medida para as grandes potências e suas autoridades políticas e militares usufruírem de absoluta impunidade e, do outro, uma “justiça dos vencedores” que se aplica aos povos derrotados, fracos e oprimidos.

O estatuto do TPI, ao contrário dos tribunais *ad hoc*, define como responsável pela filtragem dos casos que podem ser processados pelo tribunal não o Conselho de Segurança, mas sim a promotoria. Ainda que esse regramento diminua a subserviência do tribunal à política, a maioria dos casos de violência sistêmica, como, por exemplo, o conflito israelense-palestino, são involuacrados profundamente por fatores políticos, tornando pouco crível que a promotoria se envolva com tais problemáticas ou não seja tendenciosa em uma possível acusação.<sup>127</sup> Zolo<sup>128</sup> é pessimista quanto ao TPI e entende que, com a crescente concentração de poder em sede internacional, gera-se algo muito semelhante a uma “constituição” imperial do mundo, reduzindo qualquer tribunal internacional a um instrumento tendencioso nas mãos das grandes potências.

Além da possível influência política sobre a promotoria, reforça essa tese, de forma ainda mais grave, a criticável decisão da *Pre-Trial Chamber II* (PTC-II) do TPI<sup>129</sup> que transcendeu o papel dos juízes de contro-

ladores jurídicos para o de controladores políticos da conveniência da investigação. Necessário consignar que essa decisão respondeu às ameaças abertas de autoridades dos EUA<sup>130</sup> que, além de não reconhecerem a jurisdição do tribunal, afirmaram que iriam impor sanções contra o Tribunal Penal Internacional (TPI) se este desse prosseguimento a processos contra americanos por supostos abusos cometidos no Afeganistão.<sup>131</sup>

De modo condizente aos ditames estadunidenses, a PTC-II negou à procuradoria do Tribunal a autorização para iniciar uma investigação sobre a prática de crimes contra a humanidade e crimes de guerra na situação do

em: 07 de abr. 2023

<sup>130</sup> O então Conselheiro de Segurança Nacional, John Bolton, chamou o tribunal de ilegítimo e prometeu que os EUA fariam de tudo para proteger seus cidadãos. Bolton disse que qualquer atuação do TPI contra estadunidenses seria uma ameaça à soberania americana e segurança nacional dos EUA. Além disso, alegou que a jurisdição do tribunal desrespeita os freios e contrapesos e têm definições controversas e ambíguas que falham em deter e punir crimes atrozes. Indo além, em seu entendimento o TPI é “supérfluo” já que a administração dos Estados Unidos não reconhece nenhuma autoridade superior à da Constituição dos Estados Unidos”. De forma agressiva, o Conselheiro apregoou que “Não cooperaremos com o TPI. Não forneceremos assistência ao TPI. Não nos associaremos ao TPI. Deixaremos o TPI morrer por conta própria. Afinal, para todos os efeitos, o TPI já está morto para nós”. Dentre as medidas que seriam tomadas caso o TPI atuasse de forma contrária aos ditames estadunidenses, os juízes e promotores do tribunal seriam proibidos de entrar nos Estados Unidos e seus fundos nos países seriam minados. Indo além, Bolton afirma: “Vamos processá-los no sistema criminal dos Estados Unidos. Faremos o mesmo com qualquer empresa ou estado que ajude uma investigação de americanos pelo TPI”, disse Bolton. E mais “acordos bilaterais vinculantes” serão assinados para impedir que os países submetam cidadãos americanos à jurisdição do tribunal. BBC (Reino Unido). *John Bolton threatens ICC with US sanctions* BBC. Londres. 11 set. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45474864>. Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>131</sup> Dentre os abusos cometidos, tem-se o bombardeio promovido pelos EUA, no dia 03/10/2015, ao Centro de Trauma operado pela Organização Internacional dos Médicos Sem Fronteiras, localizado na cidade de Kunduz, no Afeganistão. Referido hospital foi completamente destruído e várias pessoas foram mortas ou ficaram feridas como resultado deste ataque. Essa conduta dos militares estadunidenses encontra-se tipificada como crime de guerra no Estatuto de Roma, ensejando ao TPI que exerça, com fulcro no artigo 12, 2, “a”, a sua jurisdição em relação a referidos indivíduos, mesmo que eles não sejam nacionais de um Estado-Parte de seu Estatuto tendo em vista que o crime foi cometido no território de um Estado-Parte. SILVA, Filipe Augusto; LIMA, Renata Mantovani de. Competência do TPI no caso do ataque ao hospital de Kunduz: uma análise envolvendo a jurisdição do TPI em relação a nacionais de Estados não-Parte do Estatuto de Roma. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017 p. 348-367 Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4800>. Acesso em: 13 abr. 2023. p. 350.

<sup>126</sup> ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores De Nuremberg a Bagdad*. Trad. Elena Bossi. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 13-14.

<sup>127</sup> MEGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: a Critical Look at a Consensual Project. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 12, p. 193-247, 2001. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156086). Acesso em: 07 abr. 2023. p. 221.

<sup>128</sup> ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores De Nuremberg a Bagdad*. Trad. Elena Bossi. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 85.

<sup>129</sup> Mais informações em: ICC. *Pre-Trial Chamber II. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*. Documento n. ICC-02/17. Decisão de 12 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>. Acesso

Afeganistão, apesar de o requerimento a ela apresentado em 2017 conter com grande detalhamento diversos fatos potencialmente criminosos e alcançados pela competência do TPI. A decisão reconheceu que a competência territorial estava evidenciada. No entanto, Segundo a PTC-II, as condutas indicadas estariam ligadas, incidentalmente, com a questão do Afeganistão, pois, ainda que prisões e as abduções das vítimas tenham ocorrido em solo afegão, os atos de tortura aplicados por agentes estadunidenses foram fora do território de um Estado-parte, o que inviabilizaria a competência do TPI. Com essa decisão, a corte desenvolveu uma jurisprudência protetiva de torturadores, autorizando que eles levem suas vítimas para “zonas neutras” e apenas ali pratiquem atos de violência de modo a se resguardar da jurisdição do TPI.<sup>132</sup>

Além dessa visão extremamente restritiva do Direito Internacional Humanitário — que criou uma escusa para o tribunal não ter que tratar dos crimes cometidos pelas forças estadunidenses<sup>133</sup> —, a PTC-II defendeu como fundamento de rejeição da investigação o fator financeiro alegando que ela demandaria muitos recursos. Dessa tese, pode-se inferir que, somente quando houver dinheiro, será viável a investigação. Logo, se houver um financiador “bem-intencionado”, ele pode direcionar doações para investigações específicas, tornando o TPI uma espécie de justiça a soldo.<sup>134</sup>

Em 5 de março de 2020, a Câmara de Recursos do TPI autorizou o escritório da promotoria a investigar os crimes de atrocidade cometidos no Afeganistão desde 1 de julho de 2002.<sup>135</sup> No entanto, em declaração do Procurador do Tribunal Penal Internacional, Karim A. A. Khan QC, destaca, tal como fizera a PTC-II, os limitados recursos disponíveis, decidindo, por essa razão, concentrar as investigações do Gabinete no Afeganistão em crimes alegadamente cometidos pelo Talibã e pelo Estado Islâmico, em detrimento de outros aspectos da investigação (em outras palavras, envolvendo os EUA). Em seu entendimento, a gravidade, escala e natureza contínua dos alegados crimes cometidos pelo Talibã e pelo Estado Islâmico, que incluem ataques indiscriminados a civis, execuções extrajudiciais dirigidas, perseguição de mulheres e meninas, crimes contra crianças e outros crimes afetam a população civil em geral e exigem recursos adequados de seu escritório<sup>136</sup>. Resta clara, mais uma vez, tal como criticado por Lechenakoski e Dissenha<sup>137</sup>, a monetarização das investigações, que reforça a ideia de que o TPI atua como uma justiça a soldo, e a falta de interesse de se investigar e processar crimes cometidos por agentes estadunidenses.

Face às críticas decorrentes da atitude do promotor que comprometia a legitimidade de seu escritório,<sup>138</sup> em 31 de outubro de 2022, a PTC-II,<sup>139</sup> ao decidir pedido

Acesso em: 07 abr. 2023 p. 507.

<sup>135</sup> ICC. Pre-Trial Chamber II. *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*. Documento n. ICC-02/17. Decisão de 12 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>. Acesso em: 07 de abr. 2023.

<sup>136</sup> ICC. *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A. A. Khan QC, following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan*. 27 set. 2021. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=2021-09-27-otp-statement-afghanistan>. Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>137</sup> LECHENAKOSKI, Bryan Bueno; DISSENHA, Rui Carlo. O caso Afeganistão no Tribunal Penal Internacional: como a “síndrome de Nuremberg” contaminou a corte. *Humus*, São Luís, v. 10, n. 28, p. 491-519, 2021. Disponível em: <http://www.periodicos eletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/13323/7818>. Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>138</sup> Dentre ela, em 5 de outubro de 2021, a Anistia Internacional emitiu uma declaração pública que previa que a abordagem da promotoria do TPI comprometeu a sua legitimidade e requereu uma investigação completa envolvendo todas as partes no conflito. Mais informações em: AMNESTY INTERNATIONAL. *Afghanistan: ICC prosecutor’s statement on Afghanistan jeopardises his office’s legitimacy and future*. *Amnesty International*, 5 out. 2021. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/wpcontent/uploads/2021/10/IOR5348422021ENGLISH.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

<sup>139</sup> ICC. Pre-Trial Chamber II. *Decision pursuant to article 18(2) of*

<sup>132</sup> LECHENAKOSKI, Bryan Bueno; DISSENHA, Rui Carlo. O caso Afeganistão no Tribunal Penal Internacional: como a “síndrome de Nuremberg” contaminou a corte. *Humus*, São Luís, v. 10, n. 28, p. 491-519, 2021. Disponível em: <http://www.periodicos eletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/13323/7818>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 491-500.

<sup>133</sup> Em entendimento diametralmente oposto referendando a tese de que há um peso e duas medidas no TPI, no dia 6 de maio de 2019, a sua Câmara de Recursos emitiu sentença na qual concluiu que a Jordânia não tinha motivos para se recusar a executar o pedido do TPI de prisão e entrega de Omar Al-Bashir, o então Chefe de Estado do Sudão, país que não faz parte do Estatuto de Roma. A Câmara, além de utilizar na fundamentação da sentença a controvérsia acerca da questão das imunidades no direito internacional consuetudinário, considerou que a imunidade do Presidente sudanês foi removida em virtude de resolução do Conselho de Segurança. GALAND, Alexandre. *A Hidden Reading of the ICC Appeals Chamber’s Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir*. *EJIL:Talk!*, 2019. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/a-hidden-reading-of-the-icc-appeals-chambers-judgment-in-the-jordan-referral-re-al-bashir/>. Acesso em: 07 abr. 2023. p. 1.

<sup>134</sup> LECHENAKOSKI, Bryan Bueno; DISSENHA, Rui Carlo. O caso Afeganistão no Tribunal Penal Internacional: como a “síndrome de Nuremberg” contaminou a corte. *Humus*, São Luís, v. 10, n. 28, p. 491-519, 2021. Disponível em: <http://www.periodicos eletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/13323/7818>.



do Governo do Afeganistão de 26 de março de 2020 que visava ao adiamento da investigação da Promotoria com fulcro no artigo 18(2) de Estatuto de Roma,<sup>140</sup> autorizou a promotoria a retomar a investigação. Entretanto, a PTC-II enfatizou que a autorização se refere a todos os supostos crimes que se enquadram na situação e no conflito, tal como apregoado no momento da decisão da Câmara de Recursos que autorizou, em 5 de março de 2020, a investigação.

Em 22 de novembro de 2022, a promotoria recorreu de parte da decisão da PTC-II por entender que a Câmara cometeu um erro no parágrafo 59 da sentença, ao limitar o alcance da situação a apenas os crimes enquadrados na situação e no conflito, tal como existia à época da decisão que autorizou a investigação e com base no pedido de abertura. Destarte, a decisão impugnada limitou o escopo pessoal e material da investigação para excluir qualquer crime cometido por novas partes, incluindo o Estado Islâmico-Khorasan, responsável pelo ataque a bomba nos arredores do aeroporto de Cabul na no dia 26 de agosto de 2021, dentre outros. No dia 14 de abril de 2023, a Câmara de Recursos decidiu em sentido favorável ao recurso interposto pela promotoria ao determinar que o parágrafo 59 da referida decisão seja alterado para se alinhar com o escopo da investigação do promotor em relação a todos os supostos crimes cometidos no território do Afeganistão no período desde 1º de maio de 2003, incluindo aqueles que tenham nexos com o conflito armado no Afeganistão e tenham sido cometidos no território de outros Estados Partes no período desde 1º de julho de 2002.<sup>141</sup>

*the Statute authorising the Prosecution to resume investigation.* Documento n. ICC-02/17. Decisão de 31 de outubro de 2022. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022\\_06500.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022_06500.PDF). Acesso em: 13 abr. 2023.

<sup>140</sup> De acordo com o referido artigo, “[...] a State may inform the Court that it is investigating or has investigated its nationals or others within its jurisdiction with respect to criminal acts [...]. At the request of that State, the Prosecutor shall defer to the State’s investigation of those persons unless the Pre-Trial Chamber, on the application of the Prosecutor, decides to authorize the investigation.” ICC. Pre-Trial Chamber II. *Decision pursuant to article 18(2) of the Statute authorising the Prosecution to resume investigation.* Documento n. ICC-02/17. Decisão de 31 de outubro de 2022. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022\\_06500.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022_06500.PDF). Acesso em: 13 abr. 2023.

<sup>141</sup> ICC. THE APPEALS CHAMBER. *Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber II entitled “Decision pursuant to article 18(2) of the Statute authorising the Prosecution to resume investigation”.* Documento n. ICC-02/17. Decisão de 04 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd18041f79b.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023. p.

Todo ato criminoso deve ser responsabilizado; seja ele oriundo da ação de militares estadunidenses ou grupos extremistas. No entanto, o fato de a mesma promotoria que definiu a necessidade de se delimitar as investigações e excluir a investigação de crimes promovidos por estadunidenses, alegando a escassez de recursos econômicos, recorrer da decisão da PTC-II para alargar o escopo da investigação envolvendo novos atores e crimes conexos à guerra do Afeganistão reforça a controvérsia de sua imparcialidade.

Além dessa incongruência, em sentido distinto ao adotado quando verificava ou não a possibilidade de se responsabilizar penalmente cidadãos estadunidenses, o promotor Karim A. Khan encaminhou à presidência do TPI, no dia 1 de março de 2022, um memorando informando que pretendia apresentar à *Pre-Trial Chamber* um pedido de autorização para abrir uma investigação sobre a situação na Ucrânia. Posteriormente, o caso foi designado à *Pre-Trial Chamber II*<sup>142</sup>. No entendimento do promotor, apesar da Ucrânia não ser um Estado Parte do Estatuto de Roma, o país exerceu duas vezes suas prerrogativas de aceitar, legalmente, a jurisdição da Corte sobre supostos crimes sob o Estatuto de Roma ocorridos em seu território, caso a Corte opte por exercê-la.<sup>143</sup>

Khan defendeu que há uma base razoável para prosseguir com a investigação, porque há evidências de que ocorreram tanto crimes de guerra quanto crimes contra a humanidade. Além disso, o promotor afirmou almejar que a investigação abranja quaisquer novos supostos crimes que se enquadrem na jurisdição do seu Gabinete e apela o apoio de todos os Estados Partes e da comunidade internacional, pois a sua missão é de extrema importância e urgência para ficar refém da falta de suporte financeiro e de pessoal<sup>144</sup>. Ironicamente, a

20.

<sup>142</sup> ICC. The presidency. *Decision assigning the situation in Ukraine to Pre-Trial Chamber II.* Documento n. ICC-02/17. Decisão de 02 de março de 2022. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022\\_01686.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022_01686.PDF). Acesso em: 07 abr. 2023.

<sup>143</sup> A primeira declaração apresentada pelo Governo da Ucrânia aceitou a jurisdição do TPI relativamente a alegados crimes cometidos no território ucraniano de 21 de novembro de 2013 a 22 de fevereiro de 2014.

<sup>144</sup> ICC. *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine.* “I have decided to proceed with opening an investigation.”. 18 fev. 2022. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>. Acesso em: 07 abr. 2023.

limitação de recursos disponíveis, foi, como já explanado, a alegação utilizada por Khan para tentar justificar a anterior restrição das investigações do Gabinete no Afeganistão aos crimes cometidos pelo Talibã e o Estado Islâmico.

Posteriormente, no dia 22 de fevereiro de 2023, Khan apresentou pedido à Câmara de Instrução II do Tribunal Penal Internacional para a expedição de mandados de prisão no contexto da situação na Ucrânia. No dia 23 de março, a PTC-II emitiu mandados de prisão do presidente russo Vladimir Putin e de Maria Lvova-Belova, Comissária para os Direitos da Criança no Gabinete do Presidente da Federação Russa. A Câmara afirmou que há motivos razoáveis para acreditar que ambas as autoridades têm responsabilidade criminal pela deportação e transferência ilegais de crianças de áreas ocupadas da Ucrânia para a Federação Russa, contrariando o artigo 8(2)(a)(vii) e o artigo 8(2)(b)(viii) do Estatuto de Roma.<sup>145</sup>

Os incidentes identificados pelo gabinete da Promotoria incluem a deportação de pelo menos centenas de crianças retiradas de orfanatos e lares de acolhimento de crianças ucranianos. Segundo a promotoria, esses atos demonstram a intenção de remover permanentemente essas crianças de seu próprio país. Nas palavras de Khan:

devemos garantir que os responsáveis pelos supostos crimes sejam responsabilizados e que as crianças sejam devolvidas às suas famílias e comunidades. Como afirmei na época, não podemos permitir que as crianças sejam tratadas como se fossem espólios de guerra.<sup>FONTE</sup>

Indo além, ele afirma “desde que assumi o cargo de promotor, enfatizei que a lei deve fornecer abrigo aos mais vulneráveis na linha de frente e que também devemos colocar as experiências das crianças em conflito no centro de nosso trabalho”.<sup>146</sup>

A Câmara considerou que o sigilo dos mandados é necessário para proteger vítimas e testemunhas, assim

como salvaguardar a investigação. No entanto, ciente de que a conduta abordada na presente situação está supostamente em curso, e que a divulgação pública dos mandados pode contribuir para prevenir a continuação da prática de crimes, a Câmara considerou que é do interesse da justiça divulgar publicamente a existência dos mandados, o nome dos suspeitos, os crimes pelos quais os mandados são expedidos e as modalidades de responsabilidade estabelecidas pela Câmara<sup>147</sup>.

As autoridades russas, tal como fizeram as estadunidenses no caso envolvendo o Afeganistão, para evitar qualquer penalização de seus cidadãos, negaram a autoridade do TPI. Dentre elas, o porta-voz russo Dmitry Peskov ao afirmar que:

Consideramos a própria colocação da questão ultrajante e inaceitável. A Rússia, como vários estados, não reconhece a jurisdição deste tribunal e, portanto, quaisquer decisões desse tipo são nulas e sem efeito para a Federação Russa do ponto de vista da lei<sup>148</sup>.

Do mesmo modo, Maria Zakharova, porta-voz do Ministério das Relações Exteriores, disse que o tribunal “não tem significado” para o país, “inclusive do “ponto de vista jurídico”, pois “a Rússia não é membro do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e não tem obrigações sob ele. A Rússia não coopera com este órgão, e possíveis [pretensões] de prisão vindas da Corte Internacional de Justiça serão legalmente nulas e sem efeito para nós”.<sup>149</sup>

A atuação contraditória do promotor Karim Khan e a vexatória sentença da PTC-II, somadas à negação do Direito pelos EUA e Rússia quando lhes convém, rememoram o fato de que não se pode olvidar as origens do direito Internacional e a sua contínua cumplicidade com os poderes hegemônicos. O “olho da lei” e os “olhos” da comunidade internacional historicamente ou fazem vista grossa às grandes atrocidades mundiais, ou mas-

<sup>145</sup> ICC. *Statement by Prosecutor Karim A. A. Khan KC on the issuance of arrest warrants against President Vladimir Putin and Ms Maria Lvova-Belova*. 17 mar. 2023. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-karim-khan-kc-issuance-arrest-warrants-against-president-vladimir-putin>. Acesso em: 16 abr. 2023.

<sup>146</sup> ICC. *Statement by Prosecutor Karim A. A. Khan KC on the issuance of arrest warrants against President Vladimir Putin and Ms Maria Lvova-Belova*. 17 mar. 2023. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-karim-khan-kc-issuance-arrest-warrants-against-president-vladimir-putin>. Acesso em: 16 abr. 2023.

<sup>147</sup> ICC. *Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova*. 23 mar. 2023. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>Acesso em: 16 abr. 2023.

<sup>148</sup> CNN. *ICC issues war crimes arrest warrant for Putin for alleged deportation of Ukrainian children*. 17 mar. 2023. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2023/03/17/europe/icc-russia-war-crimes-charges-intl/index.html>. Acesso em: 16 abr. 2023.

<sup>149</sup> CNN. *ICC issues war crimes arrest warrant for Putin for alleged deportation of Ukrainian children*. 17 mar. 2023. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2023/03/17/europe/icc-russia-war-crimes-charges-intl/index.html>. Acesso em: 16 abr. 2023.

caram as violências infligidas de bondade. Apenas os “vencidos” são perseguidos e condenados penalmente, pois, tal como outrora, nas palavras de Dissenha:

[...] a conformação do tabuleiro internacional, na sua atual forma, não comporta um universalismo punitivo. E tudo indica que, portanto, ela não será menos seletiva no futuro. Sem espaço para um direito igualitário, resta apenas uma justiça penal dos vencedores.<sup>150</sup>

Por decisão de Joe Biden<sup>151</sup>, as tropas estadunidenses foram retiradas do Afeganistão no dia 30 de agosto de 2021, pouco antes do atentado às torres gêmeas completar 20 anos. Com a retomada das lideranças talibãs ao poder, torna-se duvidosa a vitória dos Estados Unidos na “intervenção humanitária”, destinada a exportar o modelo de democracia liberal estadunidense ao solo afegão. Entretanto, no âmbito judicial, com a decisão da PTC-II e a criticável atuação da promotoria, indubitavelmente o país saiu vitorioso. Quanto à invasão na Ucrânia, é evidente que a Rússia, de forma lamentável e ilegal, tal como reiteradamente faz os EUA, se valeu do Direito Internacional com o intuito de promover os seus interesses geopolíticos. No que tange à investigação e ao processamento pelo TPI, somente se terá um melhor delineamento quanto à atuação tribunal à medida em que avançar o processo, mas desde já se vislumbra com certa clareza a parcialidade da promotoria. Em ambos os casos, sem dúvida se traz à baila a blindagem política e jurídica das potências econômicas que faz com que persista a constatação de que os tribunais internacionais *ad hoc* e o Tribunal Penal Internacional, muitas vezes, atuam como uma verdadeira “justiça dos vencedores”.

<sup>150</sup> DISSENHA, Rui Carlo. Os fins da pena na Justiça Penal Internacional e a contribuição esclarecedora de Massimo Pavarini. In: CARVALHO, Salo de; GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada; (org.). *Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 247.

<sup>151</sup> A derrota estadunidense é, inclusive, propalada pelas mídias do norte global, como se verifica em: BBC. Afeganistão: Retirada dos EUA foi pior decisão de Biden?: decisão de presidente americano Joe Biden de retirar tropas do Afeganistão pode ser a mais importante de sua presidência, escreve Jon Sopel. *G1*. Rio de Janeiro, 15 ago. 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/08/15/afeganistao-retirada-dos-eua-foi-pior-decisao-de-biden.ghtml>. Acesso em: 07 abr. 2023.

## 4 Considerações finais

Ao longo deste estudo, tornou-se assente o entendimento que a figura antropomórfica do “olho da lei” sempre apresentou uma visão distorcida. A exclusão, o genocídio perpetrado durante as colonizações pelos povos “civilizados” e a exceção de matiz racial sempre existiram, mas não foram compreendidas como tal até os pós grandes guerras. Nesse novo paradigma, há uma universalização do humano que culminou na internacionalização do discurso humanitário e na consolidação de uma “comunidade internacional”.

No entanto, os “olhos” dessa dita comunidade, mais uma vez, permanecem cegos para a injustiça ou, na melhor das hipóteses, apresenta uma visão pouco lúcida. Além de as potências hegemônicas se valerem dos Direitos Humanos para justificar intervenções que violam esses mesmos direitos com o intuito de promover seus interesses geopolíticos, os tribunais internacionais *ad hoc* e o Tribunal Penal Internacional, muitas vezes, chance-lam tais práticas atuando como uma verdadeira “justiça dos vencedores”.

Destarte, a responsabilidade penal, em sede internacional, fornece um manto de moralidade de que a inércia estatal não será mais desculpa para a não penalização dos maiores criminosos do mundo. Por outro lado, as condenações atuam mais como uma forma de gestão cega e omissa de conflitos sociais em nível global que estigmatiza determinadas regiões planetárias consideradas “primitivas” e que, por isso, precisam ser civilizadas. Resta claro, portanto, o fato de que o Direito, em especial o Direito Penal Internacional, é extremamente politizado e seletivo, reforçando estereótipos ao não penetrar sua capacidade persecutória nos países “civilizados”.

Com a personalização da responsabilidade penal em nível internacional de responsabiliza poucos para pro-palar a falaciosa ideia de que, pelo fato de alguns criminosos estarem atrás das grades, há real justiça. Não se aprofunda, contudo, na análise do conflito e do contexto maior que envolveram as condutas de criminosos condenados, como Lubanga, Akayesu e Milosevic. Por conseguinte, não se consegue eliminar, tampouco dirimir, os múltiplos fatores estruturais que fomentam a promoção de injustiças globais como a pobreza extrema, o trabalho infantil, o estupro e os conflitos étnicos. Além disso, ao se atribuir a culpa a poucos, se exime

a dos países hegemônicos pelo seu papel omissivo nas injustiças.

A despeito disso, permanece a crença na capacidade do “olho da lei” e dos “olhos da comunidade internacional” de vigiar e punir as injustiças sob o manto da ideologia liberal que fomenta o ideário de que os tribunais, inclusive em sede internacional, representam uma forma técnica e apolítica de julgamento. No entanto, indubitavelmente, o Direito Penal Internacional espelha os problemas do Direito doméstico, em especial o penal e o seu papel de controle social seletivo, o qual, no Tribunal Penal Internacional, é reforçado pela grande discricionariedade do promotor, cuja atuação, constantemente, é influenciada por questões políticas. Assim sendo, condenações envolvendo casos altamente politizados como a relação Israel e Palestina se tornam inviáveis. E, mais grave ainda, tal discricionariedade se apresenta na própria atuação do tribunal minando ainda mais o mito da apoliticidade que é o grande eixo fundador do TPI, tal como verificou-se na guerra no Afeganistão e no tratamento diferenciado conferido pela promotória à guerra na Ucrânia.

Por fim, conclui-se que, no século XXI, as medidas de exceção não exigem mais a interrupção do Estado democrático. Diversos mecanismos do autoritarismo são inseridos na no cotidiano “democrático” sob a égide da linguagem dos direitos e com a chancela de tribunais, como o TPI em sede internacional. No ideário hegemônico, a proteção dos Direitos Humanos demanda a violação desses direitos, visto que é apenas por meio de mais violência que se pode contrapor aquela perpetrada pelos “bárbaros” de modo a garantir mais e melhores meios de sobrevivência às populações “civilizadas” e àquelas que estão em “processo de civilização”.

## Referências

- AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção: homo sacer*, II. Trad. Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o Poder Soberano e Vida Nua*. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.
- ALVAREZ, Jose E. Lessons from the Akayesu Judgment. *Journal of International & Comparative Law*, v. 5, p. 359-370, 1999. Disponível em: <https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1215&context=ilsajournal>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- AMNESTY INTERNATIONAL. Afghanistan: ICC prosecutor's statement on Afghanistan jeopardises his office's legitimacy and future. *Amnesty International*, 5 out. 2021. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/wpcontent/uploads/2021/10/IO-R5348422021ENGLISH.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.
- ANCELIN, Julien. La Fédération de Russie pratique-t-elle le lawfare? Quelques observations illustrées du conflit opposant la Fédération de Russie et l'Ukraine à propos de la situation en Crimée. *Annuaire français de relations Internationales*, p. 511-522, 2021. Disponível em: <https://www.cairn.info/annuaire-francais-de-relations-internationales--9782376510413-page-511.htm>. Acesso em: 17 abr. 2023. p. 521
- ANGHIE, Antony; CHIMNI, Buphinder S. Third world approaches to international law and individual responsibility in internal conflict. *36 Stud. Transnat'l Legal Pol'y*, 185-210. 2004. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/stdtlp36&div=13&id=&page=>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.
- BBC (Reino Unido). John Bolton threatens ICC with US sanctions. BBC. Londres. *BBC*, 11 set. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45474864>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- BBC. Afeganistão: Retirada dos EUA foi pior decisão de Biden?: decisão de presidente americano Joe Biden de retirar tropas do Afeganistão pode ser a mais importante de sua presidência, escreve Jon Sopel. *G1*, Rio de Janeiro, 15 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/08/15/afeganistao-retirada-dos-eua-foi-pior-decisao-de-biden.ghtml>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- BORRMANN, Ricardo; Cruz, EUGENIUSZ. O Tribunal de Nuremberg e a teoria pura do direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 15, n. 2, e63122, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/63122>. Acesso em: 13 abr. 2023. p. 8.

- CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Trad. Noémia de Sousa. 1. ed. Lisboa: Livraria Sá da Costa editora, 2017.
- CHIMNI, Buphinder S., Third World Approaches to International Law: A Manifesto. *International Community Law Review*, Leiden, v. 8, p. 3-27, 2006. Disponível em: <https://www.jnu.ac.in/sites/default/files/Third%20World%20Manifesto%20BSchimni.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- CNN. ICC issues war crimes arrest warrant for Putin for alleged deportation of Ukrainian children. *CNN*, 17 mar. 2023. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2023/03/17/europe/icc-russia-war-crimes-charges-intl/index.html>. Acesso em: 16 abr. 2023
- COSTA, Pietro. Democracia política e Estado constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.
- COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- COTÉ, Luc. Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, v. 3, n. 1, 162-186, 2005. Disponível em: <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/3/1/162/888735?redirectedFrom=PDF>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- DISSENHA, Rui Carlo. Os fins da pena na Justiça Penal Internacional e a contribuição esclarecedora de Massimo Pavarini. In: CARVALHO, Salo de; GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada (org.). *Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 223-252.
- DISSENHA, Rui Carlo. Pelo Direito Penal Internacional em detrimento do Direito Penal Internacional: sobre como o nome da disciplina afeta a sua função. In: FRIEDRICH, Tatyana Scheila; RAMINA, Larissa. *Coleção Direito Internacional Multifacetado: direitos humanos, guerra e paz*, v. 3. Curitiba: Juruá, 2014, p. 255-304.
- DRUMBL, Mark. The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldiering. *Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series Paper No. 2013-05*, Sydney, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2253494>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- DUNLAP JÚNIOR, Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts*. Working Paper, Cambridge, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, 2001. Disponível em: <https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023
- DUNLAP JÚNIOR, Lawfare Today...and Tomorrow. In: PEDROZO, Raul; WOLLSCHLAEGER, Daria P. *International Law and the Changing Character of War*, 2011. p. 315-325. Disponível em: [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/2465/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2465/). Acesso em: 07 abr. 2023.
- FERREIRA, Hugo Luís Pena. Direito internacional público no entreguerras (1919-39): a institucionalização dos projetos jurídicos de paz e manejo dos povos não soberanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 18, n. 3, p. 353-370, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8010>. Acesso em: 13 abr. 2014
- FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GALAND, Alexandre. A Hidden Reading of the ICC Appeals Chamber's Judgment in the Jordan Referral Re Al-Bashir. *EJIL:Talk!*, 2019. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/a-hidden-reading-of-the-icc-appeals-chambers-judgment-in-the-jordan-referral-re-al-bashir/>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. A juridificação de conflitos políticos no direito internacional público contemporâneo: uma leitura política da paz pelo direito de Hans Kelsen a partir do pensamento político de Claude Lefort. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 56-76. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3483>. Acesso em: 03 ago. 2023.
- GORAIEB, Elizabeth; MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. A ampliação da jurisdição internacional: o surgimento de uma jurisdição internacional em matéria penal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 2, p. 244-267, 2022. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8512>. Acesso em: 03 ago. 2023.
- ICC. Pre-Trial Chamber II. *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*. Documento n. ICC-02/17. Decisão de 12 de abril de

2019. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>> Acesso em: 07 de abr. 2023
- ICC. Pre-Trial Chamber II . *Decision pursuant to article 18(2) of the Statute authorising the Prosecution to resume investigation*. Documento n. ICC-02/17. Decisão de 31 de outubro de 2022. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022\\_06500](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022_06500). PDF. Acesso em: 13 abr. 2023.
- ICC. *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Karim A. A. Khan QC, following the application for an expedited order under article 18(2) seeking authorisation to resume investigations in the Situation in Afghanistan*. 27 set. 2021. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=2021-09-27-otp-statement-afghanistan>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- ICC. *Statement by Prosecutor Karim A. A. Khan KC on the issuance of arrest warrants against President Vladimir Putin and Ms Maria Lvova-Belova*. 17 mar. 2023. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-karim-khan-kc-issuance-arrest-warrants-against-president-vladimir-putin>. Acesso em: 16 abr. 2023.
- ICC. *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: "I have decided to proceed with opening an investigation"*. 18 fev. 2022. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- ICC. THE APPEALS CHAMBER. *Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber II entitled "Decision pursuant to article 18(2) of the Statute authorising the Prosecution to resume investigation"*. Documento n. ICC-02/17. Decisão de 04 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd18041f79b.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.
- ICC. The presidency. *Decision assigning the situation in Ukraine to Pre-Trial Chamber II*. Documento n. ICC-02/17. Decisão de 02 de março de 2022. Disponível em: [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022\\_01686.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2022_01686.PDF). Acesso em: 07 abr. 2023.
- KENNEDY, David. The international human rights regime: still part of the problem? In: DICKINSON, Rob et al. (ed.). *Examining Critical Perspective on Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 19-34. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/15749103/Internation%20Human%20Rights%20Regime%20CUP%202012.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- KOSKENNIEMI, Martti. Between Impunity and Show Trials. *Max Planck UNYB*, n. 6. 2002. Disponível em: [https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb\\_koskenniemi\\_6.pdf](https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_koskenniemi_6.pdf). Acesso em: 07 abr. 2023.
- KOSKENNIEMI, Martti. Entre a apologia e a utopia: A política do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, 2018 p.5-29. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4993/pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023 p. 7-8.
- KOSKENNIEMI, Martti. A política do direito internacional: 20 anos depois. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, 2018 p. 30-40. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4994/pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.
- LECHENAKOSKI, Bryan Bueno; DISSENHA, Rui Carlo. O caso Afeganistão no Tribunal Penal Internacional: como a “síndrome de Nuremberg” contaminou a corte. *Humus*, São Luís, v. 10, n. 28, p. 491-519, 2021. Disponível em: <http://www.periodico-seletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/13323/7818>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- LIMA, Lucas Carlos. As medidas cautelares da Corte Internacional de Justiça no caso entre Ucrânia e Federação Russa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 32-38, 2022. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/8392/pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023
- MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. Trad. Maria lança. 1. ed. Lisboa: Antígona, 2014.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. Trad. Renata Santini. São Paulo: n-1 edições, 2018.
- MEGRET, Frédéric. Three Dangers for the International Criminal Court: a Critical Look at a Consensual Project. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 7, p. 193-247, 2001. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156086](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156086). Acesso em: 07 abr. 2023.
- MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *A Desordem Mundial: o espectro de total dominação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

- MUTUA, Makau. Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights. *Harvard International Law Journal*, Harvard, v. 42, p. 201-245, 2001. Disponível em: [https://digitalcommons.law.buffalo.edu/journal\\_articles/570/](https://digitalcommons.law.buffalo.edu/journal_articles/570/). Acesso em: 07 abr. 2023.
- MUTUA, Makau. The ideology of human rights. *Virginia journal of international law*, Virginia, Charlottesville, v. 36, n. 589, p. 589-657, 1996. Disponível em: [https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=journal\\_articles](https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1571&context=journal_articles). Acesso em: 07 abr. 2023.
- OKAFOR, Obiora Chinedu. Newness, Imperialism, and International Legal Reform in our Time: a T'WAIL Perspective. *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 43, n. 1-2, p. 171- 191, 2005. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1348&context=ohlj>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- ONU. *Carta das nações Unidas*. 1945. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 07 abr. 2023.
- RAMINA, Larissa. A intervenção militar norte-americana no Afeganistão: legítima defesa ou violação do direito internacional. *Crítica Jurídica*: revista latinoamericana de política, filosofia y derecho. Curitiba. n. 20. p. 149-60. jan./jul. 2002. Disponível em: [https://www.criticajuridica.org/index.php/critica\\_juridica/article/view/402](https://www.criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/402). Acesso em: 07 abr. 2023.
- RAMINA, Larissa; HDIEFA, Amr. International humanitarian law and the Western imperial project: from the “exclusionary naturalism” to the “humanistic compulsion” for the “legitimate fighting”. *Revista de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 48, n. 2, p. 171-192, jul. 2020. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/56204>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- SAID, Edward. *Orientalismo*: o Oriente como invenção do Ocidente. Trad. Tomás Rosa Buenos. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- SCHAACK, Beth Van. Engendering Genocide: The Akayesu Case Before the International Criminal Tribunal for Rwanda. *Santa Clara Digital Commons*, Santa Clara, 07 jan. 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1154259](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1154259). Acesso em: 07 abr. 2023.
- SILVA, Filipe Augusto; LIMA, Renata Mantovani de. Competência do TPI no caso do ataque ao hospital de Kunduz: uma análise envolvendo a jurisdição do TPI em relação a nacionais de Estados não-Parte do Estatuto de Roma. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017, p. 348-367. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4800>. Acesso em: 13 abr. 2023.
- SKOUTERIS, Thomas. The New Tribunalism: Strategies of (De)Legitimation in the Era of International Adjudication. *Finnish Yearbook of International Law*, Helsinki, v. 17, p. 307-356, 2006. Disponível em: [https://www.academia.edu/2517281/The\\_New\\_Tribunalism\\_Strategies\\_of\\_De\\_Legitimation\\_in\\_the\\_Era\\_of\\_International\\_Adjudication?auto=download](https://www.academia.edu/2517281/The_New_Tribunalism_Strategies_of_De_Legitimation_in_the_Era_of_International_Adjudication?auto=download). Acesso em: 07 abr. 2023.
- SOUZA, Lucas Silva de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo)liberal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 200-222, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5928/pdf>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- STOLLEIS, Michael. *O Olho da Lei*. Tradução de Thiago S. Tannous. São Paulo: Doyen. 2014.
- FULL text: Putin’s declaration of war on Ukraine. *THE SPECTATOR*, 24 fev. 2022. Disponível em: <https://www.spectator.co.uk/article/full-text-putin-s-declaration-of-war-on-ukraine>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- RUSSIA blocks Security Council action on Ukraine. *UN NEWS*, 26 fev. 2022. Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2022/02/1112802>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores De Nuremberg a Bagdad*. Trad. Elena Bossi. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**O ecocídio perante o estatuto de Roma**

**Ecocide before the Rome statute 1998**

Claudia Regina de Oliveira  
Magalhães da Silva Loureiro

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**



## Ecocide before the Rome statute 1998

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro\*\*

### Resumo

Analisa-se, neste artigo, o ecocídio, crime internacional que causa graves danos ao Meio Ambiente, no contexto do Estatuto de Roma de 1998, para compreender a possibilidade de julgamento deste pelo Tribunal Internacional como crime contra a humanidade ou como genocídio, condutas previstas no documento constitutivo do tribunal em apreço. Referida perspectiva demanda a ressignificação do Estatuto de Roma, de forma que este possa ser interpretado de acordo com os interesses da humanidade, considerada em sua acepção coletiva. Inicialmente, serão apresentados os conceitos introdutórios sobre o ecocídio e, na sequência, serão trabalhados os aportes do ecocídio como crime contra a humanidade e como genocídio, para, então, se discutir a sua dupla previsão no Estatuto de Roma. Optou-se pelo método dedutivo, com a técnica de documentação indireta e procedimento de análise da doutrina, da legislação e da jurisprudência, a fim de responder ao seguinte questionamento: existe a possibilidade de se processar e julgar o ecocídio, à luz do Estatuto de Roma, como crime contra a humanidade ou como genocídio? Considera-se, portanto, como tese que fundamenta o questionamento proposto a de que os interesses da humanidade, considerada em sua acepção coletiva, corroboram a releitura do Estatuto de Roma no sentido de se processar o crime de ecocídio, como um crime internacional, conclusão esta a ser alcançada com ao desenvolvimento do artigo. Observou-se, por fim, que, apesar da plausibilidade da tese proposta, a comunidade internacional resiste ao reconhecimento do ecocídio como crime internacional.

**Palavras-chave:** ecocídio; Tribunal Penal Internacional; crimes contra a humanidade; ecocídio-genocídio; interesses da humanidade.

### Abstract

The aim of this article is to analyze ecocide, an international crime that causes serious damage to the environment, in the context of the 1998 Rome Statute, in order to reflect on the possibility of this crime being judged by the International Court as a crime against humanity or as genocide, conduct that is already provided for in the constitutive document of the court in question. This perspective calls for a re-signification of the Rome Statute, so that it can be interpreted in accordance with the interests of humanity, considered in its collective sense. Initially, introductory concepts on ecocide will be presented, followed by a discussion of ecocide as a crime against humanity and as genocide, and then a discussion of its dual provision in the Rome Statute. The deductive method was chosen, with the technique of

\* Recebido em 25/07/2023  
Aprovado em 19/09/2023

\*\* Coordenadora da Cátedra Jean Monet da Universidade Federal de Uberlândia. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Estágio de Pesquisa Pós Doutoral em Direito concluído em 2021, pela NOVA de Lisboa; em 2019, pela FADUSP, e em 2016 pela FDUC. Doutora e Mestre pela PUC/SP. Professora de Direito Ambiental e de Biodireito da Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisadora Líder do Grupo Biodireito, Bioética e Direitos Humanos/UFU/CNPq, do Observatório Interamericano e Europeu dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável/UFU/CNPq e da Clínica Humanitas UFU/CNPq. Contato: crmloureiro@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8808192737927290>. Orcid: 0000-0002-0471-5711. Email: crmloureiro@gmail.com

indirect documentation and analysis of doctrine, legislation and jurisprudence, in order to answer the following question: is it possible to prosecute and judge ecocide, in the light of the Rome Statute, as a crime against humanity or as genocide? The thesis behind the proposed question is that the interests of humanity, considered in its collective sense, corroborate the re-reading of the Rome Statute in order to prosecute the crime of ecocide as an international crime, a conclusion that will be reached as the article develops. The research shows that, despite the plausibility of the proposed thesis, the international community resists recognizing ecocide as an international crime.

**Keywords:** ecocide; International Criminal Court; crimes against humanity; ecocide-genocide; interests of humanity.

## 1 Introdução

A necessidade de ressignificação da relação do ser humano com a natureza tornou-se ainda mais evidente durante a pandemia, a doença do antropoceno, bem como diante das externalidades provocadas pelas mudanças climáticas, situações que demonstram a interseccionalidade entre as três acepções do desenvolvimento: econômica, social e ambiental.

A perspectiva antropocêntrica, com a consideração do ser humano como detentor absoluto e destinatário final dos recursos naturais existentes no Planeta Terra, colocou muita pressão sobre a Terra, que passou a reagir com as externalidades oriundas das mudanças climáticas.

A globalização dos riscos fomentou a irresponsabilidade dos países centrais e a assunção dos prejuízos pelos países periféricos e vulneráveis aos efeitos das mudanças climáticas. Nesse contexto, a pandemia é a consequência da sociedade de risco globalizada e da internacionalização dos prejuízos oriundos da degradação do Meio Ambiente, o que faz com que países ricos e pobres sejam atingidos pelas externalidades desses eventos, embora de maneira desproporcional.

Assim, se outrora os países centrais exportavam os prejuízos aos países vulneráveis e periféricos, atingidos de maneira exacerbada pelas consequências das mudanças climáticas, com o risco de desaparecerem devido ao

aumento do nível do mar, como é o caso de Kiribati; hodiernamente, de outro modo, os prejuízos tornaram-se transnacionais, retornando, assim, aos tomadores de decisão que desencadearam os atos de degradação ao Meio Ambiente.

A transnacionalização dos riscos experimentada pelo momento pandêmico despertou a atenção da comunidade internacional para a consideração do ecocídio como crime contra a paz, seja como crime contra a humanidade ou como decorrência do processo que deflagra o genocídio. No mesmo sentido, a comunidade internacional se depara com o desafio da harmonização entre antropoceno e ecoceno, para se alcançar um mundo menos injusto com a internacionalização não somente dos riscos, mas também dos lucros em uma sociedade que reflete a interseccionalidade entre direitos humanos e Meio Ambiente.

Por isso, busca-se refletir sobre a responsabilização criminal internacional do ecocídio perante o Tribunal Penal Internacional, como um crime internacional que causa graves danos ao Meio Ambiente, considerando-se a necessidade de ressignificação do Estatuto de Roma, que prevê, expressamente, os crimes contra a humanidade e o crime de genocídio, com a finalidade de se abarcar o ecocídio em uma dessas hipóteses. Nesse contexto, a questão central abordada neste artigo envolve a análise do status do ecocídio como um potencial quinto crime contra a paz, que pode ter sido negligenciado ou deixado de lado pelo Estatuto de Roma, e se ele pode ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional, de acordo com a previsão existente no Estatuto de Roma, de 1988, ou seja, como crime contra a humanidade ou como genocídio, em consonância com a tese da prevalência dos interesses da humanidade sobre os interesses dos Estados.

A relevância do artigo se justifica pela necessidade da ressignificação da relação do ser humano com o Meio Ambiente, bem como pela criação de soluções globais para os problemas transnacionais, como é o caso dos danos ao Meio Ambiente, situação que conecta a comunidade internacional por meio dos interesses da humanidade, que não conhece fronteiras. Ademais, especificamente, o artigo também visa refletir sobre a necessária ressignificação dos institutos jurídicos previstos no Estatuto de Roma, com a finalidade de atender às demandas contemporâneas da comunidade internacio-

nal, para o enfrentamento de novas realidades ensejadoras de novos crimes.

Optou-se pelo método dedutivo, com a técnica de documentação indireta e procedimento de análise da doutrina, da legislação e da jurisprudência, com o objetivo de consolidar a ideia da necessidade de revisitação da Era do Antropoceno. Nesse sentido, o artigo pretende responder se há a possibilidade de responsabilização criminal internacional pelo ecocídio, de acordo com a previsão existente no Estatuto de Roma, considerando-se a viabilidade de se encaixar essa conduta em duas situações: como crime contra a humanidade e como genocídio, tendo em vista o nexó ecocídio-genocídio como fundamento da tese que considera a primazia dos interesses da humanidade em face dos interesses dos Estados.

Inicialmente, serão apresentados os aspectos introdutórios a respeito do ecocídio como sua evolução histórica, inserindo-se, nesse contexto, a sua consideração como interesse da humanidade e a necessária harmonização entre antropoceno e ecoceno. Na sequência, o artigo analisará a consideração do ecocídio como crime internacional perante decorrente do Estatuto de Roma em duas perspectivas: como crime contra a humanidade e como consequência do nexó ecocídio-genocídio. Com isso, pretende-se agregar uma contribuição científica ao tema, propondo a releitura contemporânea do Estatuto de Roma, consignando-se a ideia de que há fundamentos para se considerar o ecocídio como um crime contra a paz, no âmbito internacional, de acordo com os interesses da humanidade.

Apesar da plausibilidade da tese apresentada neste artigo, a comunidade internacional resiste ao reconhecimento do ecocídio como crime internacional, preservando, ainda, a perspectiva antropocêntrica e a da prevalência da soberania estatal absoluta.

## 2 Ecocídio: noções introdutórias

A consideração do ecocídio como crime internacional passível de ser processado e julgado perante o Tribunal Penal Internacional é um entendimento que se extrai da análise da evolução histórica deste crime, cuja discussão perpassa algumas décadas sem que sua efetivação tivesse sido consolidada pela comunidade internacional.

A comunidade internacional presenciou diversas tentativas no sentido de uma mudança de narrativa antropocêntrica para a ecocêntrica, com a proposta de inserção do ecocídio na Convenção do Genocídio, bem como com a elaboração do *Draft* de uma Convenção para contemplar esse crime, tentativas infrutíferas diante da dificuldade de se estabelecer limites para as práticas destinadas à concentração de riqueza na porção central do mundo.

A interpretação histórica do ecocídio contribui para a consolidação do entendimento de que referido crime está contemplado pelo Estatuto de Roma, como crime contra a humanidade ou como genocídio, uma vez que é decorrência da releitura do significado desses crimes, que deve ser aplicado no contexto contemporâneo e não apenas sob a perspectiva da modernidade.

A abordagem histórica do ecocídio, no tópico seguinte, demonstra que, desde as discussões a respeito da Convenção do Genocídio, existe uma preocupação intensa da comunidade internacional para tipificar a conduta de causar graves danos ao Meio Ambiente, o que fomentou a construção do conceito e das características do ecocídio, conforme será analisado a seguir.

### 2.1 Um crime internacional em perspectiva histórica

Ecocídio é uma palavra de origem grega *oikos*, que quer dizer casa, e do latim *caedere*, que significa, destruir, matar, ou seja, destruir a própria casa. O termo motivou as discussões a respeito da expansão da Convenção do Genocídio nas décadas de 70, 80 e 90, debate inserido numa das versões do Estatuto de Roma, de 1998, mas, que fora, ao final, retirado. Apesar da ausência de concretização do debate na legislação internacional, muitos países já optaram pela inserção do ecocídio em suas legislações nacionais, a exemplo do Vietnã, (1990), da Rússia (1996)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vietnam codifies ecocide in its domestic laws. According to Article 278 of the Criminal Code, “Those who, in peace time or war time, commit acts of annihilating en-mass population in an area, destroying the source of their livelihood, undermining the cultural and spiritual life of a country, upsetting the foundation of a society with a view to undermining such society, as well as other acts of genocide or acts of ecocide or destroying the natural environment, shall be sentenced to between ten years and twenty years of imprisonment, life imprisonment or capital punishment.” Disponível em: <https://ecocidelay.com/history/>. Acesso em: 23 jul. 2023. The Russian Federation includes a crime of ecocide in its domestic law.

Além disso, é preciso consignar o movimento de alguns países latino-americanos pelo reconhecimento da Constituição Pachamama, que consolida os direitos subjetivos da mãe natureza em suas realidades específicas. Por fim, a título de demonstração inicial da importância do tema, consigna-se que a o Parlamento Europeu aprovou Projeto que considera o ecocídio como crime internacional, o que é um avanço no sentido de fomentar a postura da Comissão Europeia em levar adiante as discussões a respeito da tipificação desse crime.<sup>2</sup>

O termo ecocídio vem sendo estudado desde a década de 1970, inclusive com a análise do tema pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, nas décadas de 70, 80 e 90, tendo sido retirado da redação final do que se tornou o Estatuto de Roma de 1998, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, que carece de um dispositivo legal, independentemente para punir o ecocídio, em tempos de paz, como crime que implica grave degradação ao Meio Ambiente<sup>3</sup>. O termo ecocídio, também, se notabilizou em 1972 quando, na Conferência de Estocolmo, o Primeiro-Ministro da Suécia utilizou, expressamente, o termo.<sup>4</sup>

Anteriormente às décadas de 70, 80 e 90, em 1933, o jurista Polonês, Raphael Lemkin, alertou a sociedade internacional a respeito da necessidade de se proibir o crime de destruição de pequenos grupos humanos, ou seja, o genocídio<sup>5</sup> e, posteriormente, discutiu-se o ecocídio durante as reuniões preparatórias à Convenção do Genocídio, de 1948, momento em que se reconheceu a insuficiência de abordagem diante da necessidade de

um tratado internacional sobre o tema, tendo em vista que somente o genocídio físico havia sido regulamentado de forma direta e não o genocídio cultural<sup>6</sup>.

A esse respeito, a destruição de grupos de pessoas inclui a destruição do Meio Ambiente, ou seja, o ecocídio, como ocorreu no Camboja, com a desapropriação das terras dos agricultores de 2002 a 2014, aproximadamente<sup>7</sup>, demonstra a conexão genocídio-ecocídio.

O ecocídio também foi objeto de debate durante as discussões oficiais e reuniões paralelas da Conferência de Estocolmo, de 1972, mas não constou da versão final e oficial do documento aprovado. Mais tarde, na Rio+20, os governos reconheceram a necessidade de se fortalecer o Programa para o Meio Ambiente das Nações Unidas e estabeleceram uma agenda global para o Meio Ambiente.

Nesse contexto, em 1973, Richard Falk apresentou um *Draft* sobre a Convenção do Ecocídio, que previa referido crime como crime de guerra, exigindo-se a prova da intenção do agente para sua caracterização, um grande avanço para a sociedade na época, o que demonstra que as discussões sobre o ecocídio não são recentes, tendo esse tipo legal figurado por algumas décadas como uma preocupação da sociedade internacional nos órgãos de proteção aos direitos humanos, precisamente do sistema global.<sup>8</sup>

Por isso, há fundamentos para afirmar que o ecocídio é o quinto crime contra a paz esquecido e/ou preterido pelo Estatuto de Roma de 1998<sup>9</sup> e, nesse sentido, é oportuno o estudo a respeito da releitura do conceito e da caracterização de crimes contra a humanidade, por meio de uma interpretação do Estatuto de Roma de 1998, em consonância com os tratados internacionais

Article 358 of the Criminal Code provides: "Massive destruction of the animal or plant kingdoms, contamination of the atmosphere or water resources, and also commission of other actions capable of causing an ecological catastrophe, shall be punishable by deprivation of liberty for a term of 12 to 20 years." Disponível em <https://ecocidelaw.com/history/>. Acesso em: 23 jul. 2023.

<sup>2</sup> MEHTA, Sailesh; MERZ, Prisca. Ecocide: a new crime Against peace? *Environmental Law Review*, v. 17, n. 1, p. 3-7, 2015.

<sup>3</sup> HIGGINS, Polly; SHORT, Damien; SOUTH, Nigel. Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide. *Crime, Law and Social Change*, v. 59, n. 1, p. 251-266, 2013. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/257552825\\_Protecting\\_the\\_planet\\_A\\_proposal\\_for\\_a\\_law\\_of\\_ecocide](https://www.researchgate.net/publication/257552825_Protecting_the_planet_A_proposal_for_a_law_of_ecocide). Acesso em: 18 dez. 2021.

<sup>4</sup> WATTAD, Mohammed Saif-Alden. The Rome Statute and Captain Planet: what lies between climate against humanity and the natural environmental. *Fordham Environment Law Review*, v. 19, n. 2, p. 265-285, 2009.

<sup>5</sup> GAUGER, Anja; RABATEL-FERNEL, Mai Pouye; KULBICKI, Louise; SHORT, Damien; HIGGINS, Polly. Ecocide is the missing 5th crime against peace. *Human Rights Consortium*. 2013. Disponível em: [https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide\\_research\\_report\\_19\\_July\\_13.pdf](https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf). Acesso em: 9 jun. 2020.

<sup>6</sup> HIGGINS, Polly; SHORT, Damien; SOUTH, Nigel. Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide. *Crime, Law and Social Change*, v. 59, n. 1, p. 251-266, 2013. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/257552825\\_Protecting\\_the\\_planet\\_A\\_proposal\\_for\\_a\\_law\\_of\\_ecocide](https://www.researchgate.net/publication/257552825_Protecting_the_planet_A_proposal_for_a_law_of_ecocide). Acesso em: 18 dez. 2021.

<sup>7</sup> FIDH. *Report International Criminal Court: implementation of the Rome statute in Cambodian law*. Disponível em: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/cambodge443angformatword.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2020.

<sup>8</sup> FALK, Richard A. Environmental warfare and ecocide facts, appraisal and proposals. *Revue Belge de Droit International*, v. 9, n. 1, p. 1-27, 1973.

<sup>9</sup> GAUGER, Anja; RABATEL-FERNEL, Mai Pouye; KULBICKI, Louise; SHORT, Damien; HIGGINS, Polly. Ecocide is the missing 5th crime against peace. *Human Rights Consortium*. 2013. Disponível em: [https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide\\_research\\_report\\_19\\_July\\_13.pdf](https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf). Acesso em: 9 jun. 2020.

de direitos humanos, como primeira hipótese que enseja a possibilidade de se abarcar o ecocídio no Estatuto de Roma.

Além disso, a responsabilização criminal individual e internacional pelo crime de ecocídio também pode ser viabilizada por meio da previsão do genocídio como crime contra a paz, uma vez que o ecocídio faz parte do processo que desencadeia a prática do genocídio em suas acepções cultural e física. Ainda é possível afirmar que a punição do ecocídio é de interesse da humanidade e não está associada aos interesses particulares dos Estados, tampouco à soberania estatal.

Nesse contexto, pode-se conceituar o ecocídio como o ato de causar ou de permitir que sejam causados danos ao Meio Ambiente natural em larga escala, refletindo a violação do dever de cuidar daquilo que pertence à humanidade. Além disso, o ecocídio também pode ser compreendido como o ato intencional, cometido de forma ampla e sistemática que causa impacto negativo na segurança do planeta<sup>10</sup>.

O conceito de ecocídio foi apresentado, em 2010, à Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas por Polly Higgins, que afirmou que o ecocídio é a grande perda, dano ou destruição dos ecossistemas de um determinado território, de modo a reduzir, severamente, o exercício pacífico de direitos por parte de seus habitantes (tradução livre)<sup>11</sup>. A autora, ainda, explica que o ecocídio refere-se à extensiva destruição, dano ou perda do ecossistema de um determinado território, pela agência humana ou por outras causas, de tal extensão que o desfrute da paz pelos habitantes de determinado território seja significativamente diminuído.<sup>12</sup>

Para Higgins<sup>13</sup>, há duas categorias de ecocídio, o não determinável e o determinável. O primeiro ocorre quando o crime causa destruição, sem a possibilidade de se identificar uma causa específica. De outro modo,

o ecocídio determinável se verifica quando a responsabilidade da pessoa pelos danos e/ou destruição pode ser determinada.

De acordo com a Comissão Internacional de Juristas, o ecocídio se refere a qualquer ato ilícito ou arbitrário perpetrado com a consciência de que há grande probabilidade de causar graves danos, extensos ou duradouros ao Meio Ambiente (tradução livre)<sup>14</sup>.

Assim, o ecocídio diz respeito a um ato ou omissão, praticado de forma intencional, que cause graves danos ao Meio Ambiente e que prejudique o exercício dos direitos humanos e fundamentais pela população atingida, além de causar graves danos ao sistema Terra.

Ademais, o ecocídio gera danos transfronteiriços e, por isso, não atinge, apenas, os interesses dos Estados ou da população diretamente atingida e, assim, a prática do crime de ecocídio atinge a humanidade como um todo, o que a legitima a exigir a punição do agente causador dos danos e a erradicação do crime em todo o mundo, vislumbrando-se a humanidade como sujeito de direito, compreendendo-se nesse contexto os direitos das atuais e das futuras gerações.

Diante desse contexto, é salutar compreender como o ecocídio se relaciona com os interesses da humanidade, perspectiva que será analisada a seguir.

## 2.2 Ecocídio, interesses da humanidade e solidariedade intergeracional

A concretização do direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado é interesse da humanidade, concebida como o conjunto de todos os seres humanos, em sua unidade, conforme observado pelo filósofo francês Augusto Comte, ao defini-la como: “imensa e eterna unidade social vinculada à solidariedade.”<sup>15</sup> De outra forma, Eligio Resta, ao analisar o instituto da *civitas máxima*, lembra Kelsen que observou que: “quem queira, desse modo, realizar a *civitas maxima*, dizia Kelsen, deverá esvaziar de forma e conteúdo o poder ligado à soberania dos Estados.”<sup>16</sup>

<sup>10</sup> HIGGINS, Polly; SHORT, Damien; SOUTH, Nigel. Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide. *Crime, Law and Social Change*, v. 59, n. 1, p. 251-266, 2013. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/257552825\\_Protecting\\_the\\_planet\\_A\\_proposal\\_for\\_a\\_law\\_of\\_ecocide](https://www.researchgate.net/publication/257552825_Protecting_the_planet_A_proposal_for_a_law_of_ecocide). Acesso em: 18 dez. 2021.

<sup>11</sup> O conceito pode ser conferido no seguinte endereço eletrônico: <https://www.stopecocide.earth/polly-higgins>. Acesso em: 19 dez. 2021.

<sup>12</sup> HIGGINS, Polly. *Eradicating ecocide*. 2. ed. London: Shephard\_Walwyn Publishers, 2015. p. 61-71.

<sup>13</sup> HIGGINS, Polly. *Eradicating ecocide*. 2. ed. London: Shephard\_Walwyn Publishers, 2015. p. 63.

<sup>14</sup> O conceito pode ser conferido em: <https://www.stopecocide.earth/what-is-ecocide>. Acesso em: 19 dez. 2021.

<sup>15</sup> LE BRIS, Catherine. The legal implication of the draft Universal Declaration of the Rights of Mankind. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, p. 143-163, 2017. p. 148.

<sup>16</sup> RESTA, Eligio. *Diritto fraterno*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020. p. 13.

Assim, a humanidade é uma ideia que abrange todos os indivíduos, Estados, Organizações, atuais e futuras gerações, delineada pela característica da indivisibilidade, sendo concebida como uma unidade, que tem como um dos elementos basilares a noção dos direitos das futuras gerações, não devendo ser analisada como um conceito autônomo, mas sim interdependente às atuais gerações.<sup>17</sup>

Ademais, a humanidade contempla a ideia que suporta o ideal estatocêntrico e que se expande além das fronteiras. Como um todo, indivisível e considerada em seu conjunto, a humanidade compartilha certos valores, princípios e normas que devem ser aplicadas a essa coletividade, independentemente da vontade dos Estados.

Nesse contexto, o Meio Ambiente, como interesse da humanidade, não ficou à margem das preocupações da comunidade internacional, tendo sido reconhecido na Declaração de Haia sobre a Proteção da Atmosfera, de 1989, que consignou o entendimento de que a mudança climática é uma preocupação comum da humanidade:

according to present scientific knowledge, the consequences of these phenomena may well jeopardise ecological systems as well as the most vital interests of mankind at large.

Because the problem is planet-wide in scope, solutions can only be devised on a global level. Because of the nature of the dangers involved, remedies to be sought involve not only the fundamental duty to preserve the ecosystem, but also the right to live in dignity in a viable global environment, and the consequent duty of the community of nations vis-a-vis present and future generations to do all that can be done to preserve the quality of the atmosphere.

A Declaração Universal dos Direitos da Humanidade, de 2015<sup>18</sup>, também se refere à humanidade, em seu artigo 2, que preconiza o Princípio do Respeito à Dignidade da Humanidade, sendo dever das atuais e das futuras gerações, bem como dos Estados e da sociedade civil garantir esse respeito, conforme assinalado nos artigos 11 e 16 de referido documento.

Os interesses da humanidade podem ser compreendidos a partir de certos princípios que devem ser ob-

servados e aplicados pela comunidade internacional como um todo, por expressarem a proibição de certos comportamentos que prejudicam a humanidade, como o *apartheid* e o genocídio, normas que, inclusive, são de natureza *jus cogens*, de modo que o reconhecimento de determinadas ações como ilegais tem fundamento na mais alta moralidade, que tem como base a sacralidade da vida humana.<sup>19</sup>

Nesse contexto, o direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado é interesse da humanidade, em especial por sua conexão com os direitos humanos de todas as pessoas em todas as partes do mundo, independentemente de raça, origem, opção política ou religiosa, sendo, inclusive, pressuposto para o exercício de certos direitos humanos.

Nesse sentido, o ecocídio passa a ser um crime de interesse da humanidade, que tem o dever de puni-lo e de rechaçá-lo, inclusive utilizando-se do Princípio da Jurisdição Universal, uma vez que é um crime que atinge a humanidade como um todo, considerada em sua perspectiva *humankind*, ou seja, todos os seres humanos em conjunto, de acordo com a teoria de Luban,<sup>20</sup> e não simplesmente em seu aspecto individual, o *humaness*, ou seja, a qualidade do ser humano.

Isso decorre da característica da indivisibilidade dos interesses da humanidade, que torna qualquer ser humano como potencial vítima de um crime contra a humanidade, de modo que um ato dessa natureza praticado contra uma ou algumas pessoas gera efeitos em todo o planeta, uma vez que se trata de uma ofensa à humanidade como um todo e não a um indivíduo específico, a exemplo dos crimes praticados contra o Meio Ambiente.

Nesse sentido, se o ecocídio for considerado como crime contra a humanidade, de acordo com o artigo 7 (1) (K), do Estatuto de Roma, ou seja, a partir da norma penal em branco encartada pelo dispositivo, pode-se afirmar que é um crime que ofende os seres humanos e os valores compartilhados por toda a humanidade. Da mesma forma, se o ecocídio for punido como genocídio em decorrência do nexo que existe entre os dois crimes,

<sup>17</sup> LE BRIS, Catherine. The legal implication of the draft Universal Declaration of the Rights of Mankind. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, p. 143-163, 2017. p. 148.

<sup>18</sup> Documento disponível em: [https://medias.vie-publique.fr/data\\_storage\\_s3/rapport/pdf/154000687.pdf](https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf/154000687.pdf). Acesso em: 23 jul. 2023.

<sup>19</sup> HIGGINS, Polly. *Eradicating ecocide*. 2. ed. London: Shephard\_Walwyn Publishers, 2015

<sup>20</sup> LUBAN, David. A theory of crimes against humanity. *Yale Journal of International Law*, v. 29, p. 85-167, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/146>. Acesso em: 18 dez. 2021.

como parte do processo dos atos que deflagram ou que decorrem do genocídio, percebe-se que toda a humanidade está presente no polo passivo, como vítima, o que autoriza que qualquer Estado atue, considerando-se as prerrogativas da jurisdição universal, para punir e prevenir o crime de ecocídio.

Assim, os crimes contra a humanidade ofendem os valores relativos à condição humana e, por isso, distinguem-se de crimes praticados contra a pessoa, pois dizem respeito aos valores relativos ao *status* humano, à condição humana e à profunda natureza da espécie humana e, nesse sentido, as ofensas dirigidas à humanidade desencadeiam o interesse em punir e erradicar os crimes contra a humanidade.

De acordo com essa perspectiva coletiva a respeito dos interesses da humanidade, vislumbram-se consequências no âmbito do exercício da jurisdição universal, uma vez que as ofensas que atingem os interesses da humanidade, como os crimes contra a humanidade, podem ser processados em qualquer Corte constituída regularmente, de acordo com os requisitos exigidos para a configuração da justiça natural e, nesse sentido, qualquer Estado ou qualquer indivíduo teria interesse e legitimidade para processar crimes dessa natureza.

Como consequência dessa ideia, a jurisdição universal é considerada como jurisdição vigilante por David Luban<sup>21</sup>, pois obriga todos os Estados a adotar medidas para punir e rechaçar os crimes contra a natureza, por meio de instituições democráticas constituídas nos ordenamentos jurídicos domésticos, para propiciar referida persecução dentro dos critérios do devido processo legal, como consequência do princípio da complementaridade, previsto no Estatuto de Roma de 1998, que determina o exercício da jurisdição pelos Estados me primazia.<sup>22</sup> Assim, os crimes de interesse da humanidade podem ser levados ao conhecimento de qualquer tribunal nacional, que esteja investido dos requisitos da justiça natural, ou seja, que tenha sido constituído previamente por leis, por juízes naturais e que sejam imparciais.

A respeito do exercício da jurisdição universal pelos Estados, é interessante esclarecer que, no Brasil, tramita, no Congresso Nacional, já aprovado na Câmara dos Deputados e aguardando apreciação pelo Senado Federal, o Projeto de Lei n.º 2787/2019<sup>23</sup> sobre o crime do ecocídio, que propõe uma alteração na Lei n.º 9.605/1998, a Lei de Crimes Ambientais, para tipificar o crime de ecocídio e a conduta delitiva do responsável por desastre relativo a rompimento de barragem, além de outras previsões. O Projeto faz menção ao crime de desastre ecológico que cause a destruição significativa da flora e a morte de animais que caracterize estado de calamidade pública, além de prever a situação específica de morte de pessoa e o tipo específico de rompimento de barragem.

A justificativa do projeto menciona, expressamente, as tragédias de Mariana (2015) e Brumadinho (2019) que demonstraram a ineficiência da legislação penal para punir o crime de ecocídio. Curiosamente, não se vê o aporte dos direitos humanos na justificativa, tampouco a referência ao instituto jurídico da jurisdição universal, prioritariamente reservado aos Estados e exercido, de forma complementar, pelo Tribunal Penal Internacional.

A esse respeito, se o Brasil aprovar referido Projeto, estará na vanguarda como um dos poucos países que positivaram o ecocídio em seus ordenamentos jurídicos domésticos. No entanto, não basta que o Estado positivasse o ecocídio, sendo necessário que disponha de meios para puni-lo de maneira eficaz.

Em relação à propósito dessa problemática, se não houver a punição do ecocídio pelos ordenamentos jurídicos domésticos, pode-se invocar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, por meio dos mecanismos previstos no Estatuto de Roma. Nesse aspecto, reside uma aparente lacuna, uma vez que o Estatuto de Roma de 1998 não prevê o ecocídio como crime contra a humanidade em tempos de paz e, assim, questionam-se quais seriam os mecanismos utilizados para se concretizar o interesse da humanidade em punir o crime de ecocídio.

A propósito dos interesses da humanidade, as ideias de Cançado Trindade, consignadas no Voto Concor-

<sup>21</sup> LUBAN, David. A theory of crimes against humanity. *Yale Journal of International Law*, v. 29, p. 85-167, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/146>. Acesso em: 18 dez. 2021.

<sup>22</sup> Documento disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 18 set. 2023.

<sup>23</sup> A tramitação do Projeto de Lei pode ser consultada em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2201529>. Acesso em: 18 dez 2021.

dante ao Parecer Consultivo 18/03<sup>24</sup> da CTIDH, dialogam com o voto separado emitido pelo Professor como Juiz da Corte Internacional de Justiça, em 2020, no Caso Gâmbia *vs.* Myanmar<sup>25</sup>, ambos destacando a humanidade como instituto jurídico central, e, por essa razão, o tema merece ser tratado no desenvolvimento do artigo.<sup>26</sup>

A solicitação de Gâmbia para dar início ao procedimento perante a CIJ em face de Myanmar foi fundamentada no artigo IX da Convenção para a Prevenção e para a Punição do Genocídio<sup>27</sup>, Convenção do Genocídio. Nesse sentido, pressupõe-se a existência de uma disputa entre as partes em relação à interpretação, aplicação ou cumprimento da Convenção.

Myanmar alegou que Gâmbia não teria legitimidade para iniciar um procedimento contra Myanmar por não ter sido afetada diretamente pela suposta violência perpetrada no caso do Povo Rohingya. A Corte considerou que, em razão das ideias que inspiraram a Convenção e na perspectiva dos valores compartilhados pela humanidade, todos os Estados-partes da Convenção do

Genocídio têm interesse comum de garantir a prevenção dos atos de genocídio e de perseguir a punição de seus perpetradores, o que configura a ação popular no Direito Internacional.<sup>28</sup>

O interesse comum anuncia que as obrigações envolvidas são impostas a qualquer Estado, uma vez que as previsões da Convenção do Genocídio podem ser definidas como normas de natureza *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, ou seja, independem da vontade dos Estados e se estendem a todos eles. Nesse sentido, qualquer Estado parte da Convenção e não somente o Estado afetado pode invocar a responsabilidade de outro Estado parte para preservar a eficácia das obrigações *erga omnes*. Logo, a Corte concluiu que Gâmbia tem legitimidade para dar início ao procedimento em face de Myanmar perante a Corte Internacional de Justiça.

Nesse sentido, afasta-se a visão voluntarista sobre o caso, enfatizando-se a prevalência da consciência humana sobre a vontade dos Estados, com uma visão centrada na pessoa humana, a fim de preservar o direito fundamental à vida, com a razão da humanidade acima da razão do Estado, diante da necessidade de se evitar a desumanização.<sup>29</sup>

Assim, o Estado interessado e o terceiro Estado, definido como aquele que não é diretamente afetado ou prejudicado por um ato ilícito internacional, mas que tem o interesse legal em contribuir para que os Estados respeitem as obrigações de interesse da humanidade<sup>30</sup>, ofensas a normas peremptórias de direito internacional geral ou a uma obrigação devida à comunidade internacional como um todo, pode atuar para fazer com que referidas normas sejam exequíveis.

A propósito, o artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 traz um importante aporte para a compreensão da questão, uma vez que estabelece a nulidade absoluta de tratados internacionais

<sup>24</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 18/2003 sobre os Direitos dos Trabalhadores Imigrantes Indocumentados*. 2003. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seria\\_18\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seria_18_por.pdf). Acesso em: 23 set. 2022.

<sup>25</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. 2020. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/178>. Acesso em: 23 jul. 2023.

<sup>26</sup> O Caso Gâmbia *v.* Myanmar foi instaurado perante a Corte Internacional de Justiça, principal órgão jurisdicional das Nações Unidas, em 23.01.2020, que emitiu ordem para aplicar medidas provisionais no caso relativo à Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio. Gâmbia alega que Myanmar cometeu genocídio contra o Povo Rohingya, descrito como grupo étnico, racial e religioso que reside no Estado de Rakhine, em Myanmar. Há afirmação de que militares, forças de segurança, pessoas e entidades agiram sob a direção e controle de Myanmar para matar, estuprar e praticar outras formas de violência sexual, tortura, tratamento cruel, com o intuito de destruir ou negar acesso à comida, abrigo e a outros direitos essenciais à vida, tudo com a intenção de destruir o Povo Rohingya, no todo ou em parte. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. 2020. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/178>. Acesso em: 23 jul. 2023.

<sup>27</sup> Cf. Artigo IX da Convenção para Prevenção e Punição do Genocídio de 1948: “as controvérsias entre as Partes Contratantes relativas à interpretação, aplicação ou execução da presente Convenção bem como as referentes à responsabilidade de um Estado em matéria de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III, serão submetidas à Corte Internacional de Justiça, a pedido de uma das Partes na controvérsia.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos/decretos/1952/D30822.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html). Acesso em: 1 maio 2021.

<sup>28</sup> BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, v. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/>. Acesso em: 25 out. 2020.

<sup>29</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. 2020. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/178>. Acesso em: 23 jul. 2023.

<sup>30</sup> BIRD, Anne. Third state responsibility for human rights violations. *The European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 883-900, 2011. Disponível em <http://www.ejil.org/pdfs/21/4/2118.pdf>. Acesso em: 1 maio 2021.



incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral, de natureza *jus cogens*. Nesse contexto, a norma que veda e pune o genocídio é uma norma imperativa, de natureza *jus cogens*, imposta a toda comunidade internacional e que não admite revogação a não ser por outra norma de hierarquia equivalente.

Ainda nesse contexto, destaca-se o Princípio da Cooperação, extraído do preâmbulo da Convenção do Genocídio, bem como de outros tratados internacionais de direitos humanos e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que impõem a atuação dos Estados em cooperação para a promoção do respeito aos direitos humanos e das liberdades fundamentais, no contexto da comunidade internacional.

Além do dever de cooperar, os Estados têm o dever de não dar suporte às violações aos direitos humanos, não reconhecendo como legais referidas práticas. Dessa forma, o terceiro Estado que invoca a responsabilidade internacional de outro por violações aos direitos humanos atua como membro da comunidade internacional para proteger os interesses da coletividade, ou seja, da humanidade.

Nesse contexto, a humanidade se apresenta como sujeito de direito, considerada em seu aspecto coletivo, *humankind*, o que autoriza que terceiros Estados tomem medidas de caráter formal, como apresentar uma representação contra o Estado perante um tribunal internacional, como foi o caso de Gâmbia.

A análise da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e da Corte Interamericana de Direitos Humanos demonstrou que há um movimento no sentido de construção do regime jurídico dos interesses da humanidade, direitos que atingem o que existe de mais caro para a humanidade, inserindo-se o ecocídio nesse contexto, uma vez que este crime, como será melhor observado posteriormente, pode ser punido como crime contra a humanidade ou como genocídio, considerando-se a conexão entre ecocídio-genocídio.

Nesse sentido, os interesses da humanidade decorrem das leis da humanidade que não são criadas por uma comunidade política, mas que decorrem da necessidade humana universal. Essas leis não surgem do fato de terem sido positivadas em um tratado internacional ou pelo direito doméstico, tampouco do comprometimento dos Estados em aplicá-las, mas representam o direito de todo ser humano exigir que o aparato político

não permita que os crimes contra a humanidade se perpetuem.<sup>31</sup>

A ideia de que as leis da humanidade decorrem de uma necessidade humana universal dialoga com as ideias de Cançado Trindade, que aponta a consciência jurídica universal em seus votos, para demonstrar como a *opinio juris* pode contribuir para a construção do *jus cogens* e das obrigações *erga omnes*, independentemente da vontade dos Estados.<sup>32</sup>

Assim, a prática do genocídio e do ecocídio atacam os valores fundamentais da comunidade internacional, violando norma de natureza *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, revelando-se como preocupação universal, o que é suficiente para justificar a atuação dos Estados, no contexto do dever de devida diligência, que não decorre da manifestação convencional de sua vontade, mas do dever de agir em favor dos interesses da humanidade.<sup>33</sup>

Ademais, a consideração do ecocídio como crime contra a paz, no Estatuto de Roma, seja como crime contra a humanidade ou como consequência do ecocídio-genocídio, contribuiria para a consolidação dos interesses da humanidade, incluindo-se as atuais e as futuras gerações, conforme observa Emilie Gaillard:

the arrival of concepts such as the “Common heritage of humanity”, “sustainable development”, and more particularly that of “Future generations”, heralds an emergence of a “law of the Future”<sup>10</sup>, both in international and within national and regional juridical systems. Other expressions of this law relating to the vulnerability of humanity still need to be researched in international law regarding human rights. There exist domino effects in international law which preservation of the future. It is possible to identify epistemological leaps approaching juridical alchemy. By way of illustration, human rights are no longer necessarily and exclusively understood as individual rights to be invoked simply, by a systemic relationship of respect for life and the environment. From now on it is possible to apply the concept of human rights in transgenerational terms in relation to respect for the environment and for

<sup>31</sup> LUBAN, David. A theory of crimes against humanity. *Yale Journal of International Law*, v. 29, p. 85-167, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/146>. Acesso em: 18 dez. 2021.

<sup>32</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 18/2003 sobre os Direitos dos Trabalhadores Imigrantes Indocumentados*. 2003. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf). Acesso em: 23 set. 2022.

<sup>33</sup> YEE, Sienho. Universal jurisdiction: concept, logic, and reality. *Chinese Journal of International Law*, v. 10, p. 503-530, 2011. Disponível em: <https://watermark.silverchair.com/jmr041.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

life. It is then particularly important to raise and study the question of how to invoke it.<sup>34</sup>

Assim, é possível afirmar que vem se consolidando o movimento para a preservação dos direitos das futuras gerações, como consequência do Princípio da Solidariedade Intergeracional, instituto jurídico que necessita ser sistematizado com responsabilidade pela comunidade internacional. Nesse contexto, insere-se o ecocídio como um crime contra a paz que se destina à proteção dos direitos das futuras gerações, em especial o de viver em um ambiente sadio e equilibrado, como pressuposto para o exercício de direitos humanos, bem como para propiciar que qualquer ser humano encontre na natureza todos os recursos necessários para uma sobrevivência digna, saudável e sustentável.

Os crimes contra a humanidade, normalmente, foram pautados pelos danos causados às pessoas no contexto contemporâneo, das atuais gerações, e raramente se discutiu a necessidade de se regulamentar crimes contra a humanidade para a proteção dos direitos das futuras gerações. Nesse sentido, utiliza-se o conceito de desenvolvimento sustentável, cunhado no Relatório de Brundtland, em 1987<sup>35</sup>, delineado como o direito das atuais gerações ao desenvolvimento sem restringir o direito das futuras gerações.

Logo, os crimes que ofendem a humanidade, em sua mais alta consideração, não são apenas transnacionais, por ultrapassarem as fronteiras dos Estados, mas também são intergeracionais, por serem oriundos de tomada de decisão do passado, por ofenderem as atuais e as futuras gerações e, nesse aspecto, verifica-se a característica da indivisibilidade dos crimes dessa natureza.

A propósito dessa consideração, Emilie Gaillard assevera que:

this then becomes a quest at the limits of ethics and law which needs to become effective as we seek to establish in law the notion of crimes against future generations. It is a matter of extending the **Recognising crimes against future generations is to start a quest for a new juridical indicator, that is to say.** If this aspiration is now acknowledged, it is precisely because the scope of crimes against future generations is plural in nature: our actions have acquired a hitherto unknown dimension who-

<sup>34</sup> GAILLARD, Emilie. Crimes against future generations. *Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 2, n. 2, p. 40-62, 2015. p. 42-43.

<sup>35</sup> Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2023.

se effects can endanger our whole future. Crimes against future generations are among those going beyond the traditional conceptual, temporal and spatial limits of law.<sup>36</sup>

É na essência do Princípio da Precaução que repousa a necessidade de se punir o crime de ecocídio, uma vez que as escolhas atuais da comunidade internacional gerarão efeitos nos direitos das futuras gerações, com a destruição dos ecossistemas e o esgotamento de determinados recursos naturais, além do aumento do nível do mar que intensificará o deslocamento forçado ambiental. Logo, escolhas bem realizadas atualmente, com base no Princípio do Desenvolvimento Sustentável e de não causar danos às futuras gerações, são essenciais para que o direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado possa ser garantido no âmbito intergeracional.

A responsabilização criminal internacional pelo crime do ecocídio, bem como a sua previsão nos ordenamentos jurídicos nacionais, é uma medida que contribuirá para a preservação dos direitos humanos das futuras gerações e deve ser uma resposta dada à comunidade internacional pelo Tribunal Penal Internacional, de acordo com a interpretação evolutiva e contemporâneo do Estatuto de Roma de 1998.

A propósito do tema, a Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras da UNESCO, de 1997, em seu preâmbulo, ressalta que há um regime jurídico destinado à proteção dos direitos das futuras gerações, destacando os principais documentos internacionais:

*recordando* que as responsabilidades das gerações presentes em relação às futuras gerações já foram mencionadas em inúmeros instrumentos, como a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da UNESCO, adotada pela Conferência Geral da UNESCO em 16 de novembro de 1971, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e a Convenção sobre Diversidade Biológica, adotadas no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 14 de junho de 1992, a Declaração e o Programa de Ação de Viena, adotados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993, e as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas relativas à proteção do clima global para as presentes e futuras gerações adotadas desde 1990.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> GAILLARD, Emilie. Crimes against future generations. *Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 2, n. 2, p. 40-62, 2015. p. 45.

<sup>37</sup> Documento disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/>

Ademais, é importante registrar recente documento elaborado no contexto da proteção e da defesa dos direitos humanos das futuras gerações, o *Maastricht Principles on the Human Rights of Future Generations*, de 2023, relativo à estrutura legal que estabelece obrigações vinculantes aos Estados e a outros atores internacionais prescritas pelo direito internacional dos direitos humanos. Além disso, o documento também propõe uma evolução progressiva dos *standards* de direitos humanos para atender à necessidade de se preservar os direitos das futuras gerações.

Diante disso, é preciso construir um Meio Ambiente justo para as futuras gerações, o que não é tarefa fácil, tendo em vista a dificuldade de se compreender a natureza jurídica desse instituto, que tem sua sistematização subestimada pelo direito internacional. A propósito, Edith Brown Weiss explica que as futuras gerações também têm direitos que devem ser exercidos no contexto da teoria da igualdade intergeracional no que diz respeito ao Meio Ambiente:

for this reason it is useful to address the issue of sustainability from a normative perspective. Sustainability requires that we look at the earth and its resources not only as an investment opportunity, but as a trust passed to us by our ancestors for our benefit, but also to be passed on to our descendants for their use.

This notion conveys both rights and responsibilities. Most importantly, it implies that future generations have rights too. These rights have meaning only if we, the living, respect them, and in this regard, transcend the differences among countries, religions, and cultures.

Fortunately, the notion that each generation holds the earth as a trustee or steward for its descendants strikes a deep chord with all cultures, religions and nationalities. Nearly all human traditions recognize that we, the living are, sojourners on earth and temporary stewards of our resources. The theory of intergenerational equity states that we, the human species, hold the natural environment of our planet in common with other species, other people, and with past, present and future generations. As members of the present generation, we are both trustees, responsible for the robustness and integrity of our planet, and beneficiaries, with the right to use and benefit from it for ourselves.

Two relationships must shape any theory of intergenerational equity in the environmental context. The first is our relationship with our natural sys-

tem of which we are a part. The second is our relationship with other generations.<sup>38</sup>

Desse modo, reconhecer o ecocídio como consequência da interpretação evolutiva do Estatuto de Roma, de acordo com os interesses da humanidade, é uma postura imperativa para o Tribunal Penal Internacional, refletindo a necessária mudança de narrativa e a travessia da Era do Antropoceno para a Era do Ecoceno, com a finalidade de se consolidar o holismo, conforme será analisado a seguir.

### 2.3 Antropoceno, ecoceno e ecocídio

A previsão do ecocídio, como crime decorrente da interpretação evolutiva do Estatuto de Roma, propõe a harmonização entre a Era do Antropoceno e a Era do Ecoceno, ou seja, tem a finalidade de reconfigurar a postura do ser humano em relação ao Meio Ambiente, pautada nos ideais utilitaristas para uma perspectiva que promova a perspectiva ecológica da dignidade de todas as formas de vida existentes na Terra, em consonância com o Princípio do Desenvolvimento Sustentável.

O ecoceno propõe a inserção do homem no contexto da coletividade no sentido de uma pós-humanidade para a realização dos direitos e dos interesses da humanidade, com mais empatia e justiça global. Assim, a interseccionalidade entre a Teoria do Antropoceno com a consideração do ecocídio, como crime contra a humanidade, propõe uma ética pós-humanista que preconiza a responsabilidade para a erradicação das situações que tornam os seres humanos mais vulneráveis e que prejudicam o exercício de alguns direitos humanos, como ocorre com a degradação do Meio Ambiente.

Além disso, a harmonização entre o ecoceno e o antropoceno contribui para a consideração do Meio Ambiente como sujeito de direito, o que faz com que o ecocídio seja inserido no contexto dos interesses da humanidade, sendo considerado como crime contra a humanidade, de modo que a cooperação internacional para o exercício da jurisdição universal seja capaz de garantir os direitos inerentes à condição humana.

A propósito do tema, Irina Bokova<sup>39</sup> afirma que as mudanças provocadas no mundo pela globalização

<sup>38</sup> WEISS, Edith Brown. In fairness to future generations and sustainable development. *American University International Law Review*, v. 8, n. 1, p. 19-26, 1992. p. 19-20.

<sup>39</sup> BOKOVA, Irina. *A new humanism for the 21<sup>st</sup> century*. Paris: UN-

promovem a necessidade de se implantar um novo humanismo para a realização da dimensão coletiva da vida humana, em uma comunidade da humanidade, que vincula um indivíduo ao outro, por meio do Princípio da Cooperação Internacional e da inclusão das pessoas marginalizadas. Nesse sentido, a punição do ecocídio representa uma ação concreta com a finalidade de incluir, no contexto da humanidade, as pessoas marginalizadas pelos efeitos das mudanças climáticas, que são afetadas pelos desastres naturais ocasionados por ações antrópicas, como desmatamento, grandes inundações etc.

No que diz respeito à evolução do sistema Terra, é possível afirmar que a terra passou da Era do Holoceno para a época do antropoceno, período em que os seres humanos são considerados como forças dominantes da natureza<sup>40</sup>, o que provocou uma grande transformação na estrutura física e na natureza geofísica da Terra, decorrente da transformação mundial causada pela globalização. Logo, o antropoceno está intrinsecamente ligado a questões sociológicas, que dizem respeito ao capitalismo, à guerra, ao poder e à desigualdade em escala global, relacionando-se, portanto, com a era da globalização dos riscos.<sup>41</sup>

Assim, o antropoceno pode ser compreendido como a época em que os humanos são considerados como forças dominantes em relação às demais forças da natureza. Além disso, o antropoceno pode ser analisado no viés de sua intrínseca relação com os direitos humanos, desempenhando um importante papel na interface entre humano e Meio Ambiente, com a finalidade de se promover a justiça ambiental e a justiça social, bem como a responsabilidade intergeracional em relação à proteção ao Meio Ambiente<sup>42</sup>.

Dessa forma, a preocupação com a responsabilidade intergeracional, em relação ao Meio Ambiente, está de acordo com os interesses da humanidade, consideran-

do-se a prevenção do Meio Ambiente para as atuais e para as futuras gerações como um sentimento que deve ser compartilhado por toda comunidade internacional, ou seja, pela humanidade<sup>43</sup>.

Em sua perspectiva temporal, o antropoceno refere-se à época em que os seres humanos provocaram uma grande transformação na estrutura física da Terra<sup>44</sup>; politicamente, o antropoceno reflete uma visão crítica a respeito da relação mundo-terra; e, socialmente o antropoceno influencia a forma como as sociedades interpretam o sistema da Terra e como estas podem ser compreendidas.<sup>45</sup>

No Era do Antropoceno, o ser humano se tornou a causa da escalada global da mudança ambiental, com consequências temporais, políticas e sociais, tendo como característica principal os danos suportados pelas atuais e pelas futuras gerações que desestabilizam as estruturas políticas dos Estados, com consequências no exercício da cidadania, gerando desigualdades sociais e contribuindo para a degradação dos direitos humanos.

O período em estudo conecta-se com a tese da globalização dos riscos, delineada por Ulrich Beck<sup>46</sup>, com a consolidação da sociedade de risco, que preconiza o viés acumulativo ocidental da riqueza nas mãos dos países ricos, com a assunção dos riscos e prejuízos pelos países pobres, o que também contribuiu para o desequilíbrio do sistema-Terra, com consequências negativas para o Meio Ambiente, como aquecimento global, mudanças climáticas, deslocamentos forçados, conflitos armados, dentre outras situações.

ESCO, 2010.

<sup>40</sup> KOTZÉ, Louis. Human rights and the environment in the Anthropocene. *The Anthropocene Review*, v. 1, n. 3, p. 252-275, 2014. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053019614547741>. Acesso em: 9 maio 2021.

<sup>41</sup> DELANTY, Gerard. Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno. *Revista Sociedade e Estado*, v. 3, n. 2, p. 373-388, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

<sup>42</sup> ROBINSON, Mary. *Justiça climática: esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

<sup>43</sup> KOTZÉ, Louis. Human rights and the environment in the Anthropocene. *The Anthropocene Review*, v. 1, n. 3, p. 252-275, 2014. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053019614547741>. Acesso em: 9 maio 2021.

<sup>44</sup> ZALAZIEWICZ, Jan; WILLIAMS, Mark; HAYWOOD, Alan; ELLIS, Michael. The anthropocene: a new epoch of geological time? *Philosophical Transactions of the Royal Society*, v. 369, p. 835-841, 2011. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/49799235\\_The\\_Anthropocene\\_a\\_new\\_epoch\\_of\\_geological\\_time\\_INTRODUCTION](https://www.researchgate.net/publication/49799235_The_Anthropocene_a_new_epoch_of_geological_time_INTRODUCTION). Acesso em: 9 jul. 2020.

<sup>45</sup> DELANTY, Gerard. Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno. *Revista Sociedade e Estado*, v. 3, n. 2, p. 373-388, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

<sup>46</sup> BECK, Ulrich. Critical theory of world risk society: a cosmopolitan vision. *Constellations*, v. 16, n. 1, p. 3-22, 2009. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/228042862\\_Critical\\_Theory\\_of\\_World\\_Risk\\_Society\\_A\\_Cosmopolitan\\_Vision](https://www.researchgate.net/publication/228042862_Critical_Theory_of_World_Risk_Society_A_Cosmopolitan_Vision). Acesso em: 27 fev. 2021.

Assim, a humanidade precisa adotar posturas condizentes com a perspectiva do ecoceno, proporcionando uma relação harmônica entre todas as espécies vivas terrestres, com a eliminação da exploração e da dominação de uma espécie sobre as outras, além de ter de conjugar os fenômenos geológicos com as ciências sociais, com a criação de instituições que promovam a mediação entre humanidade e Meio Ambiente, no sentido de fomentar o desenvolvimento sustentável <sup>47</sup>.

Nesse contexto, a consideração do ecocídio como crime contra a humanidade contribuiria para a harmonização entre antropoceno e ecoceno, uma vez que delegaria à humanidade a legitimidade para punir esse crime de seu interesse, além de agregar ao antropoceno a perspectiva ecocêntrica, contribuindo para fomentar a relação harmônica do ser humano com a natureza, outrora influenciada pelo viés antropocentrismo, que provocou a degradação dos direitos humanos e intensificou a necessidade de se criar leis, instituições e mecanismos para a justiciabilidade autônoma do direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado. <sup>48</sup>

Referida perspectiva provocou a degradação do Meio Ambiente, da biodiversidade, das relações sociais e culturais travadas no cenário internacional, também em decorrência da sociedade de risco, delineada por Beck <sup>49</sup> como o processo por meio do qual a soberania nacional dos Estados é influenciada por atores internacionais, com uma variedade de perspectivas de poder, identidades e redes para o enfrentamento dos riscos provocados pela globalização hegemônica.

A sociedade de risco pressupõe, assim, a divisão do mundo entre países centrais e periféricos, ricos e pobres, do Norte e do Sul Global <sup>50</sup>. Referida conforma-

ção promove a desigualdade e a discriminação em escala global, ao proporcionar a concentração dos lucros e da riqueza nas regiões centrais do mundo delegando, ao mesmo tempo, os prejuízos à porção periférica do globo. Como consequência dessa conformação, há aqueles que tomam as decisões e aqueles que assumem os riscos das decisões adotadas pelo lado rico do mundo, o que consagra a linha abissal entre ricos e pobres, centro e periferia, com assimetrias que proporcionam a degradação dos direitos humanos no mundo todo.

A dicotomia entre a *realpolitik* nacional e a *realpolitik* cosmopolita é uma realidade na globalização dos riscos, prevalecendo-se a primeira perspectiva, apesar de a segunda ter o poder de efetivar a justiça global e os direitos humanos no mundo. Beck <sup>51</sup> se refere a essa dicotomia como a passagem do nacionalismo metodológico para o cosmopolitismo metodológico, o que se concretiza com as nações orbitando em torno do mundo e da humanidade em risco e não com o mundo girando em torno das nações.

Ao mesmo tempo em que os riscos causam a degradação dos direitos humanos nos países do Sul Global, empoderam os Estados a realizar movimentos sociais e a agirem em cooperação internacional para buscar soluções para os problemas globais, uma vez que a atuação dos Estados, sob a perspectiva nacional ou local, não atende aos interesses da comunidade internacional, sendo salutar mencionar como reflexo dessa realidade a situação dos deslocados ambientais.

Ao estudar a sociedade de risco, Giddens <sup>52</sup> aponta que os riscos estão intrinsecamente ligados ao direito intergeracional, ou seja, são produzidos para o futuro em decorrência das ações adotadas no presente, percebendo o futuro como um território a ser colonizado, a ser dominado e regulado, consolidando-se a realidade do ecocolonialismo. O mesmo autor também afirma que os riscos podem decorrer da própria natureza ou da atuação do ser humano na natureza, sendo, nesse caso, antropogênicos e, portanto, passíveis de serem evitados com a atuação humana em consonância com o Princípio da Precaução, que não se percebe apenas no

<sup>47</sup> KOTZÉ, Louis. Human rights and the environment in the Anthropocene. *The Anthropocene Review*, v. 1, n. 3, p. 252-275, 2014. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053019614547741>. Acesso em: 9 maio 2021.

<sup>48</sup> DELANTY, Gerard. Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno. *Revista Sociedade e Estado*, v. 3, n. 2, p. 373-388, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

<sup>49</sup> BECK, Ulrich. *What tis globalizations?* Tradução de Patrick Camiller. New York: Polity, 2000. p. 6-7.

<sup>50</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org) *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23-72. Disponível em: [http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias\\_do\\_sul\\_boaventura.pdf](http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias_do_sul_boaventura.pdf). Acesso em: 16 fev. 2021.

<sup>51</sup> BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

<sup>52</sup> GIDDENS, Anthony. *Runaway world: how is reshaping our lives?* New York: Routledge, 2000.

contexto ecológico, mas também no contexto social e econômico.

Nesse contexto, destaca-se o risco ecológico produzido na sociedade da globalização pela disseminação do saber com o viés antropocêntrico, que deu ensejo às mudanças climáticas que reconfiguram a ordem global, com a transnacionalidade das ações dos Estados-nação, que ainda insistem em se comportar como se o mundo girasse em torno da soberania estatal, provocando externalidades ambientais, econômicas e sociais.<sup>53</sup>

Isto provoca o efeito bumerangue, observado por Beck<sup>54</sup> como os riscos produzidos pelos países ricos que voltam a atingir aqueles que os deflagraram. Assim, a realidade contemporânea já não é mais condizente com a divisão entre lucros e prejuízos, entre ricos e pobres, na medida em que os ricos, produtores dos riscos delegados aos pobres, acabam arcando com as consequências dos prejuízos que retornam para atingi-los. Essa realidade reflete a reação da globalização contra-hegemônica, provocando o redesenho das fronteiras entre Norte e Sul Global.

Dessa forma, o reconhecimento do ecocídio como crime contra a paz representa uma resposta contra-hegemônica à globalização dos riscos, no sentido de consolidar o holismo, ou seja, a interseccionalidade entre antropocentrismo e ecocentrismo, considerando-se a realidade dos vulneráveis e a noção de que o ser humano é mais uma forma de vida existente no Planeta Terra, que necessita viver em harmonia com as demais formas de vida e com a natureza, para a promoção do desenvolvimento sustentável em sua tríplice vertente: a ecológica, a econômica e a social, a fim de que ninguém seja deixado para trás e que o desenvolvimento possa ocorrer em consonância com o respeito ao Meio Ambiente.

Nesse sentido, afirma-se que a sociedade catastrófica das mudanças climáticas está delineando o ecologismo acentuando o *apartheid* climático que se verifica no mundo contemporâneo. Referido processo de modernização gera conflitos sociais em uma sociedade que distribui riscos globalmente, como o desmatamen-

to, as queimadas, a poluição, ou seja, os danos ao Meio Ambiente. Assim, os riscos já não estão mais ligados ao local onde foram gerados, mas ameaçam o Planeta e, desse modo, o reconhecimento do ecocídio como crime contra a paz pelo Tribunal Penal Internacional consolidaria o movimento no sentido de uma mudança de paradigma, o *greening*, ou seja, o esverdeamento dos direitos humanos.

A partir dessa consideração, consigna-se que o *greening* pode ser compreendido a partir da perspectiva ecológica dos direitos humanos, com a análise das Resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança e pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, além de outros documentos produzidos pelos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. Outro aspecto que também corrobora a tese do *greening* é a elaboração do *draft* do Pacto Global para o Meio Ambiente<sup>55</sup>, que propõe um documento com força vinculante para o delineamento de uma ação coordenada em escala global para a proteção do planeta em longo prazo.

No contexto global, destaca-se que a Organização das Nações Unidas, pelo Conselho de Direitos Humanos, em 8 de outubro de 2021, adotou a Resolução A/HRC/48/13<sup>56</sup> reconhecendo o direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano e o dever de devida diligência dos Estados para adotarem as medidas necessárias à sua proteção. Um dos aspectos mais relevantes da Resolução em apreço é a possibilidade de proteção autônoma do direito ao Meio Ambiente, o que pode reforçar a litigância desse direito no âmbito nacional e internacional.

Por sua vez, em 28 de julho de 2022, a Assembleia Geral das Nações Unidas emitiu a Resolução A/RES/76/300<sup>57</sup>, também sobre o direito humano ao Meio Ambiente limpo, sadio e sustentável, no mesmo sentido da mencionada Resolução do Conselho de Direitos Humanos.

<sup>53</sup> DELANTY, Gerard. Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno. *Revista Sociedade e Estado*, v. 3, n. 2, p. 373-388, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

<sup>54</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

<sup>55</sup> Cf. documento disponível em: <https://globalpactenvironment.org/uploads/PT.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

<sup>56</sup> UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Resolution 48/13: the human right to a clean, healthy and sustainable environment*. 8 out. 2021. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 out. 2022.

<sup>57</sup> UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 76/300: the human right to a clean, healthy and sustainable environment*. 28 jul. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/442/77/PDF/N2244277.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 out. 2022.

Apesar de não serem vinculantes, as Resoluções desencadeiam um movimento para que os Estados reconheçam o direito ao Meio Ambiente como direito humano em suas Constituições nacionais e para que as Organizações Internacionais também o façam em Tratados Internacionais regionais.

As Resoluções em análise ainda refletem a emergência de se adotarem medidas para conter a escalada da sociedade catastrófica que se instalou na comunidade internacional como decorrência da Era do Antropoceno, com o superdesenvolvimento e com a acumulação de riqueza na porção rica do mundo, contexto no qual se insere a emergência de tipificação e punição do ecocídio internacionalmente, como crime contra a paz.

Os documentos, ainda, refletem a necessidade de adoção de medidas para a contenção das externalidades ocasionadas pela sociedade de risco, com o compartilhamento dos riscos globais gerados pelas mudanças climáticas por toda a comunidade internacional, conforme ficou previsto no Acordo de Paris, de 2015<sup>58</sup>, ou seja, que todos os países envolvidos possam se comprometer a partir das Contribuições Nacionalmente Determinadas, de modo que a parcela de comprometimento de cada Estado estaria ligada à sua possibilidade de contribuição, que deve ser vislumbrada em perspectiva sempre ampliada e para o futuro. Nesse contexto, mesmo que sob a perspectiva teórica, referido Acordo seria mais condizente com a realidade de cada Estado, tornando-se, assim, exequível, não fosse o *backlash* dos países mais poderosos.

No âmbito regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2017, emitiu o Parecer Consultivo n.º 23/2017<sup>59</sup> consignando a intrínseca relação entre Meio Ambiente e os direitos humanos. Referido Parecer Consultivo pontuou que o acesso ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado é condição para o exercício de outros direitos humanos, postura que fomenta a judicialização autônoma do direito ao Meio Ambiente no Sistema Interamericano, a partir do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

Além disso, o Parecer em análise também ressaltou que vários direitos fundamentais requerem uma pré-condição necessária para o seu exercício, uma qualidade mínima de Meio Ambiente. Desse modo, a relação entre a proteção ao Meio Ambiente, o desenvolvimento sustentável e os direitos humanos, presentes na Declaração de Estocolmo, promovem o entendimento de que o desenvolvimento econômico e social é indispensável para o Meio Ambiente, ideia refletida na Agenda 2030, que condiciona a realização dos direitos humanos ao desenvolvimento econômico, social e ambiental<sup>60</sup>.

Logo, há uma relação de interdependência entre direitos humanos, desenvolvimento sustentável e Meio Ambiente. Nesse aspecto, o direito ao Meio Ambiente sadio, previsto no artigo 11 do Protocolo da San Salvador, enfatiza que toda pessoa tem o direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado e a contar com serviços básicos, devendo os Estados promoverem a proteção, a preservação e o melhoramento do Meio Ambiente.

Referido direito também está inserido no contexto dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos pelo artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e essas normas também se encontram protegidas pelos direitos que derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA, na Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem de 1948 e pelos direitos que derivam de uma interpretação da Convenção de acordo com seu artigo 29.

Ademais, o direito ao Meio Ambiente também pode ser entendido como um direito que tem conotação individual e coletiva. No âmbito individual, o desrespeito ao direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado gera consequências para a vida das pessoas de forma direta ou indireta, em relação ao direito à saúde, direito à vida e em outros aspectos. Em sua conotação coletiva, o direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental para a existência da humanidade, de interesse universal, bem como direito das gerações presentes e futuras.

A obrigação de prevenir danos ao Meio Ambiente está relacionada ao fato de a diligência internacional não

<sup>58</sup> UNFCCC. *Paris agreement*. 2015. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>. Acesso em: 18 set. 2023.

<sup>59</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo 23/2017*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

<sup>60</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo 23/2017*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022. parágrafos 56-70.

causar ou não permitir que danos sejam causados ao Meio Ambiente, uma vez que o Princípio da Prevenção é um dos fundamentos do Direito Internacional consuetudinário. Assim, a obrigação de prevenção surge quando há o risco de dano significativo ao Meio Ambiente e, para a Corte, este reflete o dano à vida ou à integridade pessoal, e os Estados devem tomar todas as medidas para prevenir referido dano ao Meio Ambiente dentro e fora de seu território.

Nesse sentido, o Princípio da Precaução também representa uma ferramenta importante para a proteção ao Meio Ambiente, uma vez que visa à adoção de medidas eficazes para evitar o dano irreversível, quando não se tem certeza científica dos impactos negativos que uma atividade ou empreendimento possa causar ao Meio Ambiente.

Outro aspecto relevante, ressaltado no Parecer Consultivo em estudo, foi a amplitude e o significado do termo jurisdição, previsto no artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e sua relação com a proteção ao Meio Ambiente. Nesse sentido, referido dispositivo legal estabelece que os Estados devem respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção, e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sob sua jurisdição, o que, tradicionalmente, ocorre quando a pessoa está sob o território de um Estado, mas há desdobramentos a respeito do conceito de jurisdição, que precisam ser analisados <sup>61</sup>.

Assim, as violações de direitos humanos podem acarretar a responsabilidade de um Estado sempre que a pessoa se encontrar sob sua jurisdição. De acordo com as normas de interpretação dos tratados, assim como as específicas da CADH, o sentido do termo jurisdição, interpretado de boa-fé e considerando o contexto, fim e propósito da Convenção, não está limitado ao conceito de território nacional, mas abarca um conceito mais amplo que inclui certas formas de exercício da jurisdição fora do território do Estado.

Desse modo, o artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 é claro ao estabelecer que o termo jurisdição deve ser interpretado de boa-fé, considerando o contexto, objeto e fim da CADH. Assim, o termo jurisdição abrange toda pessoa que esteja

no território de um Estado e que também se encontre sob sua jurisdição, o que confere ampla margem de proteção aos direitos reconhecidos na CADH, pois a jurisdição do artigo 1.1. da Convenção não está sujeita ao território de um Estado, mas também abarca condutas extraterritoriais dos Estados que constituam exercício de sua jurisdição, o que pode se caracterizar quando, por exemplo, um Estado exerce efetivo controle sobre as pessoas.

No mesmo sentido, o cumprimento de obrigações extraterritoriais pelos Estados, a respeito dos regimes especiais de proteção ambiental, pode constituir exercício de jurisdição sob o crivo da CADH, uma vez que as obrigações dos Estados frente aos danos fronteiriços podem acarretar o exercício de sua jurisdição além de seu território, pois a jurisdição de um Estado com base na CADH, não depende da conduta estatal em uma zona geográfica delimitada.

A discussão a respeito da amplitude do conceito de jurisdição conduz a outra importante reflexão, que o Parecer não deixou de abordar, e que se refere às obrigações dos Estados frente aos danos transfronteiriços <sup>62</sup>.

A jurisdição de um Estado não está limitada ao seu espaço territorial e o termo jurisdição de um Estado, de acordo com as obrigações decorrentes da CADH e das condutas extraterritoriais, também pode abarcar as atividades de um Estado que causem efeitos fora de seu território, como é o caso das violações ao Meio Ambiente que causam danos transfronteiriços, como a contaminação do ar, da água que cruzam facilmente as fronteiras porosas <sup>63</sup>.

A esse respeito, a Corte Internacional de Justiça, no precedente da Fábrica de Chorzov, estabeleceu que os Estados devem zelar para que as atividades realizadas em sua jurisdição, não causem danos ao Meio Ambiente de outros Estados, o que também está previsto na Declaração de Estocolmo e do Rio e na Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Assim, as atividades desenvolvidas em um Estado não devem privar o outro Estado da capacidade de oferecer às pessoas, sob sua jurisdição, o gozo e o desfrute dos direitos

<sup>61</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo 23/2017*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022. parágrafos 56-70.

<sup>62</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo 23/2017*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022. parágrafos 95-103

<sup>63</sup> JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Brasil/Portugal: Editora Fundo de Cultura, 1965.



previstos na CADH. Dessa forma, os Estados têm a obrigação de evitar danos ambientais transfronteiriços.

O exercício da jurisdição por parte do Estado onde se originaram os danos fronteiriços faz com que este detenha o controle jurídico sobre as atividades danosas e, dessa forma, surge a obrigação de impedir que a sua atitude cause um dano transfronteiriço. Logo, se as vítimas estiverem sob a jurisdição do Estado onde se originou o dano, este será responsabilizado internacionalmente.

Nesse sentido, o reconhecimento do ecocídio como crime internacional se coaduna, portanto, com a perspectiva mais ampla do instituto jurídico da jurisdição, na medida em que a atuação dos Estados no contexto da devida diligência para rechaçar o crime de ecocídio é um poder-dever, que se insere no contexto da jurisdição nacional e internacional, considerando-se, nesse caso, a especial atuação do Tribunal Penal Internacional.

Logo, é salutar analisar os fundamentos que abrigam a tese de que o ecocídio é um crime internacional contra a paz, conforme propõe-se na seção a seguir, com o estudo de sua dupla tipificação no Estatuto de Roma.

### 3 A dupla tipificação do ecocídio no estatuto de Roma

O Tribunal Penal Internacional foi instituído em 1998 pelo Estatuto de Roma com a finalidade de impor a responsabilização criminal individual aos agentes que praticam atos que configuram ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, o que é de interesse da humanidade como um todo, contexto no qual se insere o ecocídio.

O Estatuto de Roma não é conclusivo ao elencar os crimes de sua competência e que ensejam o exercício de sua jurisdição, mesmo que de forma complementar, uma vez que a teoria criminal é viva, e a definição de um crime e o seu escopo se modificam constantemente com o passar do tempo, admitindo futuros desdobramentos da criminalização internacional, conforme se extrai da letra do artigo 7 (1) K: “outros atos desumanos de características similares” e do artigo 8 (2) (b) (XXI).<sup>64</sup>

<sup>64</sup> WATTAD, Mohammed Saif-Alden. The Rome Statute and Captain Planet: what lies between climate against humanity and the natural environmental. *Fordham Environment Law Review*, v. 19, n. 2,

No mesmo sentido, o artigo 10 do Estatuto de Roma enfatiza a tese de que não se admite a limitação da interpretação do seu conteúdo em relação à existência ou a regras de desenvolvimento do direito internacional.

Assim, pode-se afirmar que o Estatuto de Roma abarca provisões que admitem futura criminalização internacional. No caso dos danos ao Meio Ambiente, que devem ser punidos em tempos de paz e em tempos de guerra, o documento internacional em apreço somente admite a sua previsão em tempos de guerra o que, a princípio, poderia dar ensejo à interpretação restritiva da aplicação do diploma legal para os danos ao Meio Ambiente em tempos de paz, o que não procede.<sup>65</sup>

A interpretação não taxativa dos tipos penais, previstos no Estatuto de Roma de 1998 se justifica, pois todos os instrumentos legais internacionais passam por uma releitura e pela resignificação do conceito e da amplitude dos seus institutos jurídicos, uma vez que precisam ser aplicados de acordo com a realidade contemporânea da comunidade internacional, que não é mais a mesma de 25 anos atrás, quando o Tribunal Penal Internacional foi instituído. Referida resignificação também tem respaldo na conformação da nova ordem global, na concepção das normas de natureza *jus cogens* e no direito costumeiro internacional, que promovem a atuação dos Estados de acordo com os interesses da humanidade e não de acordo com os seus interesses peculiares.<sup>66</sup>

p. 265-285, 2009.

<sup>65</sup> A respeito do tema, é possível mencionar que: “a jurisdição internacional, sobretudo a penal internacional, pressupõe o reconhecimento de um núcleo rígido dos direitos do homem oponível a qualquer tempo e sobre qualquer condição histórica – um *universal normativo*. É somente na busca por esse conjunto de valores comuns que se pode encontrar uma *resposta realista* capaz de descaracterizar a vingança e de sustentar uma paz durável.” TEIXEIRA, Gabriel Hadad. O Tribunal Penal Internacional como um instrumento complementar na proteção dos bens jurídicos internacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 1, p. 27-39, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1628/1576>. Acesso em: 18 set. 2023. p. 31.

<sup>66</sup> A respeito da resignificação dos crimes dessa natureza, destaca-se que “é inegável que a proteção do meio ambiente depende da ação humana. O homem é o responsável por sua salvaguarda e, por essa razão, tem obrigações em relação a ele. Nesse sentido, não é possível fundá-la somente no princípio de não regressão adotado durante a Conferência de Rio +20, pois as categorias jurídicas devem ser revistas à luz das práticas fatuais. Assim, “somente conceitos inovadores, ‘dos ecocrimes ao ecocídio’, parecem capazes de criar uma dinâmica, de iniciar processos transformadores que permitirão ampliar a visão tradicional do direito penal identificado ao Estado e limitado à proteção de valores nacionais.” MARTINS-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal ao Meio Ambiente: dos ecocrimes ao

Nesse contexto, este capítulo tem o objetivo de analisar como o Estatuto de Roma poderia ensejar a responsabilização criminal individual pela prática do ecocídio em tempos de paz. Antes do início das alegações a respeito dessa possibilidade, é preciso ressaltar que a situação ideal seria a revisão do Estatuto de Roma para que houvesse a previsão expressa e independente do crime de ecocídio como o quinto crime contra a paz. No entanto, como foi possível perceber a respeito do histórico do desenvolvimento das discussões sobre essa modalidade delitiva, não é tão simples assim, especialmente considerando-se a visão dos países mais ricos do mundo.

Apesar desse entrave, a comunidade internacional não pode continuar inerte diante da realidade das mudanças climáticas e dos graves danos ao Meio Ambiente, uma vez que isso reflete os interesses da humanidade, das atuais e das futuras gerações. Sendo assim, buscam-se argumentos para fundamentar a possibilidade de se punir o ecocídio perante o Tribunal Penal Internacional, com base no *status quo* instaurado pelo Estatuto de Roma de 1998.

A princípio, devido à dificuldade de diferenciação de crimes contra a humanidade e genocídio, o que ficou consignado no Tribunal de Nuremberg, pode-se afirmar que o ecocídio poderia se encaixar na norma penal prevista no artigo 7 (1) (K) do Estatuto de Roma, que permite a criminalização de outros atos desumanos de caráter similar que, intencionalmente, causem sofrimento e sérios danos ao corpo ou à saúde física e mental dos seres humanos. Nesse aspecto, reafirma-se a necessidade de releitura dos elementos caracterizadores dos crimes contra a humanidade, a fim de que a norma penal em branco possa ser aplicada pelo Tribunal.

Por outro lado, conforme foi analisado anteriormente, o ecocídio está intrinsecamente ligado ao genocídio e, assim, decorre, logicamente, desse crime, já previsto no Estatuto de Roma, levando-se em consideração a necessidade de interpretação extensiva desse diploma legal, bem como o seu ideal progressista, perspectiva que se conecta com a perspectiva evolutiva da interpretação de seus institutos jurídicos.

Desse modo, afirma-se que há duas possibilidades no Estatuto de Roma para a responsabilização crimi-

nal internacional, pelo crime de ecocídio, pelo Tribunal Penal Internacional, que não ensejariam desrespeito ao Princípio da Legalidade, por três razões: a) antes de Nuremberg, os crimes contra a humanidade foram reconhecidos como parte do direito internacional costumeiro; b) por ser consequência da norma penal em branco prevista no artigo 7 (1) (K); c) por ser consequência lógica e intrínseca ao processo que desencadeia a prática do crime de genocídio, já tipificado no Estatuto de Roma de 1998.<sup>67</sup>

O reconhecimento da responsabilização criminal internacional do ecocídio pelo Tribunal Penal Internacional estaria em consonância com o movimento já analisado neste artigo, denominado *greening*, ou seja, o esverdeamento dos direitos humanos, que vem ganhando força no direito internacional e perante a comunidade internacional, não somente como norma e como atos de natureza *soft law*, mas, também, com fulcro nas normas de natureza *jus cogens* perante os diversos Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos, global, europeu e interamericano.

No âmbito europeu, destaca-se o Pacto Verde Europeu<sup>68</sup> e a iniciativa de se criminalizar o ecocídio, conforme Projeto de Lei aprovado em maio de 2021 pelo Parlamento Europeu, para tipificar o ecocídio como crime internacional, como forma de pressão para a Comissão Europeia dar um passo adiante nessa discussão com o Tribunal Penal Internacional.<sup>69</sup>

Ainda no contexto europeu, recentemente, a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou o caso Verein Klimaseniorinnen Schweiz e outros contra a Suíça, destacando a necessidade de mitigação do estado de emergência climática vivenciado pela comunidade internacional.<sup>70</sup>

No continente europeu, os tribunais nacionais também começam a utilizar, em suas decisões, os *standards* de proteção ao Meio Ambiente e sua interseccionali-

ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 540-569, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3753>. Acesso em: 18 set. 2023. p. 547.

<sup>67</sup> SCHABAS, William. Origins of the genocide convention: from Nuremberg to Paris. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 35-55, 2008.

<sup>68</sup> Conferir as informações em: [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_pt](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pt). Acesso em: 24 jul. 2023.

<sup>69</sup> Conferir as informações em: [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_pt](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pt). Acesso em: 24 jul. 2023.

<sup>70</sup> Conferir o caso disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-209313%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-209313%22]}). Acesso em: 24 jul. 2023.

dade com os direitos humanos, destacando-se o paradigmático Caso Urgenda<sup>71</sup>, que determinou que o governo holandês adotasse medidas eficazes para conter o aquecimento global, bem como o caso francês sobre a existência de produtos químicos tóxicos em terrenos de uma antiga zona industrial numa localidade daquele país.<sup>72</sup>

O movimento *greening* também está presente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, assim como nos países que pertencem ao Sistema, destacando-se, no âmbito nacional, a adoção da perspectiva Pachamama, mãe natureza, nas Constituições da Bolívia e do Equador<sup>73</sup>e, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão jurisdicional interamericano, a partir dos casos Povo Xucuru vs. Brasil<sup>74</sup>; Terra Nossa vs. Argentina<sup>75</sup> e da Opinião Consultiva 23/2017<sup>76</sup>, que ressalta a intrínseca relação entre os direitos humanos e o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, anteriormente analisada neste trabalho.

Conforme mencionado anteriormente, no Brasil, há o Projeto de Lei n.º 2787/2019<sup>77</sup> sobre o crime do ecocídio, que propõe uma alteração na Lei n.º 9.605/1998. No âmbito global de proteção aos Direitos Humanos, destacam-se as recentes Resoluções emitidas no âm-

bito dos órgãos da Organização das Nações Unidas, a 48/13, do Conselho de Direitos Humanos e a 76/300, da Assembléia Geral da ONU.

No âmbito do Tribunal Penal Internacional, causou polêmica a publicação de um relatório pela então Procuradora do TPI, Fatou Bensouda, que abordava a intensificação do olhar da procuradoria nas questões envolvendo o Meio Ambiente. Alguns afirmaram que isso equivaleria ao reconhecimento do ecocídio em tempos de paz pelo Tribunal, o que, com todo respeito, é um entendimento equivocado. Na verdade, o Relatório não tinha o condão de indicar que o TPI passaria a criminalizar o ecocídio em tempos de paz, uma vez que se acredita que a procuradoria estava se referindo ao ecocídio em tempos de guerra, previsto no artigo 8.<sup>78</sup>

A responsabilização criminal individual internacional pelo crime de ecocídio, em tempos de paz pelo TPI, é um grande desafio, que se conecta com as demandas e com os interesses da humanidade atualmente, que necessita lidar com as externalidades das mudanças climáticas, originárias da Era do Antropoceno, que intensificaram o aquecimento global.

Logo, para se afirmar que o Estatuto de Roma comporta a responsabilização pelo crime de ecocídio, é preciso apresentar os fundamentos jurídicos que comportam essa realidade, ou seja, o ecocídio pode ser considerado como crime contra a humanidade ou como crime conexo ao genocídio, conforme será explanado na sequência.

### 3.1 Ecocídio como crime contra a humanidade

O Tribunal Penal Internacional investiga e processa os crimes considerados mais graves pela comunidade internacional, com fundamento no Princípio da Universalidade, que suplanta a ideia do Princípio da Territorialidade.

Com a proliferação dos crimes transnacionais, a comunidade internacional se viu diante da necessidade de revisar os requisitos previstos pelo Estatuto de Roma para a configuração dos crimes contra a humanidade, que agridem o elemento *core* da dignidade humana, o seu núcleo inviolável, uma vez que a proibição da práti-

<sup>71</sup> SUPREME COURT OF NETHERLANDS. *Urgenda Case*. 2020. Disponível em: <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>; <http://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/>. Acesso em: 24 jul. 2023.

<sup>72</sup> Conferir as informações em: <https://pt.euronews.com/2022/12/01/o-primeiro-julgamento-por-ecocidio-da-ue>. Acesso: 24 jul. 2023.

<sup>73</sup> Cf. Artigos 71 a 74 da Constituição da República do Equador de 2008. Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf). Acesso em: 24 jul. 2023. Cf. BOLÍVIA. [Constituição (2009)]. *Constitución Política del Estado*. 2009. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf). Acesso em: 24 jul. 2023.

<sup>74</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Povo Xucuru v. Brasil*. 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf). Acesso em: 24 jul. 2023.

<sup>75</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Nossa Terra v. Argentina*. 2020. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia\\_sentencia-v4-18sep.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia_sentencia-v4-18sep.pdf). Acesso em: 24 jul. 2023.

<sup>76</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Parecer Consultivo 23/2017*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

<sup>77</sup> A tramitação do Projeto de Lei pode ser consultada em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2201529>. Acesso 18 dez 2021.

<sup>78</sup> Cf. Relatório disponível em: [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915\\_OTP-Policy\\_Case-Selection\\_Eng.pdf](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf). Acesso em: 24 jul. 2023.

ca dos crimes dessa natureza é consequência da consideração das normas de natureza *jus cogens* e reflete uma emergência global.

Avança-se na discussão sobre crimes contra a humanidade desde 1907. O Estatuto do Tribunal de Nuremberg definiu, em seu artigo 6.c, como crimes dessa natureza: ‘os atos desumanos cometidos contra a população civil, a perseguição por motivos políticos, o homicídio, o extermínio, a deportação e outros’.

Mais recentemente, outros estatutos voltaram a contemplar os crimes contra a humanidade, como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (1993) e o Estatuto do Tribunal Penal para Ruanda (1994). Por sua vez, o Estatuto de Roma, de 1998, que constituiu o Tribunal Penal Internacional, definiu, em seu art. 7º, como crimes contra a humanidade, aqueles cometidos num quadro de ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque <sup>79</sup>.

Diante da necessidade de releitura dos requisitos para a caracterização dos crimes contra a humanidade, é possível afirmar que um costume internacional ou uma norma *soft law* pode criar precedentes para a caracterização do crime de ecocídio como crime contra a humanidade, em tempos de paz, pois há uma necessidade de se desenvolver uma noção contemporânea dos crimes dessa natureza <sup>80</sup>.

Quanto aos limites do artigo 7 (1) (K) do Estatuto de Roma, é importante destacar que o dispositivo não pode ser considerado uma carta em branco para abarcar qualquer tipo de comportamento, pois, apesar de ser norma penal em branco e aberta, nem todo ato grave pode ser considerado desumano.

<sup>79</sup> a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, [...]; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) O crime do *Apartheid*; k) Outros crimes desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou mental. Documento disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 18 set. 2023.

<sup>80</sup> PROULX, Vincen-Joel. Rethinking the jurisdiction of the International Criminal Court in the post-september 11th era: should acts of terrorism qualify as crimes against humanity? *American University International Law Review*, v. 19, n. 5, p. 1009-1089, 2003.

É possível constatar, a partir da jurisprudência do Tribunal Penal Internacional, que ao artigo 7º foram incorporados crimes contra a humanidade assentados pela jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, a exemplo do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, nos casos Stakic e Kupreskic, que considerou outros atos desumanos como uma categoria residual de crimes contra a humanidade. Além desses casos, entendeu-se, no caso Akayesu — do Tribunal Penal Internacional para Ruanda — que a nudez forçada poderia ser considerada como ato desumano, o que demonstra a importância da jurisprudência para a interpretação e para a evolução do direito internacional.<sup>81</sup>

Além da interpretação dos crimes contra a humanidade pela jurisprudência dos tribunais penais internacionais *ad hoc*, há a possibilidade de releitura dos elementos caracterizadores dos crimes contra a humanidade, por meio da lente de aumento do costume internacional, outra fonte do direito internacional de extrema relevância para a evolução desse ramo do direito.

Assim como no caso *Eichman*, em que a jurisdição de um tribunal foi baseada em um costume internacional, o ecocídio, por exemplo, também por força de um costume internacional, pode ser considerado ato desumano e, portanto, crime contra a humanidade, em decorrência do consenso da comunidade internacional de que os atos praticados no contexto desse crime se inserem no contexto dos *core crimes* e são de interesse da humanidade <sup>82</sup>.

Referido raciocínio decorre da ideia de que a proibição de se praticar crimes contra a humanidade é uma emergência global, baseada em norma *jus cogens*, que não podem ser afastadas pela vontade dos Estados e que impõem a necessidade de se conjugar os crimes previstos no artigo 7 (1) com os elementos adicionais do artigo 7 (2) e (3) do Estatuto de Roma de 1998, para que sejam aplicáveis aos crimes contra a humanidade, de modo a concretizar a jurisdição universal do Tribunal Penal In-

<sup>81</sup> Os casos estão disponíveis no link: <http://www.international-crimesdatabase.org/Case/50/Akayesu/>; <http://www.icty.org/case/stakic/4>; <http://www.icty.org/case/kupreskic/4>. Acesso em: 26 abr. 2019.

<sup>82</sup> DOUKELLIS, Nikolaos. *Fighting grand corruption: a criticism of the ‘crime against humanity’ approach & a feasible solution*. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2779609>. Acesso em: 23 jul. 2023.

ternacional, que suplanta a noção clássica de soberania estatal<sup>83</sup>.

Assim, as leis criminais internacionais são mais flexíveis do que as nacionais, uma vez que podem ser complementadas pelo costume internacional e pela jurisprudência, fontes do direito internacional, bem como pela ideia de que a soberania universal deve suplantar a noção clássica de soberania nacional. Dessa forma, o costume internacional pode reformular a aplicação da lei com base na jurisprudência, uma vez que os tribunais têm a responsabilidade de reconhecer a existência do direito costumeiro para contribuir com o desenvolvimento do direito internacional, além de serem detentores do poder-dever de manifestar-se sobre a sua competência.

A partir dessas considerações preliminares, é necessário analisar como o ecocídio poderia ser inserido no rol dos crimes contra a humanidade para ser processado perante o Tribunal Penal Internacional. Para isso, é necessário estabelecer um raciocínio sobre a estrutura do artigo 7º do Estatuto de Roma e sobre sua interpretação.

Para a compreensão do raciocínio apresentado, é necessário se fazer uma explanação sobre o Princípio da Legalidade aplicável ao Estatuto de Roma, que exige a pré-existência de leis criminais escritas aprovadas pelos Estados-parte do Estatuto de Roma, vedando-se a interpretação e a analogia *in malam partem*, além de estabelecer as bases para o devido processo legal.

No âmbito do direito internacional, é correto afirmar que o costume internacional pode reformular a aplicação da lei internacional com base na jurisprudência, uma vez que os juízes internacionais têm a responsabilidade de reconhecer a existência do direito costumeiro que contribui para o desenvolvimento do direito internacional criminal, conforme já foi salientado.

Assim, o princípio de que não há crime sem lei anterior que o defina não é um entrave ao desenvolvimento progressivo da lei, desde que se respeite a essência do crime original. Nesse sentido, é possível afirmar que há argumentos para a defesa da tese de que o crime de ecocídio pode sofrer a incidência da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, sendo considerado crime contra

<sup>83</sup> FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y ciudadanía: un constitucionalismo global. *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 9, p. 173-184, out. 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ms-all-de-la-soberana-y-la-ciudadana-un-constitucionalismo-global-0/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

a humanidade, desde que não por meio da persecução direta, uma vez que não há a tipificação do crime de ecocídio como crime contra a humanidade<sup>84</sup>.

Nesse sentido, persiste a alternativa da persecução indireta, ou seja, o ecocídio pode ser processada perante o Tribunal Penal Internacional se estiver relacionado com algum tipo penal previsto no artigo 7º do Estatuto de Roma, desde que haja o ataque sistemático e generalizado contra qualquer população civil com degradação aos direitos humanos.

Assim, o ecocídio poderia ser processado perante o Tribunal Penal Internacional, com base no artigo 7(1) (K), se estivessem presentes os seguintes requisitos: se o ato for tão grave quanto os outros atos explicitamente enumerados no artigo 7º; se for um ato desumano e se causar grande sofrimento ou prejuízo à saúde física ou mental da vítima.

Starr, citado por Doukellis<sup>85</sup>, propõe a ideia de que o reconhecimento de novas categorias de atos desumanos está de acordo com o Princípio da Legalidade, mencionado que a Corte de Apelação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, ao definir ato desumano, o relacionou com o ato de omissão que causa sério sofrimento físico ou mental à vítima e que causa sérios danos à dignidade humana.

Entretanto, a interpretação restritiva do Princípio da Legalidade contribui para a afirmação de que há uma lacuna para o processamento do ecocídio como crime contra a humanidade, ideia que pode ser refutada com a análise do artigo 21 do Estatuto de Roma, que permite a interpretação evolutiva e extensiva do Estatuto para abranger tratados internacionais, princípios de direito internacional e princípios gerais de direito internacional.

Logo, o sentido literal dos artigos 21 (1) (a) e 7 (1) (K) sugere que a aparente lacuna quanto à previsão do crime de ecocídio no Estatuto de Roma pode ser suprida pela interpretação evolutiva dos tratados internacionais de direitos humanos.

<sup>84</sup> DOUKELLIS, Nikolaos. *Fighting grand corruption: a criticism of the 'crime against humanity' approach & a feasible solution*. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2779609>. Acesso em: 23 jul. 2023.

<sup>85</sup> DOUKELLIS, Nikolaos. *Fighting grand corruption: a criticism of the 'crime against humanity' approach & a feasible solution*. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2779609>. Acesso em: 23 jul. 2023.

Assim como ocorreu no caso Akayesu, a interpretação evolutiva dos tratados internacionais específicos e gerais comporta a aceção indireta do ecocídio como crime contra a humanidade, pois o surgimento de um costume internacional ou de uma norma *soft law* cria precedentes que contribuem para a consideração contemporânea dos crimes contra a humanidade<sup>86</sup>.

Dessa forma, a releitura dos elementos caracterizadores dos crimes contra a humanidade, previstos no Estatuto de Roma de 1998, considerando os parâmetros do próprio Estatuto, conjugada com a hermenêutica internacional, que preconiza a interpretação evolutiva dos tratados internacionais de direitos humanos, legitima o entendimento de que há um caminho para a consideração do ecocídio como crime contra a humanidade.

Referido entendimento não se dissocia da necessidade de se humanizar a Era do Antropoceno e, inclusive, contribuiria para a aplicação da perspectiva humanista ao antropocentrismo que consolidou a globalização dos riscos e que conduziu a humanidade à realidade da grave degradação dos direitos humanos com a pandemia.

De outro modo, o ecocídio também pode ser considerado como crime conexo ao genocídio, o que será analisado no item seguinte.

### 3.2 O nexa ecocídio-genocídio de Nuremberg ao Estatuto de Roma: um caminho sem volta

Desde que a Convenção do Genocídio foi aprovada em 1948, há muitas discussões a respeito da necessidade de se emendar a sua definição, em especial por sua relação com o conceito de crimes contra a humanidade, o que fez com que os termos fossem utilizados, paralelamente, para se referir a situações que, a princípio, não eram admitidas como conexas pela comunidade internacional.<sup>87</sup>

A relação entre o conceito de genocídio e os crimes contra a humanidade ficou clara no Tribunal de Nuremberg, que optou pelo termo crimes contra a humanidade relacionado com a guerra, não se propondo a analisar os

crimes cometidos antes da deflagração do conflito. Essa dificuldade do Tribunal de Nuremberg em lidar com o genocídio, em tempos de paz, fez com que a Convenção do Genocídio fosse elaborada em 1948, como uma resposta ao Tribunal de Nuremberg, que não reconheceu o genocídio em tempos de paz.

O conceito de crimes contra a humanidade evoluiu a ponto de passar a ser aplicado em tempos de paz, ao passo que o conceito de genocídio permaneceu inalterado, inclusive após a elaboração do Estatuto de Roma, em 1998, que optou pelo conceito clássico de genocídio, que, a partir do final da década de 90, passou a ter um certo desenvolvimento.<sup>88</sup>

Mas o termo genocídio já tinha sido proposto por Raphael Lemkin em 1944, em sua obra *Axis Rule in Occupied Europe*, como o crime de destruição de grupos nacionais, raciais ou religiosos que atingem a consciência da humanidade que, por se referir à negação dos direitos humanos, torna-se um problema de interesse de toda a humanidade, devendo ser adotado para esses crimes, portanto, o Princípio da Repressão Universal ou da jurisdição universal.<sup>89</sup> O genocídio é materializado por atos contra os seres humanos com a intenção de aniquilar o grupo composto por indivíduos, membros de um grupo racial/nacional/étnico/religioso, perfazendo-se a distinção entre nacionais e grupos marginalizados. A definição apresenta lacunas e, conforme Schabas<sup>90</sup>, as falhas devem ser preenchidas por normas costumeiras.

É importante notar que o genocídio desdobra-se, basicamente, na aceção física e cultural. No entanto, Lemkin<sup>91</sup> afirma que o genocídio se refere a um plano coordenado de diferentes atos que se destinam à destruição das fundações essenciais de vida de um grupo nacional, com o objetivo de aniquilá-lo, com a desintegração das instituições sociais e políticas, da cultura, da língua, do sentimento de nação, religião e da existência econômica do grupo, bem como com a destruição da segurança pessoal, liberdade, saúde e dignidade. Para o

<sup>86</sup> PROULX, Vincen-Joel. Rethinking the jurisdiction of the International Criminal Court in the post-september 11th era: should acts of terrorism qualify as crimes against humanity? *American University International Law Review*, v. 19, n. 5, p. 1009-1089, 2003.

<sup>87</sup> SCHABAS, William A. Genocide law in a time of transition: recent developments in the law of genocide. *Rutgers Law Review*, v. 61, n. 1, p. 161-192, 2008.

<sup>88</sup> SCHABAS, William A. Genocide law in a time of transition: recent developments in the law of genocide. *Rutgers Law Review*, v. 61, n. 1, p. 161-192, 2008.

<sup>89</sup> LEMKIN, Raphael. Genocide. *American Scholar*, v. 15, n. 2, p. 227-230, 1946.

<sup>90</sup> SCHABAS, William A. Genocide law in a time of transition: recent developments in the law of genocide. *Rutgers Law Review*, v. 61, n. 1, p. 161-192, 2008.

<sup>91</sup> LEMKIN, Raphael. *Axis rule in occupied Europe*. laws of occupation: analysis of government: proposals for redress. New York: Columbia University Press, 1944. p. 79-95.

mesmo autor, o genocídio é composto por duas fases, a primeira materializada pela destruição da perspectiva nacional do oprimido e, a segunda, pela imposição da perspectiva nacional do opressor.

Lemkin, ainda, assevera que as técnicas do genocídio se desdobram em política, social, cultural, religiosa, moral, econômica, biológica e física e, assim, tolerar o genocídio significa admitir que uma nação tenha o direito de atacar outra por se considerar superior, com a destruição de toda a estrutura micro e macro que compõe uma nação autodeterminada.

A propósito do tema, Lemkin afirma que o genocídio inclui os seguintes elementos:

the intent of the offenders is to destroy or degrade an entire national, religious or racial group by attacking the individual members of that group.

This attack is a serious threat either to life, liberty, health, economic existence or to all of them.

The offenders may be representatives of the state or of organized political or social groups.

Liability should be fixed upon individuals both as to those who give the orders and to those who execute the orders.

The offender, should be precluded from invoking as his defense the plea that he had been acting under the law of his country, since acts of genocide should be declared contrary to international law and morality.

Since the consequences of genocide are international in their implications, the repression of genocide should be internationalized. The culprit should be liable not only in the country in which the crime was committed, but in the country where he might be apprehended. The country where he is found may itself try him or extradite him.

Since a country which makes a policy of genocide cannot be trusted to try its own offenders, such offenders should be subject to trial by an international court. Eventually, there should be established a special chamber within the framework of the International Court of Justice.

The crime of genocide should be incorporated into the penal codes of all states by international treaty, giving them a legal basis upon which they could act.

It is also proposed that the Hague Regulations be modified to extend to captive nations the controls provided for the treatment of war prisoners by the Convention of July 1929. Attempts to rescue or alleviate the suffering of captive nations have been hampered by lack of accurate information.<sup>92</sup>

<sup>92</sup> LEMKIN, Raphael. *Axis rule in occupied Europe: laws of occupation: analysis of government: proposals for redress*. New York: Columbia University Press, 1944. p. 79-95.

Em relação às duas perspectivas basilares do genocídio, a física e a cultural, é indispensável registrar que os redatores da Convenção do Genocídio excluíram, intencionalmente, o genocídio cultural do escopo do instrumento, o que foi um equívoco, uma vez que a destruição de pessoas começa com um ataque à cultura, à língua, à religião, aos monumentos culturais e institucionais, evidenciando a intenção de cometer o genocídio biológico e físico, conforme assinala Schabas.<sup>93</sup>

Nesse contexto, o nexos entre ecocídio e genocídio torna-se mais evidente, uma vez que o ecocídio pode ser uma forma de genocídio se a destruição ambiental resultar em ameaça à cultura de um grupo social ou a sua existência física.<sup>94</sup>

Referido nexos tem intrínseca relação com a Era do Antropoceno, anteriormente analisada no artigo, o que faz com que o ecocídio possa se transformar na primeira causa do genocídio, por provocar a morte social, o que Loureiro<sup>95</sup> denominou de *mistanásia social*, ou seja, a morte social desnecessária de determinadas pessoas, grupos ou indivíduos em decorrência da adoção de políticas públicas com a finalidade de aniquilar essas pessoas.

A conformação da nova ordem global, influenciada pela globalização e suas externalidades, provoca a necessidade de releitura dos conceitos cunhados no Pós II Guerra Mundial e, portanto, com o viés eurocêntrico. Lemkin, aliás, sempre a frente do seu tempo e conectado com a ideia de que o conceito de genocídio precisaria ser mais amplo, já anunciava a necessidade de se promover a previsão ampliada de genocídio na Convenção, o que, lamentavelmente, não ocorreu.

Nesse aspecto, Lemkin invocou a conexão entre barbaridade e vandalismo e convocou a comunidade internacional a banir a destruição física e cultural de grupos sociais humanos. Para ele, o vandalismo se refere à destruição da cultura, que integra a sociedade humana,

<sup>93</sup> SCHABAS, William A. Genocide law in a time of transition: recent developments in the law of genocide. *Rutgers Law Review*, v. 61, n. 1, p. 161-192, 2008. p. 173.

<sup>94</sup> CROOK, Martin; SHORT, Damien. Marx, Lenin and the genocide-ecocide nexus. *International Journal of Human Rights*, v. 18, n. 3, p. 298-314, 2014.

<sup>95</sup> LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. *Mistanásia Social, Covid-19 e direitos humanos: um tratado internacional para o enfrentamento das pandemias*. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 22, n. 3, p. 135-157, 2021.

sendo condição necessária para a realização das necessidades materiais individuais, representando, inclusive, a memória coletiva de um grupo único e distinto.

Nesse sentido, Lemkin assinala que, quando o foco do genocídio está no massacre físico, a variedade de métodos e técnicas do genocídio é ignorada. Por isso, para Lemkin, o genocídio cultural era parte essencial da Convenção do Genocídio e, dessa forma, na visão do autor, a Convenção do Genocídio, sem a previsão dessa perspectiva, é inefetiva e ineficaz diante da complexidade do mundo contemporâneo <sup>96</sup>.

É nesse contexto que é salutar ressaltar a necessidade de releitura do conceito e da amplitude de genocídio cunhados no Pós II Guerra Mundial, período de visão unidimensional e eurocentrada, inadequada para atender às demandas atuais da comunidade internacional. Considerando-se, assim, todo o desenvolvimento da Teoria dos Direitos humanos, os acontecimentos que atingem a comunidade internacional, bem como a atual conformação da ordem global, é possível falar em genocídio cultural como consequência dessa realidade.

A crise ambiental global, que é humana, cultural e moral, é um dos fatos que evidencia a necessidade de releitura do regime jurídico decorrente do ordenamento jurídico atual, provocando a necessidade de se ressignificar os institutos jurídicos cunhados em períodos anteriores, o que se aplica ao instituto jurídico do genocídio que, em sua anatomia, expressa-se pelas acepções física, biológica e cultural. <sup>97</sup>

É importante esclarecer que o nexos genocídio-ecocídio se destina à compreensão da intersecção entre a destruição dos ecossistemas (ecocídio) e a destruição dos grupos humanos (genocídio), que ocorrem conjuntamente e de forma condicionada, por meio de processos de superposição de fases e de técnicas, ou seja, não ocorre por meio da interseccionalidade entre dois crimes, mas sim de processos que destroem os grupos humanos e os ecossistemas nos quais eles vivem. Nesse caso, a interseccionalidade, conforme ensina Crenshaw <sup>98</sup>, pode ser uma ferramenta importante para identificar

<sup>96</sup> CROOK, Martin; SHORT, Damien. Marx, Lenin and the genocide-ecocide nexus. *International Journal of Human Rights*, v. 18, n. 3, p. 298-314, 2014.

<sup>97</sup> GALLIGAN, Bryan. Re-theorizing the genocide-ecocide nexus: Raphael Lemkin and ecocide in Amazon. *International Journal of Human Rights*, v. 26, n. 6, 2022. p. 1-2.

<sup>98</sup> CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doc-

a superposição de atos que são praticados no decorrer desse processo, desde que estes não sejam tratados como crimes distintos, mas como partes de um processo.

Crook e Short, ao teorizarem o nexos ecocídio-genocídio, identificaram dois componentes basilares para consolidar referido nexos, o primeiro, que concebe o ecocídio como um método de genocídio físico e cultural, uma vez que a identidade e o bem-estar de determinados grupos estão intimamente ligados à integridade dos ecossistemas nos quais eles vivem. É o caso dos Povos Indígenas que, ao terem o seu ecossistema atingido, passam a sofrer o aniquilamento de sua perspectiva física, o que, com o passar do tempo, torna-se um aniquilamento biológico do grupo, também. Além disso, a destruição de seu ecossistema também acarreta o genocídio cultural.

Em segundo lugar, os autores também apontam que o capitalismo e o colonialismo acarretam consequências genocidas e ecocidas, com a desapropriação de terras, extração de recursos naturais, dentre outros atos. Assim, a colonização, de acordo com Sartre, é um ato de genocídio cultural, que tem origem no capitalismo. <sup>99</sup>

A perspectiva política do genocídio, com o objetivo de destruir ou subjugar certos grupos em detrimento de outros, ficou clara no caso do Povo Yanomami, no Brasil, o que reforça a necessidade de se exercer a jurisdição universal em primazia dentro do Estado brasileiro ou provocar, em caráter complementar, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

O caso do Povo Yanomami, no Brasil, portanto, pode ser analisado no contexto da conexão entre ecocídio-genocídio. <sup>100</sup>

trine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, v. 19, n. 1, art. 8, p. 139-167, 1989. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>. Acesso em: 10 abr. 2019.

<sup>99</sup> GALLIGAN, Bryan. Re-theorizing the genocide-ecocide nexus: Raphael Lemkin and ecocide in Amazon. *International Journal of Human Rights*, v. 26, n. 6, 2022. p. 7-8.

<sup>100</sup> Em 20 de janeiro de 2023, o Ministério da Saúde declarou emergência em saúde pública, em escala nacional, diante da necessidade de combate à desassistência sanitária dos Povos que vivem no território Yanomami. O Ministério da Saúde também instalou o Centro de Operações em Emergências em Saúde Pública, o COE-Yanomami, um mecanismo nacional de gestão coordenada para responder à emergência em âmbito nacional, cuja gestão está sob a responsabilidade da Secretaria de Saúde Indígena (SESAI). O COE é responsável pela coordenação das medidas a serem empregadas durante o estado de emergência, incluindo a mobilização de recur-



A comunidade internacional vivencia a desumanização com a consideração dos indígenas como sub-humanos, à revelia da Constituição brasileira, que contém dispositivos legais protetivos aos direitos dos povos indígenas, a exemplo do artigo 231, além do artigo 196, que preconiza o direito à saúde a todos os cidadãos brasileiros, independentemente de contribuição, direito que será analisado no contexto da mistanásia social.<sup>101</sup>

No caso do Sistema Interamericano, vislumbra-se a possibilidade de responsabilização internacional do Estado brasileiro, de acordo com os *standards* decorrentes da interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, uma vez que o Brasil faltou com o dever de devida diligência para a proteção do direito à terra comunal, à preservação da cultura, do *modus vivendi* e do direito à vida, dentre outros direitos, paradigma que ficou consignado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>102</sup>

---

sos para o restabelecimento dos serviços de saúde na região, bem como pela articulação com os gestores estaduais e municipais do SUS. A situação é tão grave que as equipes do Ministério da Saúde encontraram, na região Yanomami, território indígena com mais de 30,4 mil habitantes, crianças e idosos em estado grave de saúde, com quadro de desnutrição grave, malária, infecção respiratória aguda e outros agravos, com registro de mortes de crianças e de cerca de mais de 11 mil casos de malária. Por isso, o Ministério da Saúde também instalou a sala da situação para tratar a grave crise humanitária dos Povos Indígenas Yanomami, com a participação do Ministério Público Federal, que enviou ao Governo Federal duas Recomendações, n.º 1/2021 e 23/2022, com a indicação de diversas medidas para a reestruturação da assistência básica de saúde aos Povos da Terra Indígena Yanomami, para auxiliar a tomada de decisão dos gestores e para orientar a ação de equipes locais. O Ministério da Saúde constatou que o garimpo ilegal é a principal causa da crise de saúde que afeta a etnia que, no Brasil, vive entre os Estados do Amazonas e Roraima. Cf. informações disponíveis em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2023/janeiro/ministerio-da-saude-declara-emergencia-em-saude-publica-em-territorio-yanomami>. Acesso em: 18 set. 2023.

<sup>101</sup> Até o momento, percebe-se que a prática ilícita do garimpo e a desassistência sanitária configuram gravíssimas ofensas aos direitos fundamentais do Povo Yanomami. Por essa razão, o Ministério Público Federal ajuizou ação de cumprimento de sentença visando a instalação de três bases de proteção etnoambiental da FUNAI em pontos estratégicos do território Yanomami. Além disso, durante a pandemia do COVID-19, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil requerendo que a União, a FUNAI, o IBAMA e a ICMBio apresentassem um plano emergencial de ações e um cronograma para o monitoramento territorial efetivo da Terra Indígena Yanomami, além de requerer a adoção de medidas para o combate de ilícitos ambientais e a expulsão dos garimpeiros da região, tendo sido emitida decisão favorável ao pedido pelo TRF da 1ª Região.

<sup>102</sup> No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a retirada dos garimpeiros e a proteção territorial da Terra Indígena Yanomami é objeto da Ação de Arguição de Descumprimento Fundamental 709. Além disso, recentemente, o Ministro Luís Roberto Barroso emitiu impor-

No contexto global da proteção dos direitos humanos, nota-se que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2008<sup>103</sup>, estabelece que os indígenas têm o direito ao desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, de 1945, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, que se coadunam com os *standards* interamericanos acima elencados, de forma interseccional.

Ademais, referido documento internacional ainda prevê que os indígenas não podem ser submetidos à discriminação, têm o direito à sua autodeterminação, à prática de sua cultura e de suas tradições, bem como à preservação de sua dignidade e diversidade.

Apesar de extremamente relevante, a Declaração, na opinião de parcela da comunidade internacionalista, carece de eficácia devido à sua natureza de documento *soft law*, aspecto que demandaria outro artigo para ser desenvolvido e que não cabe neste trabalho, considerando os objetivos traçados para as reflexões aqui consignadas.

---

tante decisão a respeito do caso, suspendendo os atos da FUNAI que negavam proteção a terras indígenas não homologadas. No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou à Corte Interamericana, em maio de 2022, a concessão de medidas provisórias para proteger os direitos à vida, à integridade pessoal e à saúde dos membros dos Povos Indígenas Yanomami, Ye'Kwana e Munduruku, que se encontram em situação de extrema gravidade e urgência de danos irreparáveis aos seus direitos pela intrusão, que fomenta a exploração ilegal dos seus recursos naturais, com a violação dos direitos humanos fundamentais deste grupo. Em julho de 2020, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já havia emitido medidas cautelares em favor dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'Kwana, através da Resolução n.º 35/2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20MC563-20-BR-PT.pdf>. Acesso em: 18 set. 2023. Na sequência, em 1º de julho de 2022, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu decisão cobrando uma resposta do Brasil sobre a proteção da vida, da integridade pessoal e da saúde dos membros dos Povos Yanomami, Ye'Kwana e Munduruku, em razão da solicitação da CIDH enviada à Corte em maio de 2022 (Documento disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/yanomami\\_se\\_01\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/yanomami_se_01_por.pdf)). Acesso em: 18 set. 2023). No caso, o Tribunal Interamericano adotou oito medidas provisórias no sentido de proteger os direitos dos indígenas, a saber, o direito à vida, à integridade pessoal, o acesso à alimentação e à água potável, além de solicitar medidas preventivas à exploração e à violência sexual, a prevenção e a mitigação dos efeitos do COVID-19, a elaboração de um Plano de Ação e de relatórios para o acompanhamento da situação.

<sup>103</sup> Conferir documento disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf). Acesso em: 12 fev. 2023.

A grave crise humanitária que incide sobre o Povo Yanomami evoluiu da mistanásia social para a prática do crime de genocídio, o que vem sendo discutido na mídia, no meio acadêmico e jurídico, sendo alvo de divergência.

A mistanásia social pode ser analisada, no caso do Povo Yanomami, de maneira interseccional<sup>104</sup> com a prática do crime de genocídio<sup>105</sup>, uma vez que todos os motivos que ensejam a vulnerabilidade deste grupo de pessoas devem ser apreendidos, de forma multidimensional, com a finalidade de se vislumbrar políticas públicas emergenciais e continuadas no sentido de combater a prática do genocídio neste caso.<sup>106</sup>

Além disso, o Estatuto de Roma, de 1998, também prevê o crime de genocídio, em seu artigo 6º, o que significa que, além de haver a responsabilização dos perpetradores dos danos perante a justiça brasileira, além do Estado brasileiro poder ser responsabilizado internacionalmente perante o Sistema Interamericano, existe a possibilidade de responsabilização criminal internacional do indivíduo responsável pela prática do crime de genocídio perante o Tribunal Penal Internacional.

Além disso, o crime de genocídio adentrou ao contexto das normas de natureza *jus cogens*. Assim, à luz da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados a vedação à prática do genocídio gera obrigações *erga omnes*, incompatíveis com a concepção voluntarista

do direito internacional, que se expandem na medida em que cresce a consciência jurídica universal da necessidade de se proteger os direitos inerentes a todo ser humano, independentemente de sua condição individual, no contexto da humanidade considerada em sua vasta amplitude.

As normas de natureza *jus cogens* são, portanto, normas peremptórias de direito internacional que correspondem às obrigações *erga omnes*, movidas pela *opinio juris*, manifestação da consciência jurídica internacional em benefício de todos os seres humanos, que refletem a ordem pública internacional baseada no respeito e na observância dos direitos humanos e na coesão da comunidade internacional organizada.

Nesse contexto, afirma-se que a desumanização do Povo Indígena Yanomami configura o crime de genocídio, tipificado pelo Direito Internacional e pelo ordenamento jurídico brasileiro, além de ser considerado norma impositiva a todos os Estados.

Além da responsabilização dos perpetradores das ofensas à dignidade do Povo Indígena Yanomami, o caso demonstra como o ser humano necessita rever a sua relação com a natureza, ultrapassar a era do Antropoceno<sup>107</sup> e alcançar a realidade holística, o que inclui o reconhecimento da importância dos Povos Indígenas para a manutenção da sustentabilidade, do desenvolvimento sustentável e, conseqüentemente, para a proteção ao Meio Ambiente, pressuposto indispensável para a concretização dos direitos humanos<sup>108</sup>.

A propósito do discurso da desumanização, David Livingstone Smith, em sua obra *Less than Human*<sup>109</sup>, ex-

<sup>104</sup> COLLINS, Patrícia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. Tradução de Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2021.

<sup>105</sup> No Brasil, o crime de genocídio está previsto na Lei n.º 2.889/1956. No âmbito global, a Convenção para a Prevenção e para a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, conceitua o genocídio, em seu artigo II, que pode ser praticado em tempos de paz e de guerra, como: ARTIGO II. Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. A Convenção, ainda, estabelece a impossibilidade de um chefe de estado ou de governo alegar imunidade, a título de objeção, com a finalidade de se eximir do dever de responder pela prática do crime de genocídio. Cf. documento disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/atos/decretos/1952/d30822.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1952/d30822.html). Acesso em: 18 set. 2023).

<sup>106</sup> Conferir a Lei em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l2889.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm). Acesso: 11 fev. 2023. Convenção disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/atos/decretos/1952/d30822.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1952/d30822.html). Acesso: 11 fev. 2023.

<sup>107</sup> DELANTY, Gerard. Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno. *Revista Sociedade e Estado*, v. 3, n. 2, p. 373-388, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

<sup>108</sup> A propósito da intrínseca relação entre meio ambiente e direito humanos, consultar os seguintes precedentes: CORTE INTER-AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo 23/2017*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022. ONU. *Resolução n. 48/13 do Conselho de Direitos Humanos da ONU*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>. Acesso em: 18 set. 2023.; ONU. *Resolução n. 76/300 da Assembleia Geral da ONU*. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/442/77/PDF/N2244277.pdf?OpenElement>. Acesso em: 18 set. 2023.

<sup>109</sup> SMITH, David Livingstone. *Less than human: why we demean, enslave, and exterminate others*. New York: St. Martin's Griffin, 2012. p. 2-4.

plica que a desumanização é uma criação conjunta da biologia, da cultura e da arquitetura da mente humana, mas que não ficou restrita à Europa, nem à era da modernidade.

O fundamento da desumanização concentra-se na crença de que algumas pessoas podem ser categorizadas como sub-humanas, por não gozarem das características e/ou prerrogativas que tornam um indivíduo um ser humano, pensamento que autoriza que estes sejam escravizados, torturados e, inclusive, exterminados<sup>110</sup>, ou seja, os sub-humanos estão excluídos do sistema moral e das obrigações que mantêm a humanidade unida, enquanto sujeito de direitos.

Entende-se por desumanização, portanto, o ato de conceber pessoas como criaturas sub-humanas, ao invés de seres humanos, atitude que as objetifica e as despersonaliza, de modo que sua individualidade e sua integridade não sejam perceptíveis socialmente<sup>111</sup>.

Assim, é possível pontuar que todos os seres humanos são dotados da dignidade intrínseca à sua condição humana, e o discurso da desumanização, diante desse cenário, reflete a negação da compreensão da humanidade, como sujeito de direito, considerada em sua totalidade e não apenas individualmente<sup>112</sup>.

A expressão da humanidade, enquanto totalidade de seres humanos reunidos em torno de interesses comuns, ficou consignada na Declaração das Raças da UNESCO, de 1950 que ressaltou a natureza jurídica da humanidade, enquanto sujeito de direito, ao expressar a ideia de que não há justificativa científica para a categorização de seres humanos em humanos e sub-humanos.

113

<sup>110</sup> DIAMOND, Jared. *O terceiro chimpanzé: a evolução e o futuro do ser humano*. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2021. p. 11. “As nossas qualidades singulares são responsáveis pelo nosso atual êxito biológico como espécie. Nenhum outro animal de grande porte é nativo em todos os continentes nem se reproduz em todos os habitats, dos desertos e do Ártico à floresta tropical. Nenhum animal selvagem tem uma população comparável à nossa. Porém, dentre as nossas qualidades singulares há duas que atualmente põem em risco a nossa existência: a nossa propensão a matar os nosso semelhantes e a destruir o meio ambiente.”

<sup>111</sup> SMITH, David Livingstone. *Less than human: why we demean, enslave, and exterminate others*. New York: St. Martin's Griffin, 2012. p. 26.

<sup>112</sup> LUBAN, David. A theory of crimes against humanity. *Yale Journal of International Law*, v. 29, p. 85-167, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/146>. Acesso em: 18 dez. 2021.

<sup>113</sup> LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Ju-

Dessa forma, todo ser humano, independentemente de pertencer ou não a um determinado grupo, é dotado do valor intrínseco e inalienável da dignidade humana, podendo se valer de sua natureza jurídica de pertencimento à humanidade, que tem como fundamento os valores da liberdade e da igualdade, que permeiam a vida em sociedade, conforme disposto no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O discurso da desumanização, materializado pela prática da mistanásia social e do genocídio é uma realidade que precisa ser ultrapassada pela humanidade. Nesse aspecto, o reconhecimento do ecocídio pelo Tribunal Penal Internacional, nos termos defendidos neste trabalho, seja como crime contra a humanidade ou como conexo ao crime de genocídio, é uma medida que contribui para a mudança de narrativa no sentido de deixar uma herança de respeito ao Meio Ambiente às futuras gerações, além de garantir a estas o direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, com o acesso a todos os recursos necessários para uma vida plena.

Logo, os fundamentos para a responsabilização do ecocídio, como decorrência do genocídio, é possível, plausível e viável diante do cenário internacional contemporâneo.

## 4 Considerações finais

A prática do ecocídio, crime contra a paz preterido na redação final do Estatuto de Roma de 1998, reflete a postura do ser humano em relação à natureza na Era do Antropoceno, que preconizou a supremacia do ser humano sobre os recursos naturais e sobre outras formas de vida existentes no Planeta Terra.

O ecocídio, a pandemia e outras circunstâncias que denotam a violação dos direitos humanos decorrem da realidade antropocêntrica que somente pode ser revertida com a harmonização entre antropocentrismo e ecocentrismo e com a consagração de uma visão holística a respeito do direito à vida.

risdição universal: “Caixa de Pandora” ou um caminho para a realização dos interesses da humanidade? *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 2, p. 213-243, 2022. Disponível em: <https://www.gti.uniceub.br/rdi/article/view/8400/pdf>. Acesso em: 18 set. 2023. p. 232.

A conformação da sociedade de risco e da globalização dos riscos também deu causa às doenças e às mazelas do antropoceno como a pandemia e o ecocídio, e é nesse contexto que se propõe a revisitação da interpretação e da aplicação dos institutos jurídicos e dos tipos penais internacionais previstos no Estatuto de Roma, a fim de que sejam ressignificados de acordo com o momento atual vivenciado pela comunidade internacional.

Por isso, é preciso rever a interpretação dos elementos que caracterizam os crimes contra a humanidade no sentido de se aplicar o Estatuto de Roma, de acordo com a realidade atual de conflitos armados, deslocamentos forçados, pandemia e ecocídio. Assim, deve-se propiciar a interpretação evolutiva desse documento internacional, desde que não se despreste o Princípio da Legalidade e da Anterioridade das Leis.

A solução ideal seria, no entanto, a revisão do Estatuto de Roma para a previsão do ecocídio como crime contra a humanidade em tempo de paz. Enquanto isso não acontece, devem ser realizados esforços para se consolidar as bases para a construção de um novo humanismo, pautado na ética ecológica, em consonância com a dignidade da humanidade, com a interseccionalidade entre Meio Ambiente e direitos humanos e com a visão holística entre o antropocentrismo e o ecocentrismo.

O que não se pode aceitar é a inércia da comunidade internacional diante dos fatos e das atrocidades praticadas contra os direitos humanos e contra a dignidade humana por meio do ecocídio.

As ferramentas e os caminhos de como proceder estão expressas nesse texto, resta saber se e quando as ideias consignadas serão ouvidas pelas autoridades internacionais.

A crise humanitária, instaurada no território do Povo Yanomami, é consequência de atitude deliberada e intencional no sentido de exterminar e de desumanizar um grupo indesejado, o Povo Indígena Yanomami, o que configura o genocídio, que contempla a conexão com o ecocídio, nesse caso.

A revisão da Era do Antropoceno para a realidade do econcetrismo e do holismo é uma emergência para a contenção dos efeitos das mudanças climáticas e para a revisitação da relação do homem com a natureza.

A metamorfose do mundo provocada pela sociedade catastrófica provoca a revisão do contexto do estado

como centro do mundo para ceder espaço para a humanidade, o que faz com que os Estados tenham de se reposicionar diante da nova ordem global.

Referida perspectiva é corroborada pelo viés ecológico dos direitos humanos, o *greening*, que ficou ressaltado nas Resoluções emitidas pela Organização das Nações Unidas sobre a consideração do Meio Ambiente sadio e equilibrado como direito humano.

Assim, afirma-se que o ecocídio, seja como crime contra a humanidade ou como crime conexo ao genocídio, pode ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional, tendo em vista a interpretação evolutiva e extensiva do Estatuto de Roma de 1988 que o concebe como um crime contra a paz.

## Referências

- BASSIOUNI, Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. *Virginia Journal of International Law*, v. 42, n. 1, p. 81-162, 2001-2002. Disponível em: <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/>. Acesso em: 25 out. 2020.
- BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BECK, Ulrich. Critical theory of world risk society: a cosmopolitan vision. *Constellations*, v. 16, n. 1, p. 3-22, 2009. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/228042862\\_Critical\\_Theory\\_of\\_World\\_Risk\\_Society\\_A\\_Cosmopolitan\\_Vision](https://www.researchgate.net/publication/228042862_Critical_Theory_of_World_Risk_Society_A_Cosmopolitan_Vision). Acesso em: 27 fev. 2021.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BECK, Ulrich. *What tis globalization?* Tradução de Patrick Camiller. New York: Polity, 2000.
- BIRD, Anne. Third state responsibility for human rights violations. *The European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 883-900, 2011. Disponível em <http://www.ejil.org/pdfs/21/4/2118.pdf>. Acesso em: 1 maio 2021.
- BOKOVA, Irina. *A new humanism for the 21<sup>st</sup> century*. Paris: UNESCO, 2010.

- COLLINS, Patrícia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. Tradução de Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Nossa Terras v. Argentina*. 2020. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia\\_sentencia-v4-18sep.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia_sentencia-v4-18sep.pdf). Acesso em: 24 jul. 2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Povo Xucuru v. Brasil*. 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf). Acesso em: 24 jul. 2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 18/2003 sobre os Direitos dos Trabalhadores Imigrantes Indocumentados*. 2003. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_por.pdf). Acesso em: 23 set. 2022.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo 23/2017*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.
- CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of anti-discrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, v. 19, n. 1, art. 8, p. 139-167, 1989. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- CROOK, Martin; SHORT, Damien. Marx, Lenin and the genocide-ecocide nexus. *International Journal of Human Rights*, v. 18, n. 3, p. 298-314, 2014.
- DELANTY, Gerard. Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno. *Revista Sociedade e Estado*, v. 3, n. 2, p. 373-388, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.
- DIAMOND, Jared. *O terceiro chimpanzé: a evolução e o futuro do ser humano*. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2021.
- DOUKELLIS, Nikolaos. *Fighting grand corruption: a criticism of the 'crime against humanity' approach & a feasible solution*. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2779609>. Acesso em: 23 jul. 2023.
- FALK, Richard A. Environmental warfare and ecocide facts, appraisal and proposals. *Revue Belge de Droit International*, v. 9, n. 1, p. 1-27, 1973.
- FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y ciudadanía: um constitucionalismo global. *Isonomia: Revista de Teoria y Filosofía del Derecho*, n. 9, p. 173-184, out. 1998. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ms-all-de-la-soberana-y-la-ciudadana-un-constitucionalismo-global-0/>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- FIDH. *Report International Criminal Court: implementation of the Rome statute in Cambodian law*. Disponível em: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/cambodge-443angformatword.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2020.
- GAILLARD, Emilie. Crimes against future generations. *Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 2, n. 2, p. 40-62, 2015.
- GALLIGAN, Bryan. Re-theorizing the genocide-ecocide nexus: Rapahel Lemkin and ecocide in Amazon. *International Journal of Human Rights*, v. 26, n. 6, 2022.
- GAUGER, Anja; RABATEL-FERNEL, Mai Pouye; KULBICKI, Louise; SHORT, Damien; HIGGINS, Polly. Ecocide is the missing 5th crime against peace. *Human Rights Consortium*. 2013. Disponível em: [https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide\\_research\\_report\\_19\\_July\\_13.pdf](https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf). Acesso em: 9 jun. 2020.
- GIDDENS, Anthony. *Runaway world: how is reshaping our lives?* New York: Routledge, 2000.
- HIGGINS, Polly. *Eradicating ecocide*. 2. ed. London: Shephard\_Walwyn Publishers, 2015.
- HIGGINS, Polly; SHORT, Damien; SOUTH, Nigel. Protecting the planet: a proposal for a law of ecocide. *Crime, Law and Social Change*, v. 59, n. 1, p. 251-266, 2013. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/257552825\\_Protecting\\_the\\_planet\\_A\\_proposal\\_for\\_a\\_law\\_of\\_ecocide](https://www.researchgate.net/publication/257552825_Protecting_the_planet_A_proposal_for_a_law_of_ecocide). Acesso em: 18 dez. 2021.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*. 2020. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/case/178>. Acesso em: 23 jul. 2023.
- JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Brasil/Portugal: Editora Fundo de Cultura, 1965.
- KOTZÉ, Louis. Earth system law for the Anthropocene. *Sustainability*, v. 11, n. 23, p. 2-13, 2019. Disponível

- em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/11/23/6796>. Acesso em: 22 set. 2023.
- KOTZÉ, Louis. Human rights and the environment in the Anthropocene. *The Anthropocene Review*, v. 1, n. 3, p. 252-275, 2014. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053019614547741>. Acesso em: 9 maio 2021.
- LE BRIS, Catherine. The legal implication of the draft Universal Declaration of the Rights of Mankind. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, p. 143-163, 2017.
- LEMKIN, Raphael. *Axis rule in occupied Europe: laws of occupation: analysis of government: proposals for redress*. New York: Columbia University Press, 1944.
- LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Jurisdição universal: “Caixa de Pandora” ou um caminho para a realização dos interesses da humanidade? *Revista de Direito Internacional*, v. 19, n. 2, p. 213-243, 2022. Disponível em: <https://www.gti.uniceub.br/rdi/article/view/8400/pdf>. Acesso em: 18 set. 2023.
- LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Mistanásia Social, Covid-19 e direitos humanos: um tratado internacional para o enfrentamento das pandemias. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 22, n. 3, p. 135-157, 2021.
- LUBAN, David. A theory of crimes against humanity. *Yale Journal of International Law*, v. 29, p. 85-167, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/146>. Acesso em: 18 dez. 2021.
- MARTINS-CHENUT, Kathia; NEYRET, Laurent; PERRUSO, Camila. Rumo à internacionalização da proteção penal ao Meio Ambiente: dos ecocrimes ao ecocídio. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 540-569, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3753>. Acesso em: 18 set. 2023.
- MEHTA, Sailesh; MERZ, Prisca. Ecocide: a new grime Against peace? *Environmental Law Review*, v. 17, n. 1, p. 3-7, 2015.
- PROULX, Vincen-Joel. Rethinking the jurisdiction of the International Criminal Court in the post-september 11th era: should acts of terrorism qualify as crimes against humanity? *American University International Law Review*, v. 19, n. 5, p. 1009-1089, 2003.
- RESTA, Eligio. *Direito fraterno*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.
- ROBINSON, Mary. *Justiça climática: esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.) *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23-72. Disponível em: [http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias\\_do\\_sul\\_boaventura.pdf](http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias_do_sul_boaventura.pdf). Acesso em: 16 fev. 2021.
- SCHABAS, William A. Genocide law in a time of transition: recent developments in the law of genocide. *Rutgers Law Review*, v. 61, n. 1, p. 161-192, 2008.
- SCHABAS, William. Origins of the genocide convention: from Nuremberg to Paris. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 40, n. 1, p. 35-55, 2008.
- SMITH, David Livingstone. *Less than human: why we demean, enslave, and exterminate others*. New York: St. Martin's Griffin, 2012.
- SUPREME COURT OF NETHERLANDS. *Urgenda Case*. 2020. Disponível em: <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>; <http://climatecasechart.com/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/>. Acesso em: 24 jul. 2023.
- TEIXEIRA, Gabriel Hadad. O Tribunal Penal Internacional como um instrumento complementar na proteção dos bens jurídicos internacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 1, p. 27-39, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1628/1576>. Acesso em: 18 set. 2023.
- UNFCCC. *Paris agreement*. 2015. Disponível em: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement>. Acesso em: 18 set. 2023.
- UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 76/300: the human right to a clean, healthy and sustainable environment*. 28 jul. 2022. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/442/77/PDF/N2244277.pdf?OpenElement>. Acesso em: 29 out. 2022.
- UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Resolution 48/13: the human right to a clean, healthy and sustainable environment*. 8 out. 2021. Disponível em: <https://>

documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement. Acesso em: 29 out. 2022.

WATTAD, Mohammed Saif-Alden. The Rome Statute and Captain Planet: what lies between climate against humanity and the natural environmental. *Fordham Environment Law Review*, v. 19, n. 2, p. 265-285, 2009.

WEISS, Edith Brown. In fairness to future generations and sustainable development. *American University International Law Review*, v. 8, n. 1, p. 19-26, 1992.

YEE, Sienho. Universal jurisdiction: concept, logic, and reality. *Chinese Journal of International Law*, v. 10, p. 503-530, 2011. Disponível em: <https://watermark.silverchair.com/jmr041.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

ZALAZIEWICZ, Jan; WILLIAMS, Mark; HAYWOOD, Alan; ELLIS, Michael. The anthropocene: a new epoch of geological time? *Philosophical Transactions of the Royal Society*, v. 369, p. 835-841, 2011. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/49799235\\_The\\_Anthropocene\\_a\\_new\\_epoch\\_of\\_geological\\_time\\_INTRODUCTION](https://www.researchgate.net/publication/49799235_The_Anthropocene_a_new_epoch_of_geological_time_INTRODUCTION). Acesso em: 9 jul. 2020.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Trial by Bangladesh international crimes tribunal: justice divulged or political agenda?**

**Julgamento pelo tribunal de crimes internacionais de Bangladesh: justiça divulgada ou agenda política?**

Niteesh Kumar Upadhyay

Mahak Rathee

Sangeeta Taak

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION



# Trial by Bangladesh international crimes tribunal: justice divulged or political agenda?\*

## Julgamento pelo tribunal de crimes internacionais de Bangladesh: justiça divulgada ou agenda política?

Niteesh Kumar Upadhyay\*\*

Mahak Rathee\*\*\*

Sangeeta Taak\*\*\*\*

### Abstract

The war crimes that happened in Bangladesh are known all over the globe and were considered massive violations of human rights; hence, there was a need to initiate trials in order to make the offenders accountable and hence impart justice. The International Crimes Tribunal of Bangladesh (hereinafter ICTB) was established in 1971 by the Bangladesh government during the war between Pakistan and East Pakistan (now Bangladesh). This was the turning point when a lot of debate surrounded the practices adopted by the tribunal in the administration of justice and a fair trial. The objective of this paper is to “make a comparison on the grounds of the International Criminal Tribunal of Yugoslavia (hereinafter ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (hereinafter ICTR), which seem more transparent than the Bangladeshi Trial”. Further, this paper challenges the validity of the trial of Bangladesh in the International Criminal Tribunal on the basis of procedure and a fair trial. It explains the history and object of the establishment of the ICTB, as well as the difference between the ICTY and the ICTR, and the authors, criticize the decision of the ICTB on the grounds of a violation of the principles of International Criminal Law. The paper explains a pertinent research question here: should an ICTB be considered on par with the ICTR and ICTY? Further, it challenges the validity of the ICTB for not following the principles of “natural justice” and “fair trial,” which are essential elements in International law. ICT-BD was created under the International Crimes (Tribunals) Act of 1973. In general, an international crimes tribunal is a legal body that tries people indicted for war crimes or crimes against humanity as defined in Section 3 of the Act. 2 The aims of such tribunals are to achieve “justice, promote peace-building, encourage reconciliation, and take remedial action”. The authors of this paper aim to examine the structural and functional shortcomings of the International Criminal Tribunal for Bangladesh. They hypothesize that the ICTB’s operations are driven more by political considerations rather than the foundational principles of natural justice and fairness.

**Keywords:** Bangladesh; genocide; independence; tribunal; verdict; ICT; ICTR; ICTY.

\* Recebido em 12/05/2023  
Aprovado em 28/08/2023

\*\* Associate Professor, Symbiosis Law School, Noida Campus, Symbiosis International (University) Pune. Dr. Niteesh Completed His PhD (In the year 2020) and LL.M (In the year 2012) at West Bengal National University of Juridical Sciences - NUJS, Kolkata.  
Email: niteeshupadhyay1988@gmail.com

\*\*\* Mahak Rathee completed her BA.LLB at CNLU, Patna, in the year 2018 and completed Her Masters of Law (LL.M) at Maharishi University Law School, Greater Noida, in the Year 2021. Lawyer Supreme court of India. she is currently pursuing her Ph.D from Dharmashastra National Law University, Jabalpur  
Email: rathemahak@gmail.com

\*\*\*\* Doctor of Law at Rajiv Gandhi National University of Law, Punjab, India. Assistant Professor of Law, Rajiv Gandhi National University of Law, Punjab and Co-ordinator Centre for Advanced Study in International Humanitarian Law.  
Email: sangeetataak@rgnul.ac.in

## Resumo

Os crimes de guerra ocorridos no Bangladesh são conhecidos em todo o mundo e foram considerados violações massivas dos direitos humanos; portanto, houve necessidade de iniciar julgamentos a fim de responsabilizar os infratores e, portanto, fazer justiça. O Tribunal Internacional de Crimes de Bangladesh (doravante ICTB) foi criado em 1971 pelo governo de Bangladesh durante a guerra entre o Paquistão e o Paquistão Oriental (atual Bangladesh). Este foi o ponto de viragem quando muito debate cercou as práticas adoptadas pelo tribunal na administração da justiça e num julgamento justo. O objetivo deste artigo é “fazer uma comparação entre os fundamentos do Tribunal Penal Internacional da Iugoslávia (doravante ICTY) e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (doravante ICTR), que parecem mais transparentes do que o Julgamento de Bangladesh”. Além disso, este artigo desafia a validade do julgamento de Bangladesh no Tribunal Penal Internacional com base no procedimento e num julgamento justo. Explica a história e o objeto da criação do ICTB, bem como a diferença entre o ICTY e o ICTR, e os autores criticam a decisão do ICTB alegando uma violação dos princípios do Direito Penal Internacional. O artigo explica aqui uma questão de investigação pertinente: deverá um TPIR ser considerado em pé de igualdade com o ICTR e o ICTY? Além disso, desafia a validade do ICTB por não seguir os princípios da “justiça natural” e do “julgamento justo”, que são elementos essenciais do direito internacional.

O ICT-BD foi criado ao abrigo da Lei de Crimes Internacionais (Tribunais) de 1973. Em geral, um tribunal de crimes internacionais é um órgão legal que julga pessoas indiciadas por crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, conforme definido na Secção 3 da Lei. 2 Os objectivos de tais tribunais são alcançar “justiça, promover a construção da paz, encorajar a reconciliação e tomar medidas correctivas”. Os autores deste artigo pretendem examinar as deficiências estruturais e funcionais do Tribunal Penal Internacional para Bangladesh. Eles levantam a hipótese de que as operações do ICTB são motivadas mais por considerações políticas do que pelos princípios fundamentais da justiça natural e da equidade.

**Palavras chave:** Bangladesh, Genocídio, Independência, Tribunal, veredito, ICT, ICTR, ICTY

## 1 Introduction

In the past, it has been witnessed by the world that criminal impunity is unacceptable, as for many decades, war criminals have been tried for war crimes by the ICTR and the ICTY<sup>1</sup>. The ICTY and ICTR are the most important examples of the world community's commitment to cooperating and punishing war crimes<sup>2</sup>. The International Crimes Tribunal of Bangladesh (hereinafter ICTB) was established in 1971. In this was the time when the office of the prosecutor of this Tribunal reported that out of 155 individuals accused of war crimes in Bangladesh during the Bangladesh Liberation War, the tribunal had rendered verdicts for 135 individuals. Among them, two were acquitted, whereas 18 passed away while in jail during their trial. However, the sentence included 95 accused receiving the death penalty, nine of them received life imprisonment, 25 sentenced to imprisonment until death, and six others given shorter jail terms. The reasons were many; however, those accused were recognized as war criminals who had worked in collaboration with the Pakistani army. It is appreciable to constitute an International criminal tribunal in any nation to prosecute the criminals. However, it must be a fairly constituted tribunal on the basis of international principles and human rights ethos.

However, it is pertinent to mention that the principles of rule of law and due process were followed in the ICTY and ICTR, however, the Bangladeshi trials had always been criticized by groups of global rights on the grounds of not following the fair trial standards. It is necessary to discuss the history of the independence of Bangladesh.

## 2 Historical background

On December 1971<sup>3</sup>, this phase of Bangladesh's independence has seen the extermination of around

<sup>1</sup> ROBERTS, Adam. 'NATO's 'Humanitarian War' over Kosovo'. *Survival*, v. 41, n. 3, p. 102-114, 1999. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/00396339912331342943>. Access at: Jan. 5, 2021.

<sup>2</sup> GARIMELLA, Sai Ramani. The Bangladeshi war crime trials: strengthening normative structure. *Journal of Law, Policy and Globalization*, v. 13, 27-38, 2013. Available in: <https://core.ac.uk/download/pdf/234649645.pdf>. Access at: Jan. 15, 2021.

<sup>3</sup> HOSSAIN, Mokerrom. Bangladesh war of independence: a moral issue. *Economic & Political Weekly*, v. 44, n. 5, Jan. 2009. Available in:

3 million people and rape and sexual violence against millions of others. Around 10 million people were displaced and forced to become asylum seekers<sup>4</sup>. The war of 1971 witnessed several war crimes, and these crimes are being recognised globally. The 1971 war in Bangladesh resulted in the most heinous forms of human rights violations and violations of the law related to armed conflict<sup>5</sup>. Bangladeshi people during that time were divided into two sets of political ideologies, the first being people who believed in and wanted an independent Bangladesh and the other being people who did not favor independence and separation of the state. The people in favor of independence were led by the Awami League party, whereas the anti-independence movement was led by the Jamaat-e-Islam party, which is made up of Pakistan supporters and sympathizers<sup>6</sup>.

The war in Bangladesh witnessed the rape of around 2,00,000 women, and around 25,000 women were forcefully impregnated by the military of Pakistan with the cooperation of collaborators from Bangladesh<sup>7</sup> (of Bangladeshi origin). This war also witnessed the fleeing of around 10 million Bangladeshis to neighboring countries; India alone gave refuge to around 6 million Bangladeshis<sup>8</sup>. During this specific period, the most heinous crimes against humanity were committed specifically against women and young children.

During the hostilities, another heinous crime that unfolded was the targeted assassination of Bengali intellectuals (From Bangladesh). Among the victims were 991 academicians, 49 physicians, 42 lawyers, 16 writers, and a substantial number of engineers<sup>9</sup>. This was done with the intent to commit genocide by killing the intellectuals of particular political thought in Bangladesh<sup>10</sup>. The killing of intellectuals resulted in a period when intellectualism was deficient for a certain time frame. It has also seen a reduction in rebellious opinions and intellectual thoughts against oppression<sup>11</sup>. Killing intellectuals is an old tool of genocide with which one can stop the cultural and scientific progress of any social or political group<sup>12</sup>. The killing of Bengali intellectuals has created a void in the cultural and scientific exposure of Bangladeshi society and has been used as a tool for genocide<sup>13</sup>.

The Jamaat-e-Islami party committed the most war crimes during the Bangladesh independence war. Jamaat-e-Islami advocated for a unified Pakistan and was against the concept of Bangladesh as a separate state, and due to this, they supported Pakistan during the liberation war<sup>14</sup>.

<https://www.epw.in/journal/2009/05/commentary/bangladesh-war-independence-moral-issue.html>. Access at: Dec. 28, 2020.

<sup>4</sup> MOLLAH, Awal Hossain. War crimes trials in Bangladesh: justice or politics? *Journal of Asian and African Studies*, v. 55, n. 5, 2020. Available in: <https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/0021909619890117>. Access at: Jan. 2, 2021.

<sup>5</sup> BERGSMO, Morten; CHEAH WUI LING. Justice after decades in Bangladesh: national trials for international crimes. *Journal of Genocide Research*, v. 13, n. 503, 2011; See also HENSHER, Philip. The war Bangladesh can never forget. *Independent*, 2013. Available in: <http://www.independent.co.uk/news/world/asia/the-war-bangladesh-can-never-forget-8501636.html>. Access at: Jan. 2, 2021.

<sup>6</sup> TRIPATHI, Salil. The colonel who would not repent: the Bangladesh war and its unquiet legacy. *Yale University Press*, n. 36, 2016; See also: LIFSCHULTZ, Lawrence. *Bangladesh: the unfinished revolution*. London: Zed Books, 1979.

<sup>7</sup> AHMED, Anis. *Bangladesh 1971: war crimes, genocide and crimes against humanity open search light: the targets*. 2017. Available in: [https://www.kean.edu/~bgs/Conference09/Papers\\_and\\_Presentations/Anis%20Ahmed\\_Paper\\_OperationSearchlight.pdf](https://www.kean.edu/~bgs/Conference09/Papers_and_Presentations/Anis%20Ahmed_Paper_OperationSearchlight.pdf). Access at: Jan. 4, 2021.

<sup>8</sup> BERGMAN, David. The politics of Bangladesh's genocide debate. *The New York Times*, 2016. Available in: <https://www.nytimes.com/2016/04/06/opinion/the-politics-of-bangladeshs-genocide-debate.html> Access at: Jan. 6, 2021.

<sup>9</sup> BUTT, Ahsan I. Looking back at the geopolitics behind Pakistan's genocidal split of 1971. *The Wire*, 2017. Available in: <https://thewire.in/external-affairs/looking-back-geopolitics-behind-pakistan-genocide-1971>. Access at: Jan. 8, 2021.

<sup>10</sup> MOOKHERJEE, Nayanika. The "Dead and their Double Duties": mourning, melancholia, and the martyred intellectual memorials in Bangladesh. *Space and Culture*, v. 10, n. 2, p. 271-291, May 2007. Available in: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.878.3359&rep=rep1&type=pdf>. Access at: Jan. 10, 2021.

<sup>11</sup> WARA, Umme. The 1971 massacre of intellectuals in Bangladesh: genocide? *Bangladesh Journal of Law*, v. 2, 2017. Available in: <http://www.biliabd.org/article%20law/Vol-17/Umme%20Wara.pdf>. Access at: Jan. 5, 2021.

<sup>12</sup> SAKIB, A. B. M. Najmus. *Victimization during the Liberation War 1971 and transitional justice: the case of Bangladesh*. [s.d.]. Thesis (Master Victimology and Criminal Justice) – Tilburg University, Tilburg, [s.d.]. Available in: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=146808>. Access at: Jan. 8, 2021.

<sup>13</sup> HOSSAIN, Pizaur. 1971: Another chapter in world history when intellectuals were targeted. *The Daily Star*, 2017. Available in: <https://www.thedailystar.net/supplements/martyred-intellectuals-day-2017/news/1971-another-chapter-world-history-when-intellectuals-were-targeted-1672981>. Access at: Jan. 10, 2021.

<sup>14</sup> EUROPEAN FOUNDATION FOR SOUTH ASIAN STUDIES. *Jamaat-e-Islami in Bangladesh: past, present and future*. [s.d.]. Available in: <https://www.efsas.org/publications/study-papers/jamaat-e-islami-in-bangladesh-past-present-and-future/>. Access at: Jan. 2, 2021.

The International Criminal Tribunal was established in order to punish and execute the criminals in 2013<sup>15</sup>. Recently in the year 2022, Bangladesh's International Crimes Tribunal issued death sentences to six members of the notorious paramilitary force "Razakar Bahini" for collaborating with the Pakistani Army and committing "crimes against humanity" during the 1971 Liberation War. The Tribunal has predominantly punished accused people with death sentences and, in a few instances, sentenced them to life imprisonment for people who are of very advanced age<sup>16</sup>. In order to understand the working of ICTB it is necessary to explain the establishment in detail.

## 2.1 Inception and Formation of the ICTB: Tracing Its Establishment

ICTB, was created with the main aim of punishing the people who allegedly committed war crimes during the 1971 liberation war<sup>17</sup>. After receiving a recommendation from the law commission, the Bangladesh government took the initiative to amend the International Crimes Tribunals Act (ICTA), 1973, and rename it the International Crimes (Tribunals) Amendment Act (ICTAA) on July 9, 2009<sup>18</sup>.

Two pieces of legislation, namely the Bangladesh Collaborators (Special Tribunal) Order, 1972, and the International Crimes (Tribunal) Act, 1973, were enacted after the War of Independence in order to try and punish people involved in war crimes in 1971<sup>19</sup>. However, the Bangladesh Collaborators (Special Tribunal) Order,

1972, was repealed after the brutal assassination of family members and the father of the nation, Bangabandhu Sheikh Mujibur Rahman, as it was alleged that the government, which was backed by the military, did not want the trial of the local perpetrators<sup>20</sup>. Rather, the local perpetrators, who were also the leaders and activists of the pro-Pakistan political parties, were rehabilitated by the subsequent government. Till 1996, there was not enough mandate with the government to initiate the trial of the 1971 perpetrators<sup>21</sup>.

In 2009, when the government got the absolute mandate from the people of Bangladesh, it was then decided to establish an international crimes tribunal under the International Crimes (Tribunals) Amendment Act (ICTAA) on July 9, 2009. This is when the International Crimes Tribunal started punishing the local perpetrators who committed war crimes during the 1971 Independence War<sup>22</sup>. but for around thirty-nine years, there was no trial of the principals (people who were members of the Pakistan Army and the policy makers) as well as the local perpetrators (*Chief Prosecutor v. A. T. M. Azhar*)<sup>23</sup>. This very clearly shows that trials under this tribunal are only restricted to nationals of the country, and no perpetrators from Pakistan are punished by this international court<sup>24</sup>. This very significant fact shows how the ICTB is different from other international tribunals, as they punished citizens of other countries who were accused of war crimes and crimes against humanity, i.e., the Nuremberg Trial and the Tokyo Trial. During the

<sup>15</sup> AL-MAHMOOD, Syed Zain. Bangladesh war crimes court sentences islamist leader to life. *The Wall Street Journal*, 2013. Available in: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324445904578285253762636258>. Access at: Jan. 6, 2021.

<sup>16</sup> PTI. Six members of Razakar Bahini sentenced to death in Bangladesh for crimes against humanity during the 1971 Liberation War. *The Hindu*, 2022. Available in: <https://www.thehindu.com/news/international/six-members-of-razakar-bahini-sentenced-to-death-in-bangladesh-for-crimes-against-humanity-during-the-1971-liberation-war/article65694544.ece>. Access at: Jan. 6, 2021.

<sup>17</sup> BLOOD, Arthur K. US Government top secret report: conflict in East Pakistan: background and prospects. In: QUADERI, Fazlul Quader (ed.). *Bangladesh genocide and world press*. Dacca: Begum Dila-froz Quaderi, 1972.

<sup>18</sup> REPUBLIC OF BANGLADESH. *The International Crimes (Tribunals) Act, 1973*. (ACT NO. XIX OF 1973). Available in: <http://bdlaws.minlaw.gov.bd/act-435.html>. Access at: Mar. 8, 2021.

<sup>19</sup> BAUL, Tapas Kanti. The trial of 1971 genocide: reflection on ICTBD. *The Daily Star*, 2019. Available in: <https://www.thedailystar.net/law-our-rights/law-vision/news/the-trial-1971-genocide-reflection-ictbd-1720285>. Access at: Dec. 31, 2020.

<sup>20</sup> INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL. *The Chief Prosecutor v. Abdul Quader Molla* (ICT-BD Case No. 02 of 2012). Available in: <https://www.thedailystar.net/news-detail-268072>. Access at: Jan. 5, 2021.

<sup>21</sup> RAHMAN, Sayedur; ISLAM, Tanziul; ISLAM, Towfiqul. Evaluation of charismatic leader of Bangladesh Sheikh Mujibur Rahman. *International Journal of Scientific and Research Publications*, v. 4, n. 5, May 2014. Available in: [https://www.researchgate.net/publication/271826594\\_Evaluation\\_of\\_Charismatic\\_Leader\\_of\\_Bangabandhu\\_Sheikh\\_Mujibur\\_Rahman](https://www.researchgate.net/publication/271826594_Evaluation_of_Charismatic_Leader_of_Bangabandhu_Sheikh_Mujibur_Rahman). Access at: Jan. 19, 2021.

<sup>22</sup> INTERNATIONAL CRISIS GROUP. Mapping Bangladesh's political crises. *Asia Report*, n. 264, Feb. 2015. Available in: <https://www.files.ethz.ch/isn/188009/264-mapping-bangladesh-s-political-crisis.pdf>. Access at: Jan. 19, 2021.

<sup>23</sup> HOSSAIN, M. Sanjeeb. *The search for justice in Bangladesh: an assessment of the legality and legitimacy of the International Crimes Tribunals of Bangladesh through the prism of the principle of complementarity*. 2017. Thesis (Doctor of Philosophy) – University of Warwick, United Kingdom, 2017. Available in: [http://wrap.warwick.ac.uk/103875/1/WRAP\\_Theses\\_Hossain\\_2017.pdf](http://wrap.warwick.ac.uk/103875/1/WRAP_Theses_Hossain_2017.pdf). Access at: Jan. 5, 2021.

<sup>24</sup> BANGLADESH NATIONAL PORTAL. *Annual Reports*. Available in: [http://ictbdinvestigation.gov.bd/site/view/annual\\_reports/-](http://ictbdinvestigation.gov.bd/site/view/annual_reports/-). Access at: Jan. 10, 2021.

research, we have come across various facts that relate to how this international criminal tribunal of Bangladesh is different from other international and regional criminal tribunals.

### 3 Comparing international criminal tribunals: unpacking distinctions between icty, ictr, and ictb

The first difference between ICTB and other international tribunals is that ICTB has no international judges or prosecutors, like the ICTY, ICTR, Tokyo, and Nuremberg Trial<sup>25</sup>. The absence of international judges and prosecutors in this tribunal gives it the colour of a national tribunal, and calling it international criminal tribunal will be a misnomer<sup>26</sup>. A close perusal will reveal that judgments of the ICTB can be appealed to the Supreme Court of Bangladesh, which further adds to the domestic character to ICTB (though it is not disputed that this power of appeal no doubt provides an extra opportunity to any person who is sentenced by the International Tribunal and fulfills the requirement of a fair trial, just, equity and the principle of natural justice)<sup>27</sup>. Researcher has found out that no ICTB has an appeal process in which an accused can appeal to the domestic court, whereas an accused can in the ICTB; this way, the law related to the international court is subordinated to the domestic law. The argument of author Sumit Ganguly<sup>28</sup> that appeal provides an extra step to make the process fair and based on natural justice does not sound good, as subordinating an international

tribunal under a domestic court is contrary to the very notion of international civil law.

In the last decade, the ICTB has not only completed many trials but has also expedited the prosecution of individuals involved in Genocide, crimes against humanity and war crimes. There are two sets of notions about the workings of this International Criminal Tribunal. People are happy that war criminals are punished and justice is done, but on the other hand, many view this trial as a partial system of eliminating people from certain political groups, especially the Jamat-a-Islam party<sup>29</sup>.

### 4 Scrutinising the ICTB: examining criticisms and controversies surrounding the tribunal

The trials against war criminals involved in the freedom struggle of Bangladesh received worldwide attention and wide support from the world community in the beginning, but later on, they received serious criticism as they were unfair and lacked international standards of trial. Many international organizations extended support to this international tribunal, but some organizations also protested against the death penalty (for instance, Amnesty International)<sup>30</sup>.

The trials by the ICTB also attracted international attention because of the trials of war criminals. Many Muslim countries like Pakistan and Turkey protested the execution of war criminals by this tribunal, i.e., the Turkish group of the Anatolian Youth Association, which led to the withdrawal of **the Turkish Ambassador from the capital city of Dhaka** as a protest against this execution. This period also witnessed lobbying by Saudi Arabia against the executions of war criminals by the International Criminal Tribunal of Bangladesh<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> ISLAM, Mohammad Rabiul. The International Criminal Court: its success and limitations for pursuing international justice. *Journal of Civil and Legal Sciences*, v. 5, 2016. Available in: <https://www.omicsonline.org/open-access/the-international-criminal-court-its-success-and-limitations-for-pursuing-international-justice-2169-0170-1000180.pdf>. Access at: Jan. 10, 2021.

<sup>26</sup> JALIL, Mohd Abdul. War crimes trial in Bangladesh: a real political Vendetta. *Journal of Politics and Law*, v. 3, n. 2, Sept. 2010. Available in: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.673.8627&rep=rep1&type=pdf>. Access at: Jan. 7, 2021.

<sup>27</sup> GANGULY, Sumit. Pakistan's forgotten Genocide. *International Security*, v. 39, n. 2, p. 169-180, 2014. Available in: [https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/ISEC\\_a\\_00175](https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/ISEC_a_00175). Access at: Jan. 5, 2021.

<sup>28</sup> GANGULY, Sumit. Pakistan's forgotten Genocide. *International Security*, v. 39, n. 2, p. 169-180, 2014. Available in: [https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/ISEC\\_a\\_00175](https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/ISEC_a_00175). Access at: Jan. 5, 2021.

<sup>29</sup> BANGLADESH war crimes trial: key accused. *BBC News*, 2016. Available in: <https://www.bbc.com/news/world-asia-20970123>. Access at: Jan. 19, 2021.

<sup>30</sup> MACDERMOT, Niall. Crimes Against Humanity in Bangladesh. *The International Lawyer*, v. 7, n. 2, Apr. 1973. Available in: <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/05/Bangladesh-crimes-against-humanity-1973-eng.pdf>. Access at: Jan. 10, 2021.

<sup>31</sup> D'COSTA, Bina. Women, war, and the making of Bangladesh. *Journal of Genocide Research*, v. 14, n. 1, 2012. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14623528.2012.656994>. Access at: Jan. 7, 2021.

However, Saudi Arabia later stopped lobbying as they wanted a good relationship with Bangladesh, which would ultimately help them in their power struggle against Iran. Pakistan also warned Bangladesh not to initiate criminal trials if they wanted good relations with Pakistan. This criminal tribunal received full support from India to punish the war criminals, as India has since the beginning helped East Pakistan in the liberation war with weaponry and military support.

On 10 October 2022, H.E. Muhammad Abdul Muhith, Bangladesh's Ambassador to the UN, praised the Tribunal's efforts in trying internationally defined crimes against humanity using the national criminal justice system. However, we argue that the International Crimes Tribunal of Bangladesh has not adhered to the principles of natural justice, evidenced by biased proceedings and punishing absent accused, contrary to the fundamental principles of fairness and natural justice<sup>32</sup>.

## 5 Unveiling constitutional breaches: analysing violations of rights in the ICTB

The present statute of the ICTB (Bangladesh) is grossly incompetent on international standards of human rights and IHL, being unfair, unjust, and partial. These provisions reduce the credibility of the work of this international court, which is claimed to be politically motivated and only punishes people belonging to one political group<sup>33</sup>.

The major criticism of the International Criminal Tribunal is that there are no international judges and prosecutors; hence, it is nothing more than a domestic tribunal, and hence fair trial and natural justice can only be checked by national law. No doubt Bangladesh signed and ratified the Rome Statute in 1998, in which Bangladesh pledged to follow and uphold legal procee-

dings of a certain standard<sup>34</sup>. Further, the International Criminal Court does not work on the basis of supplementary jurisdiction rather it works on the principle of complementarity jurisdiction mentioned in Article 1 of the Rome Statute. Complementary Jurisdiction means that no case can be tried before the ICC if the National Courts are dealing with it in their domestic courts. Moreover, Articles 17 and 53 of the Rome Statute are basis on which the admissibility is considered. Admissibility is a separate issue as there is a possibility that a situation is falling under the jurisdiction of the Rome Statute due to its nature of Genocide, Crime Against Humanity and war crime, however, it still may not be taken by the ICC because it is not competing with the Admissibility clause. It means that the situation to be considered before the ICC under admissibility clause must reach to that level of intensity<sup>35</sup>. It means that as per the principle of legality, the ICC can only have jurisdiction when a state is unwilling or unable to prosecute a person. Whereas, the trial by the International Criminal Tribunal of Bangladesh renders ICC justice less relevant and makes the ICTB supreme in terms of dealing with cases of war crimes and crimes against humanity in Bangladesh just like a Nuremberg trial.

It can be said that upholding the Rome Statute of 1998 is a distant dream, as this war tribunal even fails to acknowledge national law and constitutional values<sup>36</sup>. The provisions of this tribunal include rules and procedures. The tribunal's withdrawal of constitutional rights has been a point of protest by many people, NGOs, and international organizations for being unfair, partial, and against the principle of natural justice<sup>37</sup>. The Tribunal Statute provides rules regarding the procedures to be followed by the tribunal, which clearly states that under Articles 47(3) and 47A, constitutional guarantees and rights can be denied to people who are detained

<sup>32</sup> HOSSAIN, Emran. Rights group decries Bangladesh's war crimes death penalty. *UCANews*, 2023. Available in: <https://www.ucanews.com/news/rights-group-decries-bangladeshs-war-crimes-death-penalty/101774>. Access at: Jul. 9, 2023.

<sup>33</sup> BERINGMEIER, Miriam. *The International Crimes Tribunal in Bangladesh: critical appraisal of legal framework and jurisprudence*. Germany: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2018. Available in: [http://www.ciando.com/img/books/extract/3830540302\\_lp.pdf](http://www.ciando.com/img/books/extract/3830540302_lp.pdf). Access at: Jan. 9, 2021.

<sup>34</sup> BANGLADESH ratifies ICC Rome Statute. *The Hague*, 2010. Available in: <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=11564>. Access at: Feb. 26, 2020.

<sup>35</sup> SCHABAS, Willian A. *An introduction to the International Criminal Court*. 6<sup>th</sup>. ed. New York: Cambridge University Press, 2020. p. 181-202.

<sup>36</sup> MANTOO, Shahnawaz. Sheikh Majibur Rehman: founder of Bangladesh. *African Journal of Political Science and International Relations*, v. 9, n. 5, p. 152-158, 2015. Available in: <https://academicjournals.org/journal/AJPSIR/article-full-text-pdf/D0DBCF452758>. Access at: Jan. 9, 2021.

<sup>37</sup> DUMMETI, Mark. Bangladesh war: the article that changes history. *BBC News*, 2011. Available in: <https://www.bbc.com/news/world-asia-16207201>. Access at: Jan. 19, 2021.

or prosecuted by this international crimes tribunal. For instance, Article 47(3) prohibits, in the trials of international tribunals, challenging any law, including any amendments to the Tribunal Statute<sup>38</sup>. This always creates a fear that any new law may come at any point, which may be unfair and partial, but still, no one can file a case against it. Article 47A of this international criminal tribunal strips away an individual's constitutional rights and remedies<sup>39</sup>.

This article demonstrates the violation of constitutional rights under various provisions of the Bangladesh Tribunal, including Article 31, which is the right to protection by the law, protection from the application of ex post facto laws, and also the very important right to a speedy trial<sup>40</sup>. Further, article 47A also violates the right to a public trial given under Article 33 of the Bangladesh Constitution and also Article 44, which ensures the ability to enforce guaranteed rights<sup>41</sup>.

ICTB has also been criticized for being highly intolerant of any fair journalism. ICTB was hugely criticized by the international community and NGOs after the conviction of the journalist David Bergman for charges of contempt of court for writing about the proceedings of the trial of ICTB in his blog<sup>42</sup>. ICTB intolerance of this kind of blog falls below freedom of expression standards (international standards), and there is no doubt that hacking Skype chat is also not ethical on the part of the journalist. In David Bergman, we can see that the standards of freedom of speech and expression are very low in comparison to ICTB. These present instances fail to meet the standards of the Court of Contempt

national jurisprudence as well, which exempts fair criticism, information in good faith, public interest, and sharing correct information<sup>43</sup>.

This way, the ICTB Act's unrestrained contempt power thrusts the border of cogent restrictions on freedom of speech, expression, and thought. The arguments in favor of this kind of strict contempt power are that such a wide power is necessary as this tribunal receives a lot of hostility from the powerful section of society, and any criticism may lead to unprecedented human life loss because of violence. Many experienced and influential politicians might resist tribunal proceedings, question their validity and reliability of them, and use them to settle scores with other political parties.<sup>44</sup> But no doubt, authors can say that the room for disagreement about the tribunal is fading in Bangladesh.

The ICTB has been constituted by ignoring the important principles of natural justice. The law related to criminal proceedings does not apply to ICTB and because of this procedural fairness according to national as well as international standards is not applicable to tribunal proceedings<sup>45</sup>.

The Constitution of Bangladesh Article 47A prohibits anyone who has been accused under the ICTB Act from moving to the Supreme Court of Bangladesh to seek constitutional remedies. The above section assures that constitutional protections are not extended to people who are punished by the ICTB. The constitutional guarantees pertaining to arrest, examination, and trial, along with the capability to implement the constitutional guarantees, have been denied to the ICTB defendants<sup>46</sup>.

<sup>38</sup> REPUBLIC OF BANGLADESH. *The International Crimes (Tribunals) Act, 1973*. (ACT NO. XIX OF 1973). Available in: <http://bdlaws.minlaw.gov.bd/act-435.html>. Access at: Mar. 8, 2021.

<sup>39</sup> POPOVSKI, Vesselin. Legality and legitimacy of International Criminal Tribunals. In: FALK, Richard; JUERGENSMEYER, Mark; POPOVSKI, Vesselin. (ed.). *Legality and legitimacy in global affairs*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>40</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. *Bangladesh: halt imminent war crimes executions impose immediate moratorium on the death penalty*. 2016. Available in: <https://www.hrw.org/news/2016/09/01/bangladesh-halt-imminent-war-crimes-executions>. Access at: Mar. 8, 2021.

<sup>41</sup> HUMAN RIGHTS WATCH. *Bangladesh: halt imminent war crimes executions impose immediate moratorium on the death penalty*. 2016. Available in: <https://www.hrw.org/news/2016/09/01/bangladesh-halt-imminent-war-crimes-executions>. Access at: Mar. 8, 2021.

<sup>42</sup> CHOPRA, Surabhi. The International Crimes Tribunal in Bangladesh: silencing fair comment. *Journal of Genocide Research*, v. 17, n. 2, 2015. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14623528.2015.1027080>. Access at: Jan. 5, 2021.

<sup>43</sup> SAKIB, A. B. M. Najmus. *Victimization during the Liberation War 1971 and transitional justice: the case of Bangladesh*. [s.d]. Thesis (Master Victimology and Criminal Justice) – Tilburg University, Tilburg, [s.d]. Available in: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=146808>. Access at: Jan. 8, 2021.

<sup>44</sup> For a brief discussion of civil society activism, see D'COSTA, Bina. Women, war, and the making of Bangladesh. *Journal of Genocide Research*, v. 14, n. 1, 2012. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14623528.2012.656994>. Access at: Jan. 7, 2021.

<sup>45</sup> CHOPRA, Surabhi. The International Crimes Tribunal in Bangladesh: silencing fair comment. *Journal of Genocide Research*, v. 17, n. 2, 2015. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14623528.2015.1027080>. Access at: Jan. 5, 2021.

<sup>46</sup> ZEITLYN, Benjamin. Watching the international crimes tribunal from London. *South Asia Multidisciplinary Academic Journal*, n. 9, 2014. Available in: <https://journals.openedition.org/samaj/3711>. Access at: Jan. 19, 2021.

The Economist news magazine and a national daily newspaper, namely Amar Desh, in 2012 retrieved the scythed Skype and trial email had exposed the presiding judge of the ICTB, Justice Mohammed Nizamul Huq, who has been advised in various court-pending matters by Ahmed Ziauddin, a Bangladeshi lawyer based in Brussels<sup>47</sup>. Ahmed Ziauddin played an extensive role, not just in the discussion of the case but also in the drafting of the judgements.<sup>48</sup> The outcome of these revelations was that Justice Hug resigned from his post<sup>49</sup>. In the case of Delwar Hossain Sayeedi, who even did not get the chance to prove his innocence by substantial evidence, and finally got charged by the judges with death penalty. This case clearly reflects the intent of the ICTB to punish the accused without giving them a proper chance to defend themselves<sup>50</sup>.

## 6 Comparative analysis of ICTY/ICTR and ICTB

International Criminal Law has basic principles of the right to a free trial as a basic norm, and it is also enshrined in Article 10 of the UDHR<sup>51</sup> and also under Article 64 of the Rome Statute 1998<sup>52</sup>. Even the statutes of international criminal tribunals also mention it in various sections i.e Article 20 of the ICTY<sup>53</sup> and Article

19 of the ICTR and many other internationally recognized multilateral and bilateral treaties and various tribunals. According to international law jurists and legal experts, the right to a fair trial is a peremptory norm of international law (Jus Cogens), and hence any deviation from these norms is not allowed in any condition whatsoever. It is also very important to mention that the state of Bangladesh is a party to the ICCPR, and they ratified it in 2000 and are hence under obligation to make national laws in consonance with the international obligations mentioned under the ICCPR<sup>54</sup>, Rome Statute,<sup>55</sup> etc. Any deviation from treaty obligations will be treated as a violation of the terms of the above-mentioned treaties<sup>56</sup>. The national law of almost all countries essentially mentions the fair trial as the basic law of the land; hence, understanding this right should not be very complicated, whereas, in the case of ICTB, a fair trial is missing at the point of the investigation, evidence collection, and judgment delivery<sup>57</sup>.

The International Criminal Tribunal of Bangladesh Act, on the other hand, under Sections 6 to 25, provides for the procedure of governance of the war tribunal, but it does not comply with the Rome Statute or laws laid down under the ICCPR, and therefore internationally it is not a well-recognized war crime statute. The statute of the ICTB is criticized by various countries, tribunals, and NGOs for being unjust, unfair, and discriminatory<sup>58</sup>. The ICTY and ICTR laws were recognised, guided, and approved by the Security Council of United Nations and qualify as legitimately recognised war crime tribunals, whereas the ICTB does not have

<sup>47</sup> REZWAN. 'The Economist' accused of hacking by Bangladesh's war crimes tribunal. *Global Voices*, 2012. Available in: <https://global-voices.org/2012/12/10/bangladesh-war-crimes-tribunal-under-spotlight/>. Access at: Jan. 5, 2021.

<sup>48</sup> REZWAN. 'The Economist' accused of hacking by Bangladesh's war crimes tribunal. *Global Voices*, 2012. Available in: <https://global-voices.org/2012/12/10/bangladesh-war-crimes-tribunal-under-spotlight/>. Access at: Jan. 5, 2021.

<sup>49</sup> REZWAN. 'The Economist' accused of hacking by Bangladesh's war crimes tribunal. *Global Voices*, 2012. Available in: <https://global-voices.org/2012/12/10/bangladesh-war-crimes-tribunal-under-spotlight/>. Access at: Jan. 5, 2021.

<sup>50</sup> BANGLADESH WAR CRIMES TRIBUNAL. *Sayedee Skype retrial written application*. 2013. Available in: <http://bangladeshwar-crimes.blogspot.com/2013/03/sayedee-skype-retrial-written.html>. Access at: Jan. 10, 2021.

<sup>51</sup> UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. 1948. Available in: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Access at: Mar. 10, 2021.

<sup>52</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court*. Available in: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/official-journal/rome-statute.aspx>. Access at: Jan. 10, 2021.

<sup>53</sup> UNITED NATIONS. *Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. 2009. Available in: [https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_en.pdf](https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf). Access at: Jan. 10, 2021.

cess at: Jan. 10, 2021.

<sup>54</sup> UNITED NATIONS. *Ratification status of Bangladesh*. Available in: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=14&Lang=EN](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=14&Lang=EN). Access at: Jan. 10, 2021.

<sup>55</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *The State Parties to the Rome Statute*. Available in: [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/bangladesh.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/bangladesh.aspx). Access at: Jan. 9, 2021.

<sup>56</sup> SCHOMBURG, Wolfgang. The role of International Criminal Tribunals in promoting respect for fair trial rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 8, n. 1, 2009. Available in: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1091&context=njihr>. Access at: Jan. 5, 2021.

<sup>57</sup> BANGLADESH WAR CRIMES TRIBUNAL. *Sayedee Skype retrial written application*. 2013. Available in: <http://bangladeshwar-crimes.blogspot.com/2013/03/sayedee-skype-retrial-written.html>. Access at: Jan. 10, 2021.

<sup>58</sup> CHOPRA, Surabhi. The International Crimes Tribunal in Bangladesh: silencing fair comment. *Journal of Genocide Research*, v. 17, n. 2, 2015. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14623528.2015.1027080>. Access at: Jan. 5, 2021.



any such recognition as it is the outcome of legislation by Bangladesh's parliament without any adoption or recognition at the international level<sup>59</sup>.

Special mention is required of Article 14 and Article 9(3) of the ICCPR 1976, which provide for a fair trial and also guarantee what are widely known as “minimum guarantees,” and we can also see reflections of these provisions in the Statutes of the ICTY and ICTR. These minimum guarantees are not available in the statute of the ICTB, but in order to comply with universal standards, it is important that these rights are guaranteed to the accused<sup>60</sup>.

ICTB, under Article 6, mentions that judicial members of the Tribunal will be appointed by the government of Bangladesh; furthermore, it also does not have any provision for challenging such appointments<sup>61</sup>. It is also to be noted, without missing out, that ICTA does not have provisions for the appointment of international judges in the Tribunal<sup>62</sup> and hence all the judges are local.

In ICTY and ICTR, we have seen that there are neutral judges from different countries in both international criminal tribunals, and a unique election formula that has been adopted for the appointment of the judges, which has precise benchmarks of qualification. The members of these tribunals are appointed by the United Nations General Assembly through voting process. Also, ICTY and ICTR have a free and impartial

environment with seats at neutral venues, unlike ICTB, which has seats in Dhaka<sup>63</sup>.

ICTB not only has local judges but also local prosecutors, unlike ICTY and ICTR. ICTR and ICTY prosecutors get appointed by the United Nations Security Council, but the prosecutors at ICTB are appointed by the ruling government, which endangers the impartiality and fairness of ICTB<sup>64</sup>. ICTB also lacks a regime for witness protection and has no specific provision for the same, whereas ICTY, under Article 22, and ICTR, under Article 21, provide for victims and witness protection schemes. ICTB is also heavily criticized for giving the death penalty to the convicts under the statute, whereas ICTY, ICTR, and other regional war tribunals in the world only have the power to give life imprisonment and no punishment above it. Many death sentences have already been executed in the past by the ICTB, which has not gone well with the ethos of any war tribunal<sup>65</sup>. This clearly violates various international norms related to international criminal tribunals. The United Nations, Human Rights Watch, and various other organizations have been criticizing the death penalty clause of the ICTB<sup>66</sup>.

## 7 Validation of the research question

The research question was to find out whether ICTB is a real international court and whether ICTB followed

<sup>59</sup> BILLAH, Maruf. Non-retroactivity in prosecuting crimes against humanity and International Crimes Tribunal Bangladesh. *Journal of Politics and Law*, v. 13, n. 3, 2020. Available in: <http://www.ccsenet.org/journal/index.php/jpl/article/view/0/43598>. Access at: Jan. 14, 2021.

<sup>60</sup> AFRIN, Zakia. The International War Crimes (Tribunal) Act, 1973 of Bangladesh. In: CHATTERJEE, Deepaloke (col.). *Indian yearbook of international law and policy*. New Delhi: Satyam Law International, 2009. Available in: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=pubs>. Access at: Jan. 10, 2021.

<sup>61</sup> VISHWANATH, Raghavi. *Sanjeeb Hossain on International Crimes (Tribunals) Act 1973 and the Principle of Legality*. 2019. Available in: <https://www.law.ox.ac.uk/current-students/graduate-discussion-groups/south-asian-law-discussion-group/blog/2019/07/sanjeeb>. Access at: Jan. 10, 2021.

<sup>62</sup> FAZI, Muhammad Abdullah. International Crimes Tribunal Bangladesh (ICTB) and violations of right to fair trial: a comparative study. *Maarif Research Journal*, n. 9, p. 11-18, Jun. 2015. Available in: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2903696](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2903696). Access at: Dec. 20, 2020.

<sup>63</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Statement of the office of the prosecutor of the International Criminal Court as delivered at the press conference in Dhaka, Bangladesh*. 2020. Available in: <https://www.iccpi.int/Pages/item.aspx?name=20200204-otp-statement>. Access at: Jan. 10, 2021.

<sup>64</sup> MCDERMOTT, Y. Rights in reverse: a critical analysis of fair trial rights under International Criminal Law. In: SCHABAS, William A.; MCDERMOTT, Yvonne; HAYES, Niamh (ed.). *The ashgate research companion to international criminal law: critical perspectives*. Aldershot: Ashgate, 2012. Available in: [https://www.researchgate.net/publication/228187902\\_Rights\\_in\\_Reverse\\_A\\_Critical\\_Analysis\\_of\\_Fair\\_Trial\\_Rights\\_Under\\_International\\_Criminal\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/228187902_Rights_in_Reverse_A_Critical_Analysis_of_Fair_Trial_Rights_Under_International_Criminal_Law). Access at: Jan. 13, 2021.

<sup>65</sup> RAHMAN, Shameema. *Bangladesh: first execution of war criminal convicted by International Crimes Tribunal*. 2014. Available in: <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2014-01-09/bangladesh-first-execution-of-war-criminal-convicted-by-international-crimes-tribunal/>. Access at: Jan. 15, 2021.

<sup>66</sup> NOVAK, Andrew. The abolition of the mandatory death penalty in Bangladesh: a comment on Bangladesh Legal Aid and Services Trust v Bangladesh. *Oxford University Commonwealth Law Journal*, v. 15, n. 2, 2015. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14729342.2016.1191766>. Access at: Jan. 5, 2021.

the principles of “natural justice” and “fair trial,” which are essential elements in international law.

It can be said that the word “international” is a misnomer for the Criminal Tribunal of Bangladesh. As this tribunal, by its nature, is a national court that has been established to punish ‘genocide’, war crimes, and CAH committed against Bangladeshi people during the War of Independence in 1971, it failed to qualify as an International Court or tribunal in comparison to the ICTY and ICTR on the principles of International law. This court ordered the death penalty, which violated human rights law and did not give the accused a fair chance of representation. It did not appreciate the essential parameters of international criminal law. Moreover, the present court has been questioned since its inception on the basis of its detention, prosecution, punishment, and procedure. Thus, the author’s hypothesis proved correct

## 8 Conclusion

In conclusion it can be said that the ICTB is the International War Crime Tribunal for namesake, as it has the dark shade of a national court and has the intent to detain, prosecute, and punish the people who committed war crimes<sup>67</sup>. ICTB has attracted criticism worldwide for being unfair and unjust and for not following the standards laid down by previous regional international war tribunals. It was very heavily criticized for holding proceedings in absentia, which is by far not the standard of an international court. It was seen in the case of *The Prosecutor v. Abul Kalam Azad that an accused was convicted of crimes of genocide and crime against humanity in absentia on January 21, 2013*.<sup>68</sup> Therefore, the provision of ICT for trial in absentia with even the likelihood of the death penalty is an extreme form of violation of human rights and is undoubtedly unfair<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> AMNESTY INTERNATIONAL. *ICT Act 1973*: Bangladesh: death penalty in war crimes tribunal “extremely regrettable”. 2013. Available in: <http://www.amnesty.org.au/news/comments/32289/>. Access at: Jan. 8, 2021.

<sup>68</sup> *Bangladesh Trial Observer* (Jan. 10, 2021, 10:30 A.M.), [https://bangladeshtrialobserver.files.wordpress.com/2012/12/full\\_judgment\\_azad.pdf](https://bangladeshtrialobserver.files.wordpress.com/2012/12/full_judgment_azad.pdf).

<sup>69</sup> INTERNATIONAL CRIMES (TRIBUNALS). *Chief Prosecutor v Moulana Abdul Kalam Azad*. ICT-BD Case No. 05 of 2012, 21 January 2013. Available in: <http://www.ict-bd.org/ict2/judgments.php>. Access at: Jan. 7, 2021.

As discussed above, instances like the absence of any international judges or prosecutors and the option of appeal to the Supreme Court of Bangladesh against the order of the tribunal give a domestic color to the tribunal, and the tribunal has always acted at the instance of the government. The Tribunal has also attracted a lot of criticism for breaching the principles of natural justice and not following international rules. Hence, the tribunal has rightly been described as a case of “complementarity went bad”. It can be more considered as a political court constituted for political motive instead of an impartial international court.

## Bibliography

AFRIN, Zakia. The International War Crimes (Tribunal) Act, 1973 of Bangladesh. In: CHATTERJEE, Deepaloke (col.). *Indian yearbook of international law and policy*. New Delhi: Satyam Law International, 2009. Available in: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=pubs>. Access at: Jan. 10, 2021.

AKRAM, Tanweer. A critical evaluation of the ICJ Report on the Bangladesh genocide. SSRN, 2007. Available in: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=981254](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=981254). Access at: Jan. 4, 2021.

AKTURK, Sener. Religion and nationalism: contradictions of islamic origins and secular nation-building in Turkey, Algeria and Pakistan. *Social Science Quarterly*, v. 96, p. 778-781, 2015. Available in: [https://www.belfercenter.org/sites/default/files/2017-04/Akturk\\_2015\\_Turkey\\_Algeria\\_Pakistan\\_Religion\\_Nationalism.pdf](https://www.belfercenter.org/sites/default/files/2017-04/Akturk_2015_Turkey_Algeria_Pakistan_Religion_Nationalism.pdf). Access at: Jan. 5, 2021.

AL-MAHMOOD, Syed Zain. Bangladesh war crimes court sentences islamist leader to life. *The Wall Street Journal*, 2013. Available in: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324445904578285253762636258>. Access at: Jan. 6, 2021.

AMNESTY INTERNATIONAL. *ICT Act 1973*: Bangladesh: death penalty in war crimes tribunal “extremely regrettable”. 2013. Available in: <http://www.amnesty.org.au/news/comments/32289/>. Access at: Jan. 8, 2021.

AMUNDSEN, Inge. Democracy decaying in Bangladesh. *CMI*, 2018. Available in: <https://www.cmi.no/>

- publications/6472-democracy-decaying-in-bangladesh. Access at: Jan. 2, 2021.
- BANGLADESH liberation war, 1971 and Indian involvement. 2020. Available in: [https://cbpbu.ac.in/user-files/file/2020/STUDY\\_MAT/HIS/banladesh%20liberation-converted.pdf](https://cbpbu.ac.in/user-files/file/2020/STUDY_MAT/HIS/banladesh%20liberation-converted.pdf). Access at: Jan. 2, 2021.
- BANGLADESH ratifies ICC Rome Statute. *The Hague*, 2010. Available in: <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=11564>. Access at: Feb. 26, 2020.
- BANGLADESH war crimes trial: key accused. *BBC News*, 2016. Available in: <https://www.bbc.com/news/world-asia-20970123>. Access at: Jan. 19, 2021.
- BANGLADESH WAR CRIMES TRIBUNAL. *Sayedee Skype retrial written application*. 2013. Available in: <http://bangladeshwarcrimes.blogspot.com/2013/03/sayedee-skype-retrial-written.html>. Access at: Jan. 10, 2021.
- BARI, Hussain Mohammad Fazlul. An appraisal of victim protection in Bangladesh. *Journal of Asiatic Society of Bangladesh*, v. 61, n. 2, p. 183-205, 2016. Available in: [http://www.asiaticsociety.org.bd/journal/1\\_H\\_912%20\\_Revised\\_%20Fazlul%20bari\\_ed%20AKH\\_ash\\_19.3.17.pdf](http://www.asiaticsociety.org.bd/journal/1_H_912%20_Revised_%20Fazlul%20bari_ed%20AKH_ash_19.3.17.pdf). Access at: Jan. 15, 2021.
- BASS, Gary J. Bargaining away justice: India, Pakistan, and the International Politics of Impunity for the Bangladesh Genocide. *International Security*, v. 41, n. 2, p. 140-187, 2016. Available in: [https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/gjbass/files/bass\\_impunity.pdf](https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/gjbass/files/bass_impunity.pdf). Access at: Dec. 27, 2020.
- BAUL, Tapas Kanti. The trial of 1971 genocide: reflection on ICTBD. *The Daily Star*, 2019. Available in: <https://www.thedailystar.net/law-our-rights/law-vision/news/the-trial-1971-genocide-reflection-ictbd-1720285>. Access at: Dec. 31, 2020.
- BERGMAN, David. The politics of Bangladesh's genocide debate. *The New York Times*, 2016. Available in: <https://www.nytimes.com/2016/04/06/opinion/the-politics-of-bangladeshs-genocide-debate.html>. Access at: Jan. 6, 2021.
- BERGSMO, Morten; CHEAH WUI LING. Justice after decades in Bangladesh: national trials for international crimes. *Journal of Genocide Research*, v. 13, n. 503, 2011.
- BERINGMEIER, Miriam. *The International Crimes Tribunal in Bangladesh*: critical appraisal of legal framework and jurisprudence. Germany: Berliner Wissenschafts-
- Verlag, 2018. Available in: [http://www.ciando.com/img/books/extract/3830540302\\_lp.pdf](http://www.ciando.com/img/books/extract/3830540302_lp.pdf). Access at: Jan. 9, 2021.
- BILLAH, Maruf. Non-retroactivity in prosecuting crimes against humanity and International Crimes Tribunal Bangladesh. *Journal of Politics and Law*, v. 13, n. 3, 2020. Available in: <http://www.ccsenet.org/journal/index.php/jpl/article/view/0/43598>. Access at: Jan. 14, 2021.
- BILLAH, S. M. Masum. Proclamation of Bangladesh independence: implications for international law. *Dhaka Law Review*, 2015. Available in: <http://www.dhakalawreview.org/blog/2015/04/proclamation-of-independence-801>. Access at: Dec. 30, 2020.
- BLOOD, Arthur K. US Government top secret report: conflict in East Pakistan: background and prospects. In: QUADERI, Fazlul Quader (ed.). *Bangladesh genocide and world press*. Dacca: Begum Dilafroz Quaderi, 1972.
- BUTT, Ahsan I. Looking back at the geopolitics behind Pakistan's genocidal split of 1971. *The Wire*, 2017. Available in: <https://thewire.in/external-affairs/looking-back-geopolitics-behind-pakistans-genocide-1971>. Access at: Jan. 8, 2021.
- CHOPRA, Surabhi. The International Crimes Tribunal in Bangladesh: silencing fair comment. *Journal of Genocide Research*, v. 17, n. 2, 2015. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14623528.2015.1027080>. Access at: Jan. 5, 2021.
- CHOWDHURY, Iftekhar Ahmed. The roots of Bangladeshi National Identity: their impact on state behaviour. *ISAS Working Paper*, n. 63, 2009. Available in: <https://www.files.ethz.ch/isn/101961/63.pdf>. Access at: Jan. 8, 2021.
- CHRISTIANSEN, Samantha M. R. *Beyond liberation: students, space, and the state in East Pakistan/ Bangladesh 1952-1990*. 2012. Thesis (Doctor of Philosophy) – Northeastern University, Massachusetts, 2012. Available in: <https://repository.library.northeastern.edu/files/neu:1473/fulltext.pdf>. Access at: Jan. 5, 2021.
- D'COSTA, Bina. Women, war, and the making of Bangladesh. *Journal of Genocide Research*, v. 14, n. 1, 2012. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14623528.2012.656994>. Access at: Jan. 7, 2021.
- DUMMETT, Mark. Bangladesh war: the article that changes history. *BBC News*, 2011. Available in: <https://>

- www.bbc.com/news/world-asia-16207201. Access at: Jan. 19, 2021.
- EAST ASIA PACIFIC. Protesters arrested in Bangladesh. *Voa News*, [s.d.]. Available in: <https://www.voanews.com/east-asia/protesters-arrested-bangladesh>. Access at: Jan. 8, 2021.
- EUROPEAN FOUNDATION FOR SOUTH ASIAN STUDIES. *Jamaat-e-Islami in Bangladesh: past, present and future*. [s.d.]. Available in: <https://www.efsas.org/publications/study-papers/jamaat-e-islami-in-bangladesh-past,-present-and-future/>. Access at: Jan. 2, 2021.
- FAZI, Muhammad Abdullah. International Crimes Tribunal Bangladesh (ICTB) and violations of right to fair trial: a comparative study. *Maarif Research Journal*, n. 9, p. 11-18, Jun. 2015. Available in: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2903696](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2903696). Access at: Dec. 20, 2020.
- GANGULY, Sumit. Pakistan's forgotten Genocide. *International Security*, v. 39, n. 2, p. 169-180, 2014. Available in: [https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/ISEC\\_a\\_00175](https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/ISEC_a_00175). Access at: Jan. 5, 2021.
- HENSHER, Philip. The war Bangladesh can never forget. *Independent*, 2013. Available in: <http://www.independent.co.uk/news/world/asia/the-war-bangladesh-can-never-forget-8501636.html>. Access at: Jan. 2, 2021.
- HOSSAIN, Abeer. War crimes e the rule of law. *South Asia Journal*, 2011. Available in: <http://southasiajournal.net/war-crimes-the-rule-of-law-abeer-hossain/>. Access at: Jan. 5, 2021.
- HOSSAIN, M. Sanjeeb. *The search for justice in Bangladesh: an assessment of the legality and legitimacy of the International Crimes Tribunals of Bangladesh through the prism of the principle of complementarity*. 2017. Thesis (Doctor of Philosophy) – University of Warwick, United Kingdom, 2017. Available in: [http://wrap.warwick.ac.uk/103875/1/WRAP\\_Theses\\_Hossain\\_2017.pdf](http://wrap.warwick.ac.uk/103875/1/WRAP_Theses_Hossain_2017.pdf). Access at: Jan. 5, 2021.
- HOSSAIN, Mokerrom. Bangladesh war of independence: a moral issue. *Economic & Political Weekly*, v. 44, n. 5, Jan. 2009. Available in: <https://www.epw.in/journal/2009/05/commentary/bangladesh-war-independence-moral-issue.html>. Access at: Dec. 28, 2020.
- HOSSAIN, Pizaur. 1971: Another chapter in world history when intellectuals were targeted. *The Daily Star*, 2017. Available in: <https://www.thedailystar.net/supplements/martyred-intellectuals-day-2017/news/1971-another-chapter-world-history-when-intellectuals-were-targeted-1672981>. Access at: Jan. 10, 2021.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Bangladesh: halt imminent war crimes executions impose immediate moratorium on the death penalty*. 2016. Available in: <https://www.hrw.org/news/2016/09/01/bangladesh-halt-imminent-war-crimes-executions>. Access at: Mar. 8, 2021.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *The events in East Pakistan*. 1972. Available in: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1972/06/Bangladesh-events-East-Pakistan-1971-thematic-report-1972-eng.pdf>. Access at: Jan. 8, 2021.
- INTERNATIONAL CRIMES (TRIBUNALS). *Chief Prosecutor v Moulana Abdul Kalam Azad*. ICT-BD Case No. 05 of 2012, 21 January 2013. Available in: <http://www.ict-bd.org/ict2/judgments.php>. Access at: Jan. 7, 2021.
- INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL. *The Chief Prosecutor v. Abdul Quader Molla* (ICT-BD Case No. 02 of 2012). Available in: <https://www.thedailystar.net/news-detail-268072>. Access at: Jan. 5, 2021.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Statement of the office of the prosecutor of the International Criminal Court as delivered at the press conference in Dhaka, Bangladesh*. 2020. Available in: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20200204-otp-statement>. Access at: Jan. 10, 2021.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *The State Parties to the Rome Statute*. Available in: [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/bangladesh.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/bangladesh.aspx). Access at: Jan. 9, 2021.
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP. Mapping Bangladesh's political crises. *Asia Report*, n. 264, Feb. 2015. Available in: <https://www.files.ethz.ch/isn/188009/264-mapping-bangladesh-s-political-crisis.pdf>. Access at: Jan. 19, 2021.
- ISLAM, M. Rafiqul. Crimes of rape and sexual violence in armed conflicts. In: ISLAM, M. Rafiqul (ed.). *National trials of international crimes in Bangladesh*. Leiden: Brill Nijhoff, 2019. p. 149-183. Available in: <https://brill.com/view/book/9789004389380/BP000007.xml>. Access at: Jan. 9, 2021.
- ISLAM, Mohammad Rabiul. The International Criminal Court: its success and limitations for pursuing in-

- ternational justice. *Journal of Civil and Legal Sciences*, v. 5, 2016. Available in: <https://www.omicsonline.org/open-access/the-international-criminal-court-its-success-and-limitations-for-pursuing-international-justice-2169-0170-1000180.pdf>. Access at: Jan. 10, 2021.
- JACOB, Frank. *Genocide and mass violence in the age of extremes*. Berlin: De Gruyter, 2019. Available in: <https://library.oapen.org/bitstream/handle/20.500.12657/23552/1006594.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Access at: Dec. 27, 2020.
- JAIN, Deepak. Bangladesh 1971: a study in genocide? *Synergy: The Journal of Contemporary Asian Studies*, 2018. Available in: <https://utsynergyjournal.org/2018/06/09/bangladesh-1971-a-study-in-genocide/>. Access at: Jan. 9, 2021.
- JALIL, Mohd Abdul. War crimes trial in Bangladesh: a real political Vendetta. *Journal of Politics and Law*, v. 3, n. 2, Sept. 2010. Available in: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.673.8627&rep=rep1&type=pdf>. Access at: Jan. 7, 2021.
- KOSKENNIEMI, Martti. 'The Lady Doth Protest Too Much' Kosovo, and the turn to ethics in international law. *The Modern Law Review*, v. 65, n. 2, 2002. Available in: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1468-2230.00373>. Access at: Jan. 5, 2021.
- KUMAR, Anand. Jamaat and its agenda of Islamic state in Bangladesh. *Strategic Analysis*, v. 33, n. 4, p. 541–552, Jul. 2009. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09700160902907084?scroll=top&needAccess=true&journalCode=rsan20>. Access at: Jan. 8, 2021.
- KUMAR, Upendra. The networks of social infrastructure linked with Jamaat-e-Islami in Bangladesh. *International Journal of African and Asian Studies*, v. 43, p. 56–66, 2018. Available in: <https://core.ac.uk/download/pdf/234690425.pdf>. Access at: Jan. 5, 2021.
- LIFSCHULTZ, Lawrence. *Bangladesh: the unfinished revolution*. London: Zed Books, 1979.
- MACDERMOT, Niall. Crimes Against Humanity in Bangladesh. *The International Lawyer*, v. 7, n. 2, Apr. 1973. Available in: <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/05/Bangladesh-crimes-against-humanity-1973-eng.pdf>. Access at: Jan. 10, 2021.
- MANTOO, Shahnawaz. Sheikh Majibur Rehman: founder of Bangladesh. *African Journal of Political Science and International Relations*, v. 9, n. 5, p. 152–158, 2015. Available in: <https://academicjournals.org/journal/AJPSIR/article-full-text-pdf/D0DBC452758>. Access at: Jan. 9, 2021.
- MCDERMOTT, Y. Rights in reverse: a critical analysis of fair trial rights under International Criminal Law. In: SCHABAS, William A.; MCDERMOTT, Yvonne; HAYES, Niamh (ed.). *The ashgate research companion to international criminal law: critical perspectives*. Aldershot: Ashgate, 2012. Available in: [https://www.researchgate.net/publication/228187902\\_Rights\\_in\\_Reverse\\_A\\_Critical\\_Analysis\\_of\\_Fair\\_Trial\\_Rights\\_Under\\_International\\_Criminal\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/228187902_Rights_in_Reverse_A_Critical_Analysis_of_Fair_Trial_Rights_Under_International_Criminal_Law). Access at: Jan. 13, 2021.
- MOOKHERJEE, Nayanika. The "Dead and their Double Duties": mourning, melancholia, and the martyred intellectual memorials in Bangladesh. *Space and Culture*, v. 10, n. 2, p. 271–291, May 2007. Available in: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.878.3359&rep=rep1&type=pdf>. Access at: Jan. 10, 2021.
- NAMBIAR, Varun. The 1971 genocide: resurgent Bangladesh's quest for justice, Pakistani Obduracy and India's Role. *Vivekananda International Foundation*, 2017. Available in: <https://www.vifindia.org/article/2017/may/22/the-1971-genocide-resurgent-bangladesh-s-quest-for-justice-pakistani-obduracy-and-india-s-role>. Access at: Jan. 12, 2021.
- NOVAK, Andrew. The abolition of the mandatory death penalty in Bangladesh: a comment on Bangladesh Legal Aid and Services Trust v Bangladesh. *Oxford University Commonwealth Law Journal*, v. 15, n. 2, 2015. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14729342.2016.1191766>. Access at: Jan. 5, 2021.
- PEREIRA, Faustina. The establishment of the International Criminal Court and implications for Bangladesh. *Bangladesh Journal of Law*, v. 3, n. 1, 1999. Available in: [http://www.biliabd.org/article%20law/Vol-03\(1\)/Faustina%20Pereira.pdf](http://www.biliabd.org/article%20law/Vol-03(1)/Faustina%20Pereira.pdf). Access at: Jan. 18, 2021.
- POPOVSKI, Vesselin. Legality and legitimacy of International Criminal Tribunals. In: FALK, Richard; JUERGENSEMEYER, Mark; POPOVSKI, Vesselin. (ed.). *Legality and legitimacy in global affairs*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- RAHMAN, Sayedur; ISLAM, Tanziul; ISLAM, Towfiqul. Evaluation of charismatic leader of Bangla-

- desh Sheikh Mujibur Rahman. *International Journal of Scientific and Research Publications*, v. 4, n. 5, May 2014. Available in: [https://www.researchgate.net/publication/271826594\\_Evaluation\\_of\\_Charismatic\\_Leader\\_of\\_Bangabandhu\\_Sheikh\\_Mujibur\\_Rahman](https://www.researchgate.net/publication/271826594_Evaluation_of_Charismatic_Leader_of_Bangabandhu_Sheikh_Mujibur_Rahman). Access at: Jan. 19, 2021.
- RAHMAN, Shameema. *Bangladesh: first execution of war criminal convicted by International Crimes Tribunal*. 2014. Available in: <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2014-01-09/bangladesh-first-execution-of-war-criminal-convicted-by-international-crimes-tribunal/>. Access at: Jan. 15, 2021.
- REZWAN. 'The Economist' accused of hacking by Bangladesh's war crimes tribunal. *Global Voices*, 2012. Available in: <https://globalvoices.org/2012/12/10/bangladesh-war-crimes-tribunal-under-spotlight/>. Access at: Jan. 5, 2021.
- ROBERTS, Adam. 'NATO's 'Humanitarian War' over Kosovo'. *Survival*, v. 41, n. 3, p. 102-114, 1999. Available in: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/00396339912331342943>. Access at: Jan. 5, 2021.
- ROBERTSON, Geoffrey. *Report on the International Crimes Tribunal of Bangladesh*. 2015. Available in: <http://www.barhumanrights.org.uk/wp-content/uploads/2015/02/REPORT-ON-THE-INTERNATIONAL-CRIMES-TRIBUNAL-OF-BANGLADESH.pdf>. Access at: Jan. 4, 2021.
- SAKIB, A. B. M. Najmus. *Victimization during the Liberation War 1971 and transitional justice: the case of Bangladesh*. [s.d]. Thesis (Master Victimology and Criminal Justice) – Tilburg University, Tilburg, [s.d]. Available in: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=146808>. Access at: Jan. 8, 2021.
- SCHOMBURG, Wolfgang. The role of International Criminal Tribunals in promoting respect for fair trial rights. *Northwestern Journal of International Human Rights*, v. 8, n. 1, 2009. Available in: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1091&context=njihr>. Access at: Jan. 5, 2021.
- SHAHJALAL, Mohammed. Bangladesh International Crime Tribunal for 1971 war: justice or Vendetta? a critical study on contemporary issues under international law. *The Macrotheme Review*, v. 2, n. 205, 2013. Available in: [http://macrotheme.com/yahoo\\_site\\_admin/assets/docs/18ShahjalalMR24.13192120.pdf](http://macrotheme.com/yahoo_site_admin/assets/docs/18ShahjalalMR24.13192120.pdf). Access at: Jan. 10, 2021.
- THE BANGLADESH TRIAL OBSERVER. *Delivered by the international crimes tribunal-2 in the case of Abul Kalam Azad*. 2012. Available in: [https://bangladeshtrialobserver.files.wordpress.com/2012/12/full\\_judgement\\_azad.pdf](https://bangladeshtrialobserver.files.wordpress.com/2012/12/full_judgement_azad.pdf). Access at: Jan. 10, 2021
- TRIPATHI, Priyanka. History and/ through oral narratives: relocating women of the 1971 war of Bangladesh in Neelima Ibrahim's a war heroine, i speak. *Journal of International Women's Studies*, v. 20, n. 7, p. 154-164, 2019. Available in: <https://vc.bridgew.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2163&context=jjws>. Access at: Jan. 10, 2021.
- TRIPATHI, Salil. The colonel who would not repent: the Bangladesh war and its unquiet legacy. *Yale University Press*, n. 36, 2016.
- UNITED NATIONS. *Ratification status of Bangladesh*. Available in: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=14&Lang=EN](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=14&Lang=EN). Access at: Jan. 10, 2021.
- VISHWANATH, Raghavi. *Sanjeeb Hossain on 'International Crimes (Tribunals) Act 1973 and the Principle of Legality'*. 2019. Available in: <https://www.law.ox.ac.uk/current-students/graduate-discussion-groups/south-asian-law-discussion-group/blog/2019/07/sanjeeb>. Access at: Jan. 10, 2021.
- WARA, Umme. The 1971 massacre of intellectuals in Bangladesh: genocide? *Bangladesh Journal of Law*, v. 2, 2017. Available in: <http://www.biliabd.org/article%20law/Vol-17/Ummeh%20Wara.pdf>. Access at: Jan. 5, 2021.
- ZEITTYN, Benjamin. Watching the international crimes tribunal from London. *South Asia Multidisciplinary Academic Journal*, n. 9, 2014. Available in: <https://journals.openedition.org/samaj/3711>. Access at: Jan. 19, 2021.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Avances y desafíos para prevenir y combatir el abuso y la explotación sexual de menores en línea:** Especial referencia a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores

**Progress and challenges to prevent and combat online child sexual abuse and exploitation:** Special reference to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules to prevent and combat child sexual abuse

Andreea Marica

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

# **Avances y desafíos para prevenir y combatir el abuso y la explotación sexual de menores en línea:** Especial referencia a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores\*

## **Progress and challenges to prevent and combat online child sexual abuse and exploitation:** Special reference to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules to prevent and combat child sexual abuse

Andreea Marica\*\*

### **Resumen**

El objetivo de la presente investigación académica se centra en aportar nuevas perspectivas al conocimiento consolidado a través de una reflexión profunda y crítica, para dar respuesta a la pregunta ¿Cuáles son los avances y los desafíos en la prevención y lucha contra el abuso y la explotación sexual de menores en línea en la UE? Para ello se ha puesto especial énfasis en analizar y discutir la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores. Se ha analizado y demostrado la operatividad de una doble terminología al uso. Se ha observado que está en uso la terminología de “pornografía infantil” para el sector público, y de material de abuso sexual de menores para el sector privado. Todo ello acarrea dificultades a nivel jurídico. Se ha realizado una interpretación actualizada del concepto de material de abuso y explotación sexual de menores en línea (CSEM) y de los delitos relacionados. Se ha analizado la importancia de la creación del Sistema de Clasificación del Material de Explotación y Abuso Sexual Infantil en Línea (SCCSEM) que permite priorizar la investigación policial, y del Sistema de Detección de CSEM que conlleva la obligación de actuar para el sector privado. Se ha analizado y destacado la relevancia de EUROPOL en materia de investigación de CSEM y se ha discutido la viabilidad de la creación de una nueva Agencia, concluyendo que no se aprecia que pudiera tener el impacto esperado, dado que no reúne los requisitos imprescindibles que le permitan desarrollar sus funciones como Agencia descentralizada de la UE. Se concluye que sí tendría un inestimable valor operativo si se integraría en la estructura de EUROPOL como Centro Especializado. En lo que respecta a la metodología, se ha optado por el método cualitativo con

\* Recibido em 12/05/2023  
Aprovado em 31/07/2023

\*\* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Directora del Máster Universitario en Seguridad y Defensa, Dpto. de Seguridad y Defensa en la Facultad de Derecho y de Relaciones Internacionales  
Email: amarica@nebrija.es



perspectiva analítica, por lo que se han verificado teorías y conceptos establecidos, y se han analizado e interpretado aspectos fundamentales del entramado jurídico de la Unión Europea.

**Palabras clave:** CSEM; SCCSEM; EUROPOL; Centro de la UE para prevenir y combatir el abuso sexual de menores; propuesta de reglamento.

## Abstract

The objective of this academic research is focused on providing new perspectives to consolidated knowledge through deep and critical reflection, with the purpose to answer the question: What are the advances and challenges to prevent and combat online child exploitation and sexual abuse? To this end, special emphasis has been placed on analyzing and discussing the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules to prevent and combat child sexual abuse. The operability of a double terminology in use has been analyzed and demonstrated. The terminology “child pornography” for the public sector, and child sexual abuse material for the private sector has been observed to be in use. All of this leads to legal difficulties. An updated interpretation of the concept of online child sexual abuse and exploitation material (CSEM) and related crimes has been carried out. The importance of the creation of the Online Child Sexual Exploitation and Abuse Material Classification System (SCCSEM) that allows prioritizing police investigation, and the CSEM Detection System that entails the obligation to act for the private sector has been also analyzed. The relevance of EUROPOL in terms of CSEM investigation is highlighted and the feasibility of creating a new Agency is discussed, concluding that it is not appreciated that it could have the desired impact, since it does not meet the essential requirements that allow it to develop its functions as a decentralized Agency of the EU. Likewise, it is concluded that it would have an inestimable operational value if it were integrated into the EUROPOL structure as a Specialized Center. Regarding the methodology, the qualitative method with an analytical perspective has been chosen, and therefore established theories and concepts have been verified, and fundamental aspects of the legal framework of the European Union have been analyzed and interpreted.

**Keywords:** CSEM; SCCSEM; EUROPOL; EU Centre on child sexual abuse; proposal for a regulation.

## 1 Introducción

A día de hoy, el firme compromiso de la Unión Europea (en adelante UE) con la protección de la infancia, y específicamente con la lucha para prevenir y combatir los delitos de abuso sexual de menores, ha quedado patente con el entramado de iniciativas, medidas operativas y la creación de un adecuado marco jurídico, traducido todo ello en lo que podríamos considerar respuestas blandas y respuestas duras a esta tipología delictiva. No obstante, aunque se insiste en la necesidad de dar una respuesta firme y contundente a esta lacra, no hay que olvidar que nos enfrentamos a un problema de carácter mundial, que requiere aunar esfuerzos más allá del ámbito nacional o regional, como es la UE. Por ello, la cooperación y la coordinación de las autoridades competentes, los instrumentos, herramientas, organismos y entidades, son factores clave en las propuestas UE que recogen nuevas medidas, tal y como vamos a ver a continuación.

Entre dichas propuestas, se prevé un papel relevante en lo que respecta el nuevo Centro de la UE para prevenir y combatir el abuso sexual de menores (en adelante Centro UE), y que actualmente se encuentra en fase de evaluación y análisis en vista de poder establecer su estructura, funciones e independencia, codependencia o integración en alguno de los organismos o centros UE ya existentes. No obstante, el texto de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores, nos adelanta que, tras realizarse una evaluación de impacto, se ha llegado a la conclusión de que el Centro UE conseguiría responder a los objetivos de su creación, funcionando como Agencia descentralizada e independiente de las existentes, como es EUROPOL.

Es importante señalar que en la UE operan tres tipos de Agencias, clasificadas en tres bloques: las tradicionales o reguladoras, conocidas también como Agencias descentralizadas; las denominadas Agencias ejecutivas de la Comisión; y, como tercer bloque, se enmarcan de forma generalizada los denominados “otros organismos” que, a su vez, se considera que responden al

perfil de Agencias. En lo que es de interés para nuestra investigación académica – el Centro UE como Agencia descentralizada – hay que señalar que la problemática principal reside, tal y como la propia Comisión Europea lo ha reconocido, en la falta de una definición conceptual comúnmente aceptada, así como en una serie de aspectos diferenciadores que tienen un importante impacto tanto en lo que respecta al papel, la estructura y el perfil de las Agencias descentralizadas, y cuyo resultado desemboca en un sistema opaco y dudoso en cuanto a su responsabilidad y legitimidad.<sup>1</sup> Un aspecto que, a primera vista, para algunos autores resulta cuanto menos preocupante, en tanto en cuanto, una de las características que dotan de singularidad a las Agencias descentralizadas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante ELSJ) como EUROPOL, EUROJUST y FRONTEX, es justamente la capacidad de intervención en acciones de carácter operativo.<sup>2</sup> No obstante, cabe subrayar que, recientemente, el marco jurídico de cada una de las Agencias anteriormente señaladas ha sufrido una serie de modificaciones para garantizar de forma exhaustiva un correcto sistema del tratamiento de datos personales operativos.

Además de la problemática que despierta la falta de una definición o descripción general de las Agencias – tal y como veremos más adelante en nuestra investigación – es menester resaltar que tampoco existe un marco jurídico explícito que delimite su creación, competencias y funciones. En relación a lo segundo señalado, se considera que se debe a la falta de una “visión unitaria” en lo que respecta al propio Ejecutivo de la Unión, o bien sería consecuencia del vasto abanico de funciones que han recaído en las distintas Agencias UE. Con independencia de cual haya podido ser el detonante, las Agencias UE no actúan en un vacío legal, sino que, tímidamente, encuentran su espacio jurídico, de conformidad con el principio de atribución sobre la base de distintas disposiciones del Tratado de Lisboa.<sup>3</sup> En este sentido, las Agencias UE están dotadas de personalidad jurídica, actúan de forma independiente, pero en base

a su instrumento regulador de Derecho derivado<sup>4</sup>, bien sean Directivas o Reglamentos. En este sentido, cabe señalar que la elección de instrumentos de Derecho derivado se debe a la necesidad de evitar la ausencia de uniformidad en la tutela e interés comunitarios, por lo que se opta por las Directivas para armonizar los sistemas penales internos de todos los Estados Miembros.<sup>5</sup>

Ahora bien, las Agencias nacen con un objetivo claro, siendo este el de brindar apoyo en el proceso de toma de decisiones de las Instituciones UE mediante la puesta en común a nivel europeo y nacional de conocimientos técnicos o especializados, ayudando así a consolidar la cooperación entre los Estados Miembros y la UE en diferentes ámbitos políticos de especial importancia.<sup>6</sup> Y para garantizar su correcto funcionamiento, los mecanismos activados de rendición de cuentas forman parte integral del Tratado de Lisboa, de los reglamentos de creación y funcionamiento de las propias Agencias, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y de la Declaración Común y el PlanTEAMIENTO Común.<sup>7</sup>

Dicho esto, y volviendo a nuestro punto de partida, siendo este el compromiso de la UE con la lucha para prevenir y combatir los delitos de abuso sexual de menores, habría que identificar qué tipo de competencias de actuación recaen en la UE en este ámbito. Teniendo en cuenta la propia naturaleza del proceso de integración, se considera que la propia UE se sustenta en un sistema constitucional común del que nacen sus competencias de actuación, siendo estas en su gran mayoría competencias compartidas<sup>8</sup> con los propios Estados Miembros.

<sup>4</sup> TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. *Informe anual sobre las agencias de la UE correspondiente al ejercicio 2021*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2022. Disponible en: [https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/AGENCIES\\_2021/AGENCIES\\_2021\\_ES.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/AGENCIES_2021/AGENCIES_2021_ES.pdf). Acceso en: 02 ago. 2023. p. 12

<sup>5</sup> BOZA MORENO, E. Delitos contra la libertad sexual: hacia una armonización europea. *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, v. 2, p. 9-18, 2023. p. 10.

<sup>6</sup> JOINT Statement of the European Parliament, the Council of the EU and the European Commission on decentralised agencies. 19 Jul. 2012. p. 1

<sup>7</sup> OPINIÓN de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (24.1.2019) para la Comisión de Asuntos Constitucionales sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas (2018/2114(INI)). 2019. punto 2.

<sup>8</sup> BENEYTO PÉREZ, J. M.; GIERING, C. *El establecimiento de una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros*. Madrid: Instituto de Estudios Europeos de la Univer-

<sup>1</sup> COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: orientaciones para el futuro: COM(2008) 135 final. Bruselas: Agencias Europeas, 2008. p. 7.

<sup>2</sup> PILLORENS, M. El nuevo mapa de las agencias europeas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, v. 56, p. 77-117, 2017. p. 82-83.

<sup>3</sup> PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas*: 2018/2114(INI). 2019.

No obstante, la singularidad del modelo UE traducido en el Principio de atribución de competencias por parte de los Estados Miembros a través de los Tratados para alcanzar sus objetivos comunes<sup>9</sup>, responde a unas “habilitaciones específicas” para que la UE, a través de sus actuaciones, consiga alcanzar una serie de objetivos en un determinado ámbito, descartando la posibilidad de atribución de competencias por materias, siendo esta una característica de los sistemas federales o *cuasifederales* de base estatal<sup>10</sup>. En este sentido, en tanto que no existe un catálogo de competencias claramente definido y recogido en los Tratados, existe la posibilidad de que una competencia originariamente compartida sufra una *mutación genética* y convertirse en exclusiva o *cuasiexclusiva* como consecuencia de una intervención exhaustiva de la UE en un ámbito inicialmente compartido con los EM.<sup>11</sup> ¿Podría ser este escenario aplicable al ámbito de la lucha para prevenir y combatir los delitos de abuso sexual de menores en la UE? Definitivamente no, teniendo en cuenta que estas “habilitaciones específicas” recaen en el ámbito del ELSJ, que a su vez se ampara en las competencias compartidas, según el art. 4.j) del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE) y que necesita la colaboración y el esfuerzo de todos los Estados Miembros para erradicar esta lacra.

Ahora bien, debido a extensión, variedad y diversidad de la fenomenología delictiva del abuso sexual de menores, la presente investigación académica centrará el estudio en el abuso sexual de menores en línea. Y para escenificar la importancia y la inquietud del análisis, es importante poner el acento en el aumento de las denuncias de ciudadanos de distintos países sobre delitos relacionados con el material de abuso y explotación sexual de menores en línea (en adelante CSEM), la comercialización y el consumo de dicho material. En lo que respecta al incremento del consumo, se considera que en parte se debe a que la población en general está pasando más tiempo en Internet, por lo que tanto las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como las ONG,

han notificado un crecimiento de la actividad en línea vinculada a CSEM.<sup>12</sup>

Y para contextualizar el análisis, resulta de crucial importancia, tal y como señala EUROPOL, hacer una diferencia exhaustiva entre la categoría de menores de edad que voluntariamente envían mensajes sexuales o producen y envían material sexualmente explícito autogenerado (SGSEM, por sus siglas en inglés) y aquellos otros, que son forzados y coaccionados a llevar a cabo tales comportamientos. En lo que respecta al primer grupo o categoría, es de suma importancia prestar debida atención empírica en vista de obtener indicadores de perfiles de riesgo y vulnerabilidad en relación al comportamiento que puedan hacerles susceptibles a la coerción y extorsión sexual en línea<sup>13</sup>. Sin minusvalorar la importancia de categoría anteriormente señalada, el objetivo principal de la presente investigación centra el análisis en la categoría de menores obligados y coaccionados a realizar tales comportamientos, poniendo especial énfasis en discutir la propuesta del Reglamento por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores. Con el fin de alcanzar el objetivo principal, se han delimitado dos objetivos específicos: 1). Identificar y analizar los retos y los desafíos jurídicos en la lucha contra el abuso y la explotación sexual de menores en línea; 2). Identificar y analizar los retos y los desafíos a los que se enfrentan las Agencias de la UE en materia de lucha contra el abuso y la explotación sexual de menores en línea.

En definitiva, la presente investigación académica busca aportar nuevas perspectivas al conocimiento consolidado a través de una reflexión profunda y crítica, para dar respuesta a la pregunta ¿Cuáles son los avances y los desafíos en la prevención y lucha contra el abuso y la explotación sexual de menores en línea en la UE? En lo que respecta a la metodología, se ha optado por el método cualitativo con perspectiva analítica, por lo que se han verificado teorías y conceptos establecidos, y se han analizado e interpretado aspectos fundamentales del entramado jurídico a nivel de UE e internacional.

sidad San Pablo-CEU, 2002. p. 12-13.

<sup>9</sup> Art. 1.1, Título 1. Disposiciones Comunes, Tratado de la Unión Europea.

<sup>10</sup> MARTÍN, Araceli Mangas. *La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*. Zaragoza, 2008. p. 3.

<sup>11</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 6, n. 12, p. 343-391, 2002. p. 348; 357.

<sup>12</sup> INTERPOL. *Riesgos y tendencias en relación con el abuso y la explotación sexual de menores: repercusiones de la COVID-19*. sept. 2020. p. 9.

<sup>13</sup> EUROPOL. Online sexual coercion and extortion as a form of crime affecting children: law enforcement perspective. *Europol*, 2017. p. 10.

## 2 Retos y desafíos jurídicos en la lucha contra el abuso y la explotación sexual de menores en línea

### 2.1 Terminología: un hándicap que urge corregir

En la Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores se señala que “la UE se ha convertido en el mayor centro de pornografía infantil del mundo”<sup>14</sup>. Entendemos que – aunque de forma muy desafortunada – lo que se intenta transmitir es la situación extrema a la que nos enfrentamos como sociedad y, por lo tanto, a la urgente necesidad de actuar de manera conjunta para prevenir y combatir el abuso sexual de menores en línea. Ahora bien, en la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad, cuyo objetivo reside en señalar una serie de orientaciones políticas generales en materia de protección del ciudadano, se utiliza la terminología – que entendemos como correcta – de abuso sexual de menores. En dicho documento, se indica que “el crecimiento exponencial del material de abuso sexual de menores en línea ha puesto de manifiesto las consecuencias sociales de la evolución de las pautas delictivas”, enmarcando así este fenómeno delictivo dentro de la llamada “ola de ciberdelincuencia”.<sup>15</sup>

Las dos Estrategias anteriormente mencionadas datan del 24 de julio de 2020, por lo que resulta comprensible que un documento específico en materia de protección de menores contra el abuso sexual – como es la Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores – haga caso omiso de las Orientaciones de Luxemburgo de 2016 sobre el correcto léxico que se ha de emprender para una adecuada y efectiva protección de la niñez. Tal y como reza dicho documento, “la comunicación es de vital importancia en nuestros esfuerzos por respetar, proteger y poner

en práctica los derechos”<sup>16</sup> de los menores, evitando así cualquier terminología que pueda inducir a una mala interpretación, y por consecuencia, “banalizar el abuso y la explotación sexual de niños”<sup>17</sup>.

Por lo tanto, mantener en uso la terminología errónea de “pornografía infantil” en la Estrategia UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores, podría, quizás, responder a un ejercicio de “lealtad” con la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Dicha Directiva sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, en la que se señalaba que “la pornografía infantil, forma especialmente grave de explotación sexual de los niños, se está desarrollando y extendiendo por medio de las nuevas tecnologías e Internet”, y que “la Unión Europea debe completar el importante trabajo realizado por las organizaciones internacionales”. Pero ello resulta fundamental señalar que la Directiva en vigor reconoce el Convenio de Lanzarote<sup>18</sup> de 2007 como norma internacional más elevada en lo que concierne a la protección de los niños contra la explotación sexual y el abuso sexual. Dicho Convenio ha establecido cuales son los delitos relativos a la “pornografía infantil” y, como más adelante veremos, ha proporcionado una definición de la terminología, señalando que:

se entenderá todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.<sup>19</sup>

Apuntamos y hacemos hincapié en las fechas documentales, para poner de relieve la cronología de los avances, pero también de lo que podríamos considerar como “oportunidades perdidas” en materia de lucha contra esta lacra, en lo relacionado a la aplicación de

<sup>14</sup> COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores: COM (2020) 607 final. Bruselas, 24 jul. 2020. p. 2.

<sup>15</sup> COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad: COM (2020) 605 final. Bruselas, 24 jul. 2020. p. 4.

<sup>16</sup> GRUPO de Trabajo Interinstitucional sobre explotación sexual de niñas, niños y adolescentes 2016, Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales. 2016. p. 1.

<sup>17</sup> INTERPOL. Terminología apropiada. *Interpol*, [20--?]. Disponible en: <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-menores/Terminologia-apropiada>. Acceso en: 06 abr. 2023.

<sup>18</sup> CONVENIO del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. Lanzarote, 25 oct. 2007.

<sup>19</sup> CONVENIO del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. Lanzarote, 25 oct. 2007

una terminología correcta. En este sentido, es menester recordar que el Parlamento Europeo en su Resolución del 11 de marzo de 2015 sobre la lucha contra los abusos sexuales de menores en línea, señalaba expresamente que es fundamental utilizar una terminología correcta en relación con los delitos cometidos contra los niños, y particularmente en todo lo relacionado con la descripción de imágenes de abusos sexuales de menores, por lo que la terminología de “materiales de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes” ha de reemplazar la errónea de “pornografía infantil”. Como no podría ser de otra manera, observamos la coherencia del Parlamento Europeo en tanto en cuanto las definiciones que encontramos en los instrumentos jurídicos internacionales centran su atención, efectivamente, en el material de abuso y explotación sexual de los niños (CSEM por sus siglas en inglés). En este sentido, se considera?

pornografía infantil todo material que represente de forma visual y por cualquier medio, de un menor o de una persona que parezca menor de edad, adoptando un comportamiento sexual, o inmerso en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o cualquier representación de las partes genitales de un menor o de una persona que parezca menor con fines principalmente sexuales.<sup>20</sup>

Es importante reflexionar y comprender que el mal uso de la terminología – pornografía infantil – revierte un alto impacto emocional negativo en las víctimas – además del abuso en sí, evidentemente – pero también porque pudiera llegar a:

sugerir la preexistencia del acuerdo por parte de la víctima, legitimando y normalizando así la conducta del abusador; e incluso una asimilación de la misma con la pornografía que refleja actividades sexuales consentidas por parte de los adultos, obviando de esa forma su verdadera naturaleza abusiva.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Art.2, letra c) del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Art.9.2, del Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001; Art.20.2 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007; Art. 2, letra c) de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. Las imágenes de abusos sexuales a menores a la luz de la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3. Época, n. 16, p. 87-156, jul. 2016. p. 91.

Por otro lado, es imprescindible señalar que, en lo relacionado a las imágenes, videos o audios que representan actividades reales o no, no existe uniformidad legislativa internacional. Es decir, estamos ante un reto en tanto que:

cuando no existe una definición universal de la llamada <<pornografía infantil >>, las actividades relacionadas están sujetas a la interpretación legislativa de cada país, y, por tanto, en algunos países su definición está recogida expresamente en el Código Penal, por el contrario, en otros no.<sup>22</sup>

Consideramos que la UE ha perdido – de nuevo – la oportunidad de corregir el error terminológico, cuando el 24 de marzo de 2021 adoptó lo que se considera ser la Estrategia Global en materia de protección de los menores.<sup>23</sup> En este documento, siguen habiendo incongruencias en tanto que se utiliza a la vez la terminología de “pornografía infantil” y la de “material de abuso sexual de menores”. En este sentido, señala la Comisión Europea que en el periodo de la Pandemia del COVID 19 “se compartió más pornografía infantil en línea”; y, así mismo, reflexiona sobre el peligro al que se enfrentan los menores haciendo uso de Internet, y considera que aumenta su exposición a “los materiales de explotación sexual de menores”. Entonces ¿hablamos de pornografía infantil cuando son los adultos los que acceden o trafican con este material y cuando son los propios menores los que acceden a este contenido hablamos de material de abuso y explotación sexual de menores en línea (CSEM)?

Cabe resaltar que el Reglamento (UE) 2021/1232 del 14 de julio de 2021, de excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2011/93/UE<sup>24</sup>, evita en lo posible el uso de la terminología “pornografía infantil”, mencionándolo solamente en dos ocasiones para hacer referencia a los preceptos mismos establecidos en la Directiva 2011/93/UE. Observamos,

<sup>22</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. *III Plan de Acción contra la explotación sexual de la Infancia y la Adolescencia 2010 – 2013*. 2013. p. 17-18.

<sup>23</sup> COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño: COM (2021) 142 final. Bruselas, 24 marzo 2021. p. 2; 17.

<sup>24</sup> Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021 por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea.

no obstante, un gran avance en materia de unificación legislativa a nivel de la UE, y por consecuencia en el uso de la terminología “material de explotación y abuso sexual de menores en línea” (CSEM). Pero a la vez, quizás podríamos entender la sutileza con la que el Reglamento, cuyos efectos son de aplicación en todos sus elementos, intenta *no pisar* el entramado legislativo previsto en la Directiva, por lo que remite a sus disposiciones en cuanto a la definición recogida en el art.2.2 sobre el material de abuso sexual de menores en línea.

Resulta de interés también observar las Conclusiones de Consejo de la UE sobre la lucha contra el abuso sexual de menores<sup>25</sup> de 2019, y específicamente la incompleta denominación de la Directiva de 2011, a la que identifica y cita como “Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores”. Podemos entender que el Consejo evita utilizar la terminología de “pornografía infantil”, reemplazándola con la de abuso sexual de menores, pero no así cuando hace referencia al “material pornográfico”. De la misma manera, en la actual propuesta de Reglamento por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de menores<sup>26</sup> del 11 de mayo de 2022 (en adelante Propuesta de Reglamento), queremos entender que desaparece la terminología “pornografía infantil” del título y, por supuesto, del cuerpo legislativo en su totalidad. En este sentido, se señala que el objetivo reside en “establecer un marco jurídico claro y armonizado para prevenir y combatir el abuso sexual de menores en línea”, y hace de ello una prioridad para la UE. No obstante, en la misma propuesta se señala que el Reglamento no afectará las normas recogidas en la Directiva 2011/93/UE, por lo que no hay – de momento – una referencia clara a la corrección de la terminología. Más aun, cabe resaltar que dicho Reglamento será de aplicación a los prestadores de servicios de alojamiento de datos o de comunicaciones interpersonales que desempeñan un papel especialmente importante tanto en prevenir, así como en retirar los contenidos y ponerlos a disposición de las autoridades competentes en materia de lucha contra el abuso sexual de menores en línea.

<sup>25</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Conclusiones del Consejo sobre la lucha contra el abuso sexual de menores*: (OR. en) 12862/19. Bruselas, 8 oct. 2019.

<sup>26</sup> PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores, COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

Ahora bien, si observamos el apartado en relación a la explicación detallada de las disposiciones específicas de la Propuesta de Reglamento, queremos entender que la UE sí pretende – hasta cierto punto – corregir la terminología “pornografía infantil” con la de material de explotación y abuso sexual infantil (CSEM), pero sin alterar o ampliar lo recogido en la Directiva 2011/93/UE. En este sentido, se indica que:

la referencia a «material de abuso sexual de menores» se basa en los términos pertinentes definidos en la Directiva sobre abuso sexual de menores, a saber, pornografía infantil y espectáculo pornográfico, y tiene por objeto abarcar todo el material allí considerado, en la medida en que dicho material pueda difundirse a través de los servicios en cuestión (en la práctica, normalmente en forma de vídeo e imágenes).<sup>27</sup>

Celebramos la iniciativa en relación a la imprescindible corrección terminológica, pero es asombrosa la falta de empatía en tanto en cuanto, dicho cambio no refleja el impacto en la víctima. Tal y como reza el Considerando 12 de la Propuesta de Reglamento, el cambio se debe a “razones de coherencia y neutralidad tecnológica” y por ello:

el término «material de abuso sexual de menores» debe definirse a efectos del presente Reglamento como referido a cualquier tipo de material que constituya pornografía infantil o espectáculo pornográfico en el sentido de la Directiva 2011/93/UE, que pueda difundirse mediante el uso de servicios de alojamiento de datos o de comunicaciones interpersonales. A día de hoy, este material suele consistir en imágenes o vídeos, sin que se excluya, no obstante, que adopte otras formas, especialmente en vista de los futuros avances tecnológicos.<sup>28</sup>

Por otro lado, cabe señalar otro matiz que hace pensar que se sigue confundiendo la pornografía – una conducta libre – con lo que es el delito de abuso sexual de menores. En este sentido, véase que la Propuesta del Reglamento no corrige la terminología “espectáculo pornográfico”, así como lo mencionado a la generalmente denominada “conducta sexual” y el término “participando” atribuidos a la víctima menor, lo que induce a creer que se trata de un consentimiento deli-

<sup>27</sup> “Explicación detallada de las disposiciones específicas de la propuesta”, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>28</sup> PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022

berado por su parte. En este sentido, parece que la UE ha omitido tener en cuenta lo referenciado en la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y específicamente que los “menores víctimas de delito tienden a sufrir una elevada tasa de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias”.<sup>29</sup>

Más aun, si se cumple el objetivo de la UE de que este Reglamento entre en vigor en agosto de 2024<sup>30</sup>, estaríamos ante una situación de doble terminología al uso. Es decir, los Estados Miembros se acogen a la Directiva de 2011 que utiliza la terminología de “pornografía infantil”; mientras que los prestadores de servicios de alojamiento de datos o de comunicaciones interpersonales utilizarán la terminología de “material de abuso sexual de menores”, según reza actualmente la Propuesta de Reglamento.

Desafortunadamente, parece ser que las Conclusiones del Consejo UE de 2019 sobre la lucha contra el abuso sexual de menores, no han tenido el impacto esperado, más aún en relación a lo siguiente señalado: “el abuso y la explotación sexual vulneran el yo más íntimo del menor, ocasionando graves daños físicos y psicológicos que pueden traumatizar a las víctimas de por vida”.<sup>31</sup> Por lo tanto, urge corregir y abrazar comúnmente la terminología CSEM, es decir, material de explotación y abuso sexual infantil en línea.

## 2.2 Interpretación actualizada de CSEM y de los delitos relacionados. Sistema de Clasificación de CSEM

Tal y como se señala en la Estrategia UE en materia de lucha contra el abuso sexual de menores<sup>32</sup>, los deli-

tos de abuso y explotación sexual de menores pueden adoptar diferentes formas, pudiéndose producir tanto en línea como fuera de ella. No obstante, lo que nos parece muy relevante, es la incongruencia – que de nuevo encontramos – en tanto en cuanto en el mismo párrafo se utiliza la terminología “obligar”, “participar”, “mantener”, así como “pornografía infantil”. En lo que respecta al delito de abuso sexual en línea, dicha Estrategia indica como ejemplo “obligar a un niño a participar en actividades sexuales por medio de emisión en directo o intercambiar pornografía infantil en línea”; mientras que, cuando se refiere a ejemplos fuera de línea, señala el “mantener relaciones sexuales con un niño o hacerle participar en prostitución infantil”. De nuevo, nos encontramos ante una terminología que podría inducir a entender – erróneamente – que se trate de una conducta deliberada por parte de la víctima menor, restando prácticamente importancia al delito de abuso sexual y el impacto que causa en la víctima menor de edad. Induce, por lo tanto, a un concepto distorsionado de lo que significa la pornografía, que no vine a ser lo mismo que un delito de abuso sexual, como forma de maltrato infantil.

En nuestra tarea de búsqueda continua de arrojar luz a la interpretación del concepto de “material pornográfico infantil” – entendemos que se trata de material de explotación y abuso sexual de menores en línea (CSEM) – hay quienes consideran que la respuesta podría darse por los Informes Explicativos de los Convenios de Budapest y Lanzarote. En este sentido, en lo relacionado a las “conductas sexualmente explícitas reales o simuladas” – entendemos que hay que aplicar el matiz de conductas de abuso sexual explícito o simulado – estas deberían abarcar:

- a) relaciones sexuales, incluyendo genital-genital, oral-genital, anal-genital, u oral-anal entre niños o entre un adulto y un niño, del mismo o de distintos sexos; b) bestialismo; c) masturbación; d) abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual; o e) exhibición lasciva de genitales o del área púbica de un niño. Es irrelevante si la conducta representada es real o simulada.<sup>33</sup>

Dicho esto, es importante señalar que EUROPOL utiliza un concepto combinado o mezclado, siendo este el de material de explotación y abuso sexual infantil en

<sup>29</sup> Considerando 57, DIRECTIVA 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. 2012.

<sup>30</sup> COMISIÓN Europea, 1 de diciembre de 2022, Los sistemas de detección de abuso sexual a menores en línea son fiables y salvan vidas, 2022. Disponible en: [https://home-affairs.ec.europa.eu/news/detection-systems-online-child-sexual-abuse-are-reliable-and-save-lives-2022-12-01\\_es](https://home-affairs.ec.europa.eu/news/detection-systems-online-child-sexual-abuse-are-reliable-and-save-lives-2022-12-01_es). Acceso en: 01 ago. 2023.

<sup>31</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Conclusiones del Consejo sobre la lucha contra el abuso sexual de menores*. (OR. en) 12862/19. Bruselas, 8 oct. 2019. punto 1.

<sup>32</sup> COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de

las Regiones: estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores: COM (2020) 607 final. Bruselas, 24 jul. 2020. p. 1.

<sup>33</sup> CONSEJO DE EUROPA. *Informe explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia*: STE, n. 185. 2001. p 100.

línea, con sus siglas en inglés CSEM.<sup>34</sup> Abrazamos esta terminología que consideramos apropiada y concisa, en tanto que no es limitativa. Ahora bien, es cierto que cada una de las terminologías tienen sus particularidades, pero lo que se transmite es que hacen cuerpo común, tratándose, en definitiva, de delitos correlacionados. En este sentido, cabe resaltar que en lo que se refiere a los delitos de abuso y explotación sexual infantil, hay que tener claro que puede adoptar varias formas, entre ellas violación, agresión sexual, preparación sexual en línea, coerción y extorsión sexual, abuso infantil a distancia y retransmitido en directo, grabación o representación de actividad sexual con niños, o compartir imágenes y videos sexualmente explícitos. De este tipo de delitos deriva el denominado material de abuso sexual infantil con sus siglas en inglés CSAM, y que a su vez se define como cualquier tipo de material, generalmente imágenes, videos y archivos de audio, que representan actos de abuso sexual de niños, incluida la representación de imágenes explícitas de partes íntimas del cuerpo con fines sexuales y financieros. A su vez, el material de explotación sexual infantil con sus siglas en inglés CSEM, se utiliza en un sentido más amplio para abarcar todo otro material sexualizado que represente o involucre a niños, como podrían ser las imágenes relacionadas con el abuso sexual infantil, los archivos de texto como los chats.<sup>35</sup>

En lo que respecta la definición en vista de la tipificación penal del delito de abuso sexual de menores y del material de explotación y abuso sexual de menores en línea (CSEM), es importante señalar las novedades introducidas en la Propuesta del Reglamento. En este sentido, se añade el abuso sexual de menores en línea, que responde a la “difusión en línea de material de abuso sexual de menores y el embaucamiento de menores”. En lo que respecta el material de abuso sexual de menores, dicha propuesta introduce factores diferenciadores y ampliadores del concepto, aportando tres clasifica-

ciones de crucial importancia, siendo estas: a) material de abuso; b) material conocido; y c) material nuevo de abuso.

a) material de abuso sexual de menores: se considerará y clasificará como tal el material que constituye pornografía infantil o un espectáculo pornográfico tal como se definen en el artículo 2, letras c) y e), respectivamente, de la Directiva 2011/93/UE;

b) material conocido de abuso sexual de menores: se considerará y clasificará como tal el posible material de abuso sexual de menores detectado utilizando los indicadores contenidos en la base de datos de indicadores a la que se refiere el artículo 44, apartado 1, letra a);

c) nuevo material de abuso sexual de menores: se considerará y clasificará como tal el posible material de abuso sexual de menores detectado utilizando los indicadores contenidos en la base de datos de indicadores a la que se refiere el artículo 44, apartado 1, letra b).

Consideramos que introducir un Sistema de Clasificación del Material de Explotación y Abuso Sexual Infantil en Línea (SCCSEM) es de crucial importancia en tanto que permite priorizar la investigación policial y reorientar los recursos disponibles en función del nivel de gravedad y/o urgencia de los casos. Así mismo, permite también profundizar sobre la identidad y las características del “consumidor” de material de abuso sexual infantil, en función del material descargado, la reiteración en la descarga de este contenido, lo que conlleva a la rapidez en la detección y el seguimiento policial. En relación a este nuevo SCCSEM, la Propuesta de Reglamento señala que el:

término «abuso sexual de menores en línea» debe abarcar no solo la difusión de material previamente detectado y confirmado como material de abuso sexual de menores (material «conocido»), sino también el material no detectado previamente que pueda constituir material de abuso sexual de menores pero que aún no haya sido confirmado como tal (material «nuevo»), así como las actividades que constituyen el embaucamiento de menores («captación de menores»). Esto es necesario para abordar no solo los abusos pasados, la revictimización y la vulneración de los derechos de las víctimas que conlleva (como los relativos a la privacidad y la protección de los datos personales), sino también los abusos recientes, en curso e inminentes, a fin de prevenirlos en la medida de lo posible, proteger eficazmente a los niños y aumentar la probabilidad de salvar a las víctimas de esta situación y detener a los autores.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> EUROPOL. “Child sexual abuse: new guidelines for first responders”. *Europol*, 18 Nov. 2022. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/child-sexual-abuse-new-guidelines-for-first-responders>. Acceso en: 01 agosto 2023.

<sup>35</sup> EUROPOL. Guidelines for First Responders in Child Sexual Abuse and Exploitation Cases. *Europol*, 2022. Disponible en: [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Grace%20Guidelines%202022\\_Public\\_0.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Grace%20Guidelines%202022_Public_0.pdf). Acceso en: 01 agosto 2023.

<sup>36</sup> Considerando 13, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento



Ahora bien, además del contenido que ha de responder a la terminología de CSEM, habría que tener en cuenta también los delitos relacionados y que conforman el delito principal de abuso sexual de menores en línea, siendo estos los delitos de producir / preparar, consumir, compartir / difundir / diseminar o poseer dicho material. Todo ello ha hecho que se ponga de relieve la necesidad urgente de atribuir una consecuencia delictiva a la conducta de cada participante en la cadena, desde la producción hasta la posesión y/o el consumo.<sup>37</sup> En este sentido, el art. 5 de la Directiva 2011/92/UE regula con respecto a las infracciones relacionadas con la “pornografía infantil”, es decir, con el material de abuso sexual de menores en línea o fuera. Así mismo, requiere a los Estados Miembros a que adopten las medidas que consideren oportunas en vista de garantizar la punibilidad de las conductas dolosas de adquisición o posesión; acceso a sabiendas y comunicación; distribución, difusión o transmisión; ofrecimiento, suministro o puesta a disposición; y la producción de material de abuso sexual de menores. Es importante subrayar que la Propuesta de Reglamento indica que no afectará las normas recogidas en la Directiva 2011/92/UE, aspecto que consideramos erróneo dado que se pierde la oportunidad de introducir una explicación e interpretación de la tipología de los delitos relacionados con el abuso sexual de menores en la línea, de idéntica aplicación en todos los Estados Miembros. Por lo tanto, habría que acudir al Informe explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, para observar la interpretación para las respectivas formas delictivas relacionadas con la “pornografía infantil”.

En lo que respecta la adquisición o posesión de CSEM, se ha de tener en cuenta que han de concurrir una serie de factores. La adquisición puede ser para uno mismo, es decir, para uso personal, e implica actividades de búsqueda, acceso a sabiendas a este tipo de contenido, descarga y almacenamiento del contenido y, evidentemente, la posesión de dicho material. No obstante, la adquisición puede ser con fines de distribuir, difundir, transmitir, ofrecer, suministrar y/o poner a disposición de “consumidores”. Por lo tanto, la adquisición en sus

dos vertientes, “significa obtener activamente pornografía infantil, por ej., descargándola”.<sup>38</sup>

Para considerarse posesión, se han de cumplir una serie de requisitos. Por un lado, los materiales de abuso sexual de menores se han de encontrar almacenados en un sistema informático, o en un dispositivo de almacenamiento de datos informáticos pertenecientes al sospechoso. Por otro lado, dado que la posesión de pornografía infantil estimula la demanda de dichos materiales<sup>39</sup>, según se establece en la STS n.º 105/2009 de 30 de enero, la conducta ha de reunir la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía; junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual;
- b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines;
- c) un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).<sup>40</sup>

En lo que respecta el acceso a sabiendas a CSEM, la propia Directiva 2011/92/UE señala en su Considerando 18 que:

debe tipificarse como infracción penal el acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil. Para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio de Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes. No deben aplicarse penas a las personas que accedan sin intención a sitios que contengan pornografía infantil. Podrá deducirse el carácter intencionado de la infracción, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio sujeto a pago.

En la misma línea, el art. 20. f) del Convenio de Lanzarote considera conducta delictiva el acceso a sabiendas a contenido de material de abuso sexual de menores

Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>37</sup> GRUPO de Trabajo Interinstitucional sobre explotación sexual de niñas, niños y adolescentes 2016, Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales. 2016. p.23; ss.

<sup>38</sup> CONSEJO DE EUROPA. *Informe explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia*: STE, n. 185. 2001. p. 97.

<sup>39</sup> CONSEJO DE EUROPA. *Informe explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia*: STE, n. 185. 2001. p. 98.

<sup>40</sup> DOCTRINA de la Fiscalía General del Estado, Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015. 2015.

que se encuentra almacenado en distintas páginas web. Un factor determinante para considerar inequívoco el conocimiento del autor – acceso a sabiendas – es la frecuencia con la que accede a consultar dichas páginas web – y por consecuencia al CSEM – añadiendo aún más el factor económico, para aquellos webs de acceso a cambio de una prestación monetaria.

La producción de material de explotación y abuso sexual infantil, puede incluir tanto el delito de abuso sexual del menor fuera de línea, así como la grabación del delito por parte de la misma persona. O, puede resumirse a la grabación, o a la edición de las imágenes en vídeo y/o fotografías que le son facilitados por otra persona. En este escenario, tendríamos: un caso de abuso sexual de menores al que se le añade la producción del material de abuso por parte del propio abusador; un caso de producción de material de abuso de menores en el que la persona adquiere el material de otro en vista de editarlo y difundirlo a través de un sistema informático; un caso en el que haya una persona que oferta, difunde y pone a disposición material de abuso sexual de menores para que otro lo edite con la intención de difundirlo en un formato específico.

En lo que respecta la oferta de CSEM, se puede entender que el ofertante está en posesión de dicho material o que lo puede obtener, y lo ofrece a una otra parte a través de un sistema informático con o sin propósito comercial. Es importante observar que la oferta va aparejada con la incitación a otro a adquirir CSEM. En lo que respecta la acción o conducta de puesta a disposición, se considera que abarca el hecho en sí de subir en línea material de “pornografía infantil” para el uso de terceros, ayudándose de la creación de sitios web con esta finalidad, o incluso la creación o la recopilación de hipervínculos a dichos sitios con el fin de facilitar el acceso a otros. En este caso, tenemos una correlación de conductas delictivas, en tanto que la oferta y la puesta a disposición va unido a la difusión, es decir, al envío efectivo de CSEM a otra persona a través de un sistema informático, conducta que a su vez entraría dentro del delito de transmisión de dicho material.<sup>41</sup>

En lo que se refiere a la distribución de CSEM, observamos que se trata de un concepto amplio y que puede abarcar gran parte de las conductas anteriormente analizadas. Así mismo, hay que señalar que “el abuso

de menores a distancia retransmitido en directo está obviamente vinculado a la distribución comercial de material de explotación sexual de menores”.<sup>42</sup> En este caso, estamos ante una conducta de acceso a sabiendas, de distribución, de “posesión en vivo”, de producción, transmisión, puesta a disposición, y de “adquisición en vivo”. Ahora bien, cabe señalar que la distribución no necesariamente ha de estar vinculada al propósito comercial, ya que pueden darse casos de intercambio de “material nuevo” a través de la “creación en vivo y espontánea” de dicho material; estaríamos por lo tanto ante “consumidores”, y no ante distribuidores como “comerciantes” de CSEM.

Teniendo en cuenta el papel importante que han de desarrollar los prestadores de servicios de la sociedad de la información, se necesitaba un marco jurídico que respalde su actuación en el ámbito de los delitos conexos anteriormente mencionados, por lo que la Propuesta de Reglamento señala que:

serán eximidos de responsabilidad cuando intervengan en tales actividades, en la medida en que sus actividades se limiten estrictamente a lo necesario para cumplir las obligaciones que les incumben en virtud del presente Reglamento y actúen de buena fe.<sup>43</sup>

### 2.3 Sistema de detección de CSEM. Normas aplicables a los prestadores de servicios de alojamiento de datos o de comunicaciones interpersonales

A lo largo del tiempo se han creado una serie de Resoluciones para establecer un marco jurídico efectivo aplicado al ciberespacio<sup>44</sup> y principalmente para *perfilar* la base jurídica en vista de luchar contra la utilización

<sup>42</sup> PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la lucha contra la ciberdelincuencia (2017/2068(INI))*: A8-0272/2017. 25 jul. 2017. p. 9.

<sup>43</sup> Considerando 34, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>44</sup> Asamblea General de la ONU, Resolución 57/239, de 20 de diciembre de 2002, sobre la creación de una cultura mundial de seguridad cibernética; Resolución 55/63, de 4 de diciembre de 2000; Resolución 56/121, de 19 de diciembre de 2001, sobre el establecimiento de la base jurídica para luchar contra la utilización de las tecnologías de la información con fines delictivos; Resolución 53/70, de 4 de diciembre de 1998; Resolución 54/49, de 1º de diciembre de 1999; Resolución 55/28, de 20 de noviembre de 2000; Resolución 56/19, de 29 de noviembre de 2001; Resolución 57/53, de 22 de noviembre de 2002, sobre los avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional.

<sup>41</sup> CONSEJO DE EUROPA. *Informe explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia*. STE, n. 185. 2001. p. 95; 96.

de las tecnologías de la información con fines delictivos. No obstante, es deber de los Estados velar que, en su propia legislación, así como en la práctica, existan suficientes instrumentos que permitan eliminar y también prevenir e impedir que haya subterfugios que puedan amparar a quienes utilicen la tecnología de la información con fines delictivos. Ahora bien, dado que la característica principal del ciberespacio es la falta de fronteras, y por consecuencia conlleva integrado el factor transnacional, la cooperación entre Estados y sus autoridades competentes juega un papel decisivo en lo que se refiere a la vigilancia del cumplimiento de la ley, la investigación y el enjuiciamiento de aquellos casos en los que la tecnología de la información haya sido utilizada con fines delictivos.<sup>45</sup>

No obstante, la eficacia de la cooperación entre las autoridades competentes – policiales y judiciales – depende especialmente de la posibilidad de disponer de instrumentos jurídicos que avalen dicha colaboración y, evidentemente, de un cuerpo legislativo al menos parcialmente armonizado.<sup>46</sup> En este caso, si contamos con una aproximación del derecho sustantivo en el ámbito de la ciberdelincuencia, uno de los resultados esperados es la posibilidad de:

garantizar un nivel mínimo de protección para las víctimas de la delincuencia informática (por ejemplo, las víctimas de la pornografía infantil), que contribuirá al cumplimiento del requisito de que una actividad debe constituir delito en ambos países para que pueda prestarse asistencia jurídica mutua en una investigación penal (requisito de doble tipicidad), y aportará mayor claridad al sector (por ejemplo, respecto a lo que constituyen contenidos ilícitos).<sup>47</sup>

En lo que respecta nuestro ámbito de interés, EUROPOL señala que Internet es en la actualidad el principal canal para el comercio habitual de “pornografía infantil”.<sup>48</sup> El material de abuso sexual de menores se

pone a disposición y se intercambia en foros cerrados y protegidos con contraseña, por lo que implica una dificultad añadida para el ámbito policial operativo, lo que conlleva a destacar que las operaciones encubiertas son esenciales para luchar contra esta lacra.<sup>49</sup> En este sentido, teniendo en cuenta el factor transnacional, el desafío reside en conseguir avanzar en materia de armonización y unificación de instrumentos legislativos que avalen el marco operativo, pero también la colaboración con los proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales; es decir, la colaboración público – privada en materia de lucha contra el abuso sexual de menores en línea.

Dicha necesidad de propiciar la colaboración público – privada no es una ocurrencia reciente, sino que el propio Consejo de la UE lleva tiempo señalando que:

Internet ha brindado a agresores y delincuentes unas posibilidades sin precedentes de distribuir, comercializar, conservar y visualizar material relacionado con el abuso sexual de menores, lo cual, a su vez, ha aumentado considerablemente la demanda de material nuevo y, con ello, el riesgo de que menores de todo el mundo se conviertan en víctimas.<sup>50</sup>

A su vez, el Parlamento Europeo ha señalado los desafíos a los que nos enfrentamos, y en este sentido ha puesto de relieve que:

un número considerable de ciberdelitos quedan sin investigar e impunes; considerando el escaso porcentaje de casos que se denuncian, la tardanza en materia de detección — que permite que los ciberdelincuentes desarrollen múltiples vías de entrada y salida o puertas traseras —, el difícil acceso a las pruebas electrónicas, los problemas relativos a la obtención y la admisibilidad de estas ante los tribunales, así como los complejos procedimientos y los problemas judiciales relacionados con el carácter transfronterizo de los ciberdelitos.<sup>51</sup>

Por su parte, la Comisión Europea ha puesto el foco en la:

propia naturaleza de los delitos informáticos que acerca a un primer plano de la atención nacional e internacional las cuestiones procesales, debido a la intervención de distintas soberanías, jurisdicciones y normativas. Más que en cualquier otro delito

<sup>45</sup> NACIONES UNIDAS. *Resolución de la Asamblea General 55/63 (2000), Lucha contra la utilización de la tecnología de la información con fines delictivos*: A/RES/55/63. 22 enero 2001.

<sup>46</sup> COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones: hacia una política general de lucha contra la ciberdelincuencia. Bruselas, 22 mayo 2007. p. 9.

<sup>47</sup> COMISIÓN de las Comunidades Europeas: creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos. Bruselas, 26 enero 2001. p. 15.

<sup>48</sup> EUROPOL. Child Abuse in relation to ‘Trafficking in Human Beings Fact Sheet. *Europol*, Jan. 2006. p. 1; ENEMAN, A. *Critical Study of ISP Filtering Child Pornography*. 2006. p. 1; MCCULLOCH, H. *Interpol and Crimes against Children*: in Quayle/Taylor, *Viewing child pornography on the Internet: Understanding the offence, managing*

the offender, helping the victims. 2005.

<sup>49</sup> WESTBY, J. R. *International Guide to Combating Cybercrime*. American Bar Association. 2003. p. 73

<sup>50</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Conclusiones del Consejo sobre la lucha contra el abuso sexual de menores*: (OR. en) 12862/19. Bruselas, 8 oct. 2019. punto 1.

<sup>51</sup> PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la lucha contra la ciberdelincuencia (2017/2068(INI))*: A8-0272/2017. 25 jul. 2017. p. 8.

transnacional, la velocidad, movilidad y flexibilidad del delito informático suponen un reto a las actuales normas de derecho procesal penal.<sup>52</sup>

Por lo tanto, debido al aumento de delitos de abuso sexual de menores en línea, se considera tarea urgente preparar y adoptar una legislación sectorial específica para prevenir y combatir esta lacra. En este sentido, uno de los aspectos principales reside en establecer una serie de “normas uniformes para hacer frente al uso indebido de los servicios de la sociedad de la información pertinentes en relación con el abuso sexual de menores en línea en el mercado interior”, y para ello se está trabajando en lo que será el primer Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores.<sup>53</sup> No obstante, tal y como hemos señalado a lo largo del trabajo, los destinatarios de estas normas son los servicios de la sociedad de la información.

Conviene recordar que actualmente tenemos en vigor el Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021 por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea. Tal y como señala el título, se trata de un conjunto de normas con validez temporal, por lo que, el Considerando 78 de la Propuesta de Reglamento, adelanta que se tendrá que derogar en cuanto el último mencionado entre en vigor, ya que establece un marco jurídico a largo plazo con el objetivo previsto en el art. 1.1. de introducir una serie de “normas uniformes para hacer frente al uso indebido de los servicios de la sociedad de la información pertinentes en relación con el abuso sexual de menores en línea en el mercado interior”, teniendo como destinatarios a los prestadores de servicios de la sociedad de la información pertinentes que ofrezcan tales servicios en la Unión, con

independencia de cuál sería su lugar de establecimiento principal.

Ahora bien, la necesidad de consensuar una serie de normas de aplicabilidad uniforme en el marco sectorial de los servicios de la sociedad de la información, viene reflejada en el Considerando 2 de la Propuesta de Reglamento; se considera que, en materia de delitos de abuso sexual de menores en línea, “a menudo estos prestadores son los únicos que están en condiciones de prevenir y combatir esta clase de abusos”. Por ello, acarrea la obligación de actuar, y en este sentido, el Art. 1 señala:

a) la obligación de los prestadores de servicios de la sociedad de la información pertinentes de minimizar el riesgo de que sus servicios se utilicen indebidamente para el abuso sexual de menores en línea. Para minimizar el riesgo, se establece la obligatoriedad de poner en marcha políticas y planes para evaluar y mitigar los riesgos en el uso de los servicios prestados con fines de cometer delitos de abuso sexual de menores en línea. Así mismo, se impone una constancia temporal en la repetición de los procedimientos, para mantener actualizada la información y poder responder de manera efectiva ante los riesgos o posibles riesgos detectados, aplicando medidas de reducción o erradicación de los mismos.

b) la obligación de los prestadores de servicios de alojamiento de datos y de los prestadores de servicios de comunicaciones interpersonales de detectar y denunciar los abusos sexuales de menores en línea. En caso de recibir una orden de detección de la autoridad competente, se procederá de inmediato a la elaboración de un plan de acción y ejecución de medidas en respuesta al requerimiento. Se elaborará también una evaluación de impacto relativa a la protección de datos, teniendo en cuenta que estamos hablando de información sensible relacionada con los menores. Se considerará que existe riesgo significativo y, por consecuencia, se ha de actuar de inmediato, cuando hay pruebas o indicios de que el servicio se utiliza de manera apreciable para la difusión de material de abuso sexual de menores. El prestador de servicios tiene la obligatoriedad, tras haber ejecutado las medidas necesarias en vista de la orden de detección, de denunciar el material conocido, siendo este lo que se clasifica como posible material de abuso sexual de menores descubierto utilizando los indicadores contenidos en la base de datos de indicadores para detectar la difusión de material de abuso sexual de menores previamente detectado e identificado como material de abuso

<sup>52</sup> COMISIÓN de las Comunidades Europeas: creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos: 26.1.2001 COM (2000). Bruselas, 26 enero 2001. p. 16.

<sup>53</sup> PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

sexual de menores por parte de las autoridades de coordinación o las autoridades judiciales. Es decir, el material que se detecta, ya había sido identificado, analizado y clasificado como material de abuso sexual de menores. Así mismo, se prevé la obligatoriedad de instalar y de utilizar tecnologías capaces de detectar la difusión de material de abuso sexual de menores conocido o nuevo, o el embaucamiento de menores, para dar curso a la orden de detección.

c) la obligación de los prestadores de servicios de alojamiento de datos de eliminar de sus servicios el material de abuso sexual de menores, o de bloquear el acceso a dicho material. Tras recibir la orden de eliminación, se tendrá a disposición un plazo máximo de 24 horas para eliminar el material de abuso sexual de menores, e informar de que ha eliminado o bloqueado el acceso al mismo. La orden de bloqueo se emitirá cuando haya suficientes “pruebas de que el servicio se ha utilizado en los últimos 12 meses y en una medida apreciable para acceder o intentar acceder al material de abuso sexual de menores señalado por los localizadores uniformes de recurso”, y hay que impedir la difusión del material de abuso sexual de menores a los usuarios de la UE. No obstante, se prevé también la obligatoriedad de conservar la información en relación a las órdenes de detección, eliminación y bloqueo por un periodo no superior a la finalidad del tratamiento.

d) la obligación de los prestadores de servicios de acceso a Internet de inhabilitar el acceso al material de abuso sexual de menores.

Dada la obligatoriedad de actuar que recae en estos actores, y por consecuencia su acceso a material de abuso sexual de menores como consecuencia de la aplicabilidad del principio de necesidad de conocer para ejercer sus funciones, conviene recordar lo establecido en el Art. 28 ter 1 de Directiva 2018/1808/UE de servicios de comunicación audiovisual, que se aplica sin perjuicio de lo dispuesto en los Arts. 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE<sup>54</sup> para identificar las situaciones en las que puede o no ser considerado el prestador de servicios responsable de los datos almacenados, y, así mismo de haber cumplido con sus tareas de proteger a

<sup>54</sup> DIRECTIVA 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). 2000.

la población de los riesgos que implica el uso de dichas plataformas. Por ello, recae en los Estados Miembros asegurarse de que:

los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos sujetos a su jurisdicción adopten las medidas adecuadas para proteger [...] al público en general de los programas, los vídeos generados por usuarios y las comunicaciones comerciales audiovisuales que incluyan contenidos cuya difusión constituya una infracción penal según el Derecho de la Unión, a saber – entre ellas, las infracciones relacionadas con la pornografía infantil reguladas en el artículo 5, apartado 4, de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.<sup>55</sup>

Así mismo, como entramado jurídico aplicable en materia de lucha contra el abuso sexual de menores, la Directiva 2012/29/UE<sup>56</sup> establece una serie de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, siendo estas aplicables a todas las víctimas con independencia del delito sufrido. Lo que aquí nos interesa, es que se insta a adoptar un planteamiento sensible a la condición de víctima menor de edad, de modo que su interés superior prime a lo largo de todo el proceso penal.

### **3 Retos y desafíos para las Agencias de la UE en materia de lucha contra el abuso y la explotación sexual de menores en línea**

#### **3.1 Agencia de la UE para la Cooperación Policial, EUROPOL**

EUROPOL se creó como Oficina Europea de Policía acorde al Art. K3 del Tratado de la UE del 7 de febrero de 1992, y su funcionamiento fue regulado a través del Convenio de EUROPOL<sup>57</sup>. Para poder cum-

<sup>55</sup> DIRECTIVA 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). 2000

<sup>56</sup> DIRECTIVA 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. 2012.

<sup>57</sup> CONVENIO basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea por el que se crea una oficina europea de policía (Convenio

plir con su principal función, siendo esta la de mejorar la colaboración y cooperación entre las Autoridades Competentes de los Estados Miembros en la lucha contra la delincuencia grave y el terrorismo, su instrumento regulador sufrió una multitud de modificaciones, llegando así a una Decisión del Consejo<sup>58</sup> que regulaba la estructura y el funcionamiento de EUROPOL, convirtiéndola posteriormente en una Agencia de la UE. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el art. 88.2 TFUE requería que EUROPOL sea regulado a través de un Reglamento, y eso es lo que se ha hecho. Por lo tanto, actualmente la estructura y el funcionamiento de la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial – EUROPOL – se regulan a través de las normas recogidas en el Reglamento UE 2016/794<sup>59</sup>. No obstante, debido al aumento y la gravedad de delitos cometidos en línea, se ha puesto de relieve la necesidad urgente de ampliar las competencias de la Agencia para fortalecer su papel, por lo que se ha modificado su instrumento jurídico en lo que se refiere a la cooperación con las entidades privadas.<sup>60</sup>

En lo que respecta nuestro ámbito de interés, el delito de abuso sexual de menores en línea viene recogido en la lista de formas de delincuencia grave que recaen en las competencias de actuación de EUROPOL, listado que acompaña como Anexo el Reglamento UE 2016/794.<sup>61</sup> En tanto que EUROPOL es una Agencia operativa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, las prioridades de la UE se convierten en sus propias

prioridades. El delito de abuso sexual de menores, así como los delitos conexos, se consideran delincuencia organizada grave, y muy a menudo reúne los requisitos de la fenomenología de trata de personas<sup>62</sup> – a lo que tenemos que añadir también la dificultad y las implicaciones que conlleva el aspecto cibernético – por lo que ocupan un lugar primordial en la Plataforma Multidisciplinar Europea contra las Amenazas Criminales (EM-PACT). En este sentido, el propio Parlamento Europeo y el Consejo, han hecho hincapié en que nos enfrentamos a una serie de amenazas cambiantes y complejas que tienen detrás a grupos de delincuencia organizada multidelictivos.<sup>63</sup>

Dicho esto, hay que señalar que a lo largo del tiempo se ha observado un aumento notorio del uso de Internet por parte de los grupos delictivos, y específicamente en lo que respecta la distribución de material de abuso sexual de menores. Dicho material se comparte a nivel mundial a través de plataformas en línea, o con pares a través de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración<sup>64</sup>. Por lo tanto, es necesario identificar, rescatar y prestar apoyo a las víctimas, así como adoptar medidas contra los autores y frenar la circulación permanente de imágenes, detectando y suprimiendo las imágenes de abuso sexual infantil en Internet y evitando que vuelvan a subirse.<sup>65</sup>

No obstante, uno de los desafíos más importantes en la lucha contra la ciberdelincuencia reside en la dificultad a la que se enfrentan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la fiscalía y el poder judicial, no solamente en lo que respecta la identificación de los ciberdelincuentes, sino también en determinar el lugar de comisión del delito, y así mismo en qué periodo de tiempo hayan

Europol). Bruselas, 26 jul. 1995.

<sup>58</sup> EUROPOL. Decisión del Consejo, 2009/371/JAI, de 6 de abril de 2009 por la que se crea la Oficina Europea de Policía. *Europol*, 2009.

<sup>59</sup> UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016: relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 24 mayo 2016.

<sup>60</sup> UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2022/991 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/794 en lo que se refiere a la cooperación de EUROPOL con entidades privadas, el tratamiento de datos personales por EUROPOL en apoyo de investigaciones penales y el papel de Europol en materia de investigación e innovación. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27 jun. 2022.

<sup>61</sup> Anexo I lista de formas de delincuencia a las que hace referencia el art. 3.1, — abusos sexuales y explotación sexual, incluido el material sobre abuso de menores y la captación de menores con fines sexuales, Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL).

<sup>62</sup> Consejo de la Unión Europea: Conclusiones del Consejo sobre la lucha contra el abuso sexual de menores, Bruselas, 8 de octubre de 2019 (OR. en) 12862/19, punto 4.

<sup>63</sup> Considerando 3 del Reglamento (UE) 2022/991 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/794 en lo que se refiere a la cooperación de EUROPOL con entidades privadas, el tratamiento de datos personales por EUROPOL en apoyo de investigaciones penales y el papel de EUROPOL en materia de investigación e innovación.

<sup>64</sup> Considerando 33 del Reglamento (UE) 2022/991 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/794 en lo que se refiere a la cooperación de EUROPOL con entidades privadas, el tratamiento de datos personales por Europol en apoyo de investigaciones penales y el papel de EUROPOL en materia de investigación e innovación.

<sup>65</sup> Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños, COM (2012) 196 - punto 2.4. Luchar contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los niños, p. 15 y ss.

sido cometidos tales delitos.<sup>66</sup> Sabido está que los delitos cibernéticos tienen una serie de particularidades que muchas veces ponen en *jaque mate* a la policía y a la fiscalía, por ejemplo, cuando utilizan infraestructuras basadas en un tercer país (fuera de la UE). En este sentido, en 2016 EUROPOL señaló una serie de problemáticas relacionadas básicamente con la regulación – o falta de regulación armonizada – considerando que la velocidad de los desarrollos técnicos sobrepasa la capacidad de la mayoría de los legisladores para actualizar y ajustar el marco legal general, así como las normas procesales en materia penal relacionadas con las competencias de aplicación normativa para delitos cometido en línea. Así mismo, puso de relieve la diversidad existente entre los Estados Miembros de la UE en lo relacionado al procedimiento llevado a cabo para resolver los desafíos reglamentarios dentro de sus respectivas jurisdicciones, siendo estas algunas de las complicaciones añadidas que obstaculizan la cooperación internacional – de vital importancia – por lo que un enfoque alineado a nivel de la UE aumentaría la eficiencia y la puntualidad de los ajustes.<sup>67</sup>

EUROPOL señaló también la necesidad urgente de implementar una reglamentación explícita en toda la UE para el uso de técnicas de investigación en línea, incluyendo las operaciones encubiertas y para revelar los IP reales de los delincuentes y la infraestructura criminal, así como para determinar la ubicación geográfica en aquellos casos en los que se abuse de las técnicas Darknet (Internet oscuro), u ofuscación con fines delictivos. Así mismo, recordó las dificultades para la aplicación de la ley en la vigilancia policial de Darknet, teniendo en cuenta principalmente la *anonimización* con la que han de actuar los agentes, es decir la actuación de agentes encubiertos en línea – y que se describieron de manera exhaustiva en el Informe Final del Grupo de Trabajo sobre Ciberdelincuencia de la Convención de Jefes de Policía Europeos de 2014, siendo estas las siguientes: a) la detección de los delitos que conlleva implícitos una serie de retos en línea, y específicamente en el Darknet; b) la atribución delictiva que implica la capacidad de localizar el dispositivo utilizado para la comunicación y el servidor en el que se alojan los servicios delictivos

– para ello siendo imprescindible la colaboración con los socios privados para el seguimiento y, por índole, una regulación acorde y que avale el desarrollo de dichas funciones. En este sentido, los socios privados son los prestadores de servicios de alojamiento de datos y los prestadores de servicios de comunicaciones interpersonales; c) la acción legal conjunta está restringida en tanto en cuanto ha de responder a los límites jurisdiccionales de los diferentes Estados Miembros afectados.<sup>68</sup>

En lo que se refiere a los retos en la detección de delitos cometido a través del Darknet, tanto INTERPOL, así como EUROPOL, han puesto el énfasis en la crucial importancia que tienen las operaciones encubiertas en línea, en tanto que ayudan a detectar a sospechosos que están produciendo material de abuso sexual infantil. Así mismo, a su vez, se ha puesto de relieve la necesidad de crear normas jurídicas que regulen la posibilidad de que los agentes encubiertos actúen como proveedores de material de abuso sexual de menores en la red (CAM) con el objetivo de poder detectar e identificar a los ciberdelincuentes; pero también se han observado una serie de dificultades que impiden que se avance a nivel operativo y que se deben, por un lado, a que mayoritariamente las legislaciones nacionales prohíben proporcionar imágenes CAM, incluido en el contexto de una investigación policial; por otro lado, hay legislaciones nacionales que regulan de forma muy excepcional algunas situaciones y permiten proporcionar CAM, siempre y cuando se cuenta con la autorización de la Fiscalía o de los Tribunales, que han de evaluar la proporcionalidad y el impacto de dicha táctica, caso por caso, lo que se traduce en que se limite prácticamente al máximo el uso de esta opción.<sup>69</sup>

Por lo tanto, se observa que para que estemos realmente ante un avance efectivo a nivel operativo en materia de detección y atribución delictiva en el marco de los delitos de abuso sexual de menores en línea, es imprescindible dotar a las autoridades competentes de una herramienta que permita registrar información sobre los agentes encubiertos y los nombres o apodosos bajo los que actúan, además de las personas sospechosas que se investigan. Una herramienta técnica de este tipo permitiría así un enorme avance global a nivel de eficacia

<sup>66</sup> SIEBER, U., *The international emergence of Criminal Information Law*, 1992, p. 41.

<sup>67</sup> EUROPOL. *Strengthening the fight in the EU against cyber-facilitated forms of serious and organized crime*. *Europol*, The Hague, 2 May 2016. p. 16.

<sup>68</sup> EUROPOL. *Strengthening the fight in the EU against cyber-facilitated forms of serious and organized crime*. *Europol*, The Hague, 2 May 2016. p. 9.

<sup>69</sup> INTERPOL. *Covert Operations Specialist Group, Results undercover capacity survey*, Reference: 2016/157/OEC/VCO/HDE. 2016. p. 2; 4; 7.

policial operativa, en tanto que permitiría a los países registrar y verificar en tiempo real y de forma segura a sus agentes encubiertos en línea y, además: 1) impediría que investigadores de diferentes países se investiguen unos a otros en tanto que conocerán quiénes están operando como agentes encubiertos, qué identificación tienen y en qué foros operan; 2) permitiría compartir información cuando varios agentes investiguen los mismos objetivos, u operan en los mismos foros; 3) evitaría que agentes de distintos países se centren en el mismo foro, dejando otros foros delictivos desatendidos.<sup>70</sup>

Vistas todas las necesidades operativas señaladas por EUROPOL y por las autoridades competentes de los Estados Miembros, la UE ha intensificado, mejorado y ampliado los instrumentos jurídicos que permiten a EUROPOL ofrecer asistencia sustancial para la investigación y el enjuiciamiento de este tipo de delitos, poniendo el foco en la cooperación operativa intensificada, considerada clave para una respuesta efectiva.<sup>71</sup> En este sentido, se considera que el Reglamento 2022/991 es una de las medidas más importantes en tanto en cuanto atribuye funciones adicionales a EUROPOL para ayudar a las autoridades competentes de los Estados Miembros a proporcionar una respuesta policial eficaz en materia de delitos de abuso sexual de menores en línea. Se observa que recae en competencia de la Agencia respaldar las acciones de los Estados Miembros para hacer frente a la difusión en línea de material de abusos sexuales a menores y, así mismo, se le permite – por fin – intercambiar datos personales operativos con entidades privadas para combatir la difusión de CSEM cuando se prevea una multiplicación exponencial y una *viralidad explosiva* de dicho contenido y material a través de múltiples proveedores de servicios en línea.<sup>72</sup> Específicamente, la Agencia puede intercambiar:

las firmas digitales únicas y no reconvertibles («hash»), las direcciones IP o las URL relacionadas

con dichos contenidos – con entidades privadas establecidas en la Unión Europea o en un tercer país que sea objeto de una decisión de adecuación o, a falta de tal decisión, con el que se haya celebrado un acuerdo internacional o de cooperación, o cuando se establezcan, en un instrumento jurídicamente vinculante, garantías adecuadas en relación con la protección de los datos personales, o EUROPOL llegue a la conclusión, basándose en una valoración de todas las circunstancias que rodean a la transferencia de datos personales, de que existen dichas garantías en ese tercer país.<sup>73</sup>

No obstante, observamos que aún queda pendiente armonizar y/o fortalecer una serie de instrumentos que posibiliten dar una respuesta policial global, efectiva y firme en la lucha contra el abuso sexual de menores en línea. Habría que señalar también la confianza que se deposita en EUROPOL como centro neurálgico en materia de cooperación policial, y en este sentido, el Parlamento Europeo le instó en 2017 establecer un sistema anónimo de notificación desde las redes ocultas que permitiera alertar a las autoridades competentes nacionales de la existencia de contenidos ilegales, como podrían ser los contenidos con representaciones de abusos sexuales infantiles.<sup>74</sup> A su vez, el Consejo de la Unión Europea señaló la necesidad de intensificar la cooperación entre las autoridades policiales nacionales, los proveedores de servicios de Internet, EUROPOL e INTERPOL, estableciendo mecanismos de intercambio cifrado de información, lo que posibilitaría hacer un seguimiento continuo de la red para detectar y bloquear los sitios con contenidos de explotación sexual de menores, e incluirlos en las listas de sitios prohibidos.<sup>75</sup>

Es importante señalar que EUROPOL e INTERPOL han firmado un Convenio de Colaboración en 2001, lo que les permite intercambiar información operativa, estratégica y técnica, así como coordinar actividades e intercambiar Funcionarios de Enlace.<sup>76</sup> Te-

<sup>70</sup> INTERPOL. *Covert Operations Specialist Group, Results undercover capacity survey, Reference: 2016/157/OEC/VCO/HDE*. 2016. p. 5; 6; 7.

<sup>71</sup> COUNCIL OF EUROPEAN UNION. *Effective operational cooperation in criminal investigations in cyberspace, 8 June 2016 (OR. en): 8634/2/16 REV 2: Document partially accessible to the public*. Brussels, 08 jun. 2017. p. 1.

<sup>72</sup> Art.26 ter, 1., UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2022/991 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/794 en lo que se refiere a la cooperación de EUROPOL con entidades privadas, el tratamiento de datos personales por EUROPOL en apoyo de investigaciones penales y el papel de Europol en materia de investigación e innovación. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27 jun. 2022.

<sup>73</sup> Considerando 43 del UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2022/991 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/794 en lo que se refiere a la cooperación de EUROPOL con entidades privadas, el tratamiento de datos personales por EUROPOL en apoyo de investigaciones penales y el papel de Europol en materia de investigación e innovación. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27 jun. 2022.

<sup>74</sup> PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la lucha contra la ciberdelincuencia (2017/2068(INI))*: A8-0272/2017. 25 jul. 2017. punto 54.

<sup>75</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Conclusiones del Consejo sobre la lucha contra el abuso sexual de menores*: (OR. en) 12862/19. Bruselas, 8 oct. 2019. punto 13.

<sup>76</sup> Art. 2.2. Objetivos del Acuerdo de Colaboración. AGREEMENT between Interpol and Europol. 2001. Disponible en: [https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/agreement\\_be](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/agreement_be)



niendo en cuenta que estamos ante una fenomenología delictiva que implica el uso de Internet y, por lo tanto, nos situamos en el ámbito cibernético donde el factor transnacional es clave, resulta imprescindible reforzar la colaboración entre EUROPOL e INTERPOL. En este sentido, se considera que INTERPOL es una de las mayores organizaciones intergubernamentales de policía judicial y que cumple un papel importante, por lo que la Comisión Europea se comprometió a estudiar las “posibles vías para reforzar la cooperación con INTERPOL, incluido el posible acceso a sus bases de datos y el refuerzo de la cooperación operativa y estratégica”<sup>77</sup>.

Todo ello responde a la conclusión de la Comisión Europea en sentido de que “se necesita una red para derrotar a una red”, por lo que financió la base de datos internacional sobre la explotación sexual de menores (ICSE), alojada en INTERPOL. Se conoce que actualmente dicha base de datos almacenaría más de 1,5 millones de imágenes y vídeos, por lo que ha posibilitado que las autoridades competentes de más de sesenta países conectados a ella, con la colaboración de EUROPOL, hayan conseguido identificar a 20000 víctimas en todo el mundo.<sup>78</sup> No obstante, a pesar de este significativo avance, se sigue haciendo un llamamiento a intensificar la colaboración de los Estados Miembros con el Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3) de EUROPOL, o conectándose a la ICSE<sup>79</sup>.

En lo que respecta el EC3, téngase en cuenta que es un Centro de Asesoramiento Especializado de la UE<sup>80</sup>

tween\_Interpol\_and\_Europol.pdf. Acceso en: 01 agosto 2023.

<sup>77</sup> COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad: COM (2020) 605 final. Bruselas, 24 jul. 2020. p. 27.

<sup>78</sup> COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores: COM (2020) 607 final. Bruselas, 24 jul. 2020. p. 20.

<sup>79</sup> COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores: COM (2020) 607 final. Bruselas, 24 jul. 2020. p. 9.

<sup>80</sup> Art. 4.1.I), UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016: relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 24 mayo 2016.

en materia de delitos cibernéticos y no específicamente dedicado a la lucha contra los delitos de abusos sexual de menores en línea. Está integrado en la estructura de EUROPOL<sup>81</sup>, es operativo desde el año 2013 y actúa en tres ámbitos principales, siendo estos: estratégico, operativo y pericial. Cada uno de dichos ámbitos cuenta con sus respectivos servicios de apoyo a la investigación de las Autoridades Competentes de los Estados Miembros.

En lo que respecta los delitos de abuso sexual de menores, esta fenomenología delictiva recae en su ámbito de competencia y opera a través de Proyectos de Análisis, como el FP TWINS, puesto en marcha en el año 2001 para ayudar a las autoridades competentes de los Estados Miembros a prevenir y combatir las actividades de las redes delictivas involucradas en la producción, venta o distribución de material de abuso sexual infantil y las formas asociadas de delincuencia dentro del mandato de EUROPOL.<sup>82</sup> El FP TWINS se encarga del tratamiento, el análisis de la información y datos personales operativos, así como de la coordinación operativa en materia de lucha contra los delitos de abuso sexual de menores en línea.<sup>83</sup> Adicionalmente, en el año 2010 se creó el Proyecto HAVEN, cuyo objetivo reside principalmente en el intercambio de información sobre agresores sexuales que viajan – en particular sobre los residentes de la UE que viajan al extranjero – con el fin de cometer delitos de abuso sexual de menores; y así mismo, coordina a nivel de la UE las tareas de identificación de víctimas de abuso sexual infantil. Se trata en definitiva de un sistema proactivo y permanente de notificación sobre los delincuentes sexuales europeos que viajan para cometer delitos de abuso sexual de menores.<sup>84</sup>

No podemos obviar la existencia y la eficacia a nivel operativo del Grupo de Trabajo Conjunto sobre el Delito Cibernético (J-CAT), cuya misión consiste en impulsar una actuación coordinada basada en el análisis de inteligencia contra las principales amenazas que plantea la delincuencia informática, y en particular mediante in-

<sup>81</sup> MARICA, A. EUROPOL: Centros de Especialización (EC3, ECTC, EMSC). *Análisis GESI*, sept. 2017.

<sup>82</sup> EUROPOL. Child sexual exploitation: Fact Sheet. *Europol*, 2012. p. 8.

<sup>83</sup> EUROPOL. Europol Analysis Projects, 06 de diciembre de 2021. *Europol*, 2021. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/operations-services-and-innovation/europol-analysis-projects>. Acceso en: 01 agosto 2023.

<sup>84</sup> EUROPOL. Child sexual exploitation: Fact Sheet. *Europol*, 2012. p. 11.

investigaciones y operaciones transfronterizas desarrolladas por sus socios.<sup>85</sup> Según EUROPOL, J-CAT participa en operaciones e investigaciones conjuntas dirigidas a la producción y distribución de material de abuso infantil en varias plataformas de Internet, brinda apoyo operativo y analítico continuo a las investigaciones realizadas en la Darknet, donde los pedófilos comercian con material ilícito de abuso infantil en foros ocultos. Así mismo, brinda apoyo a las investigaciones de delitos de sextorsión llevados a cabo por los delincuentes pedófilos para obtener acceso a fotografías inapropiadas de menores, o usando dichas imágenes como chantaje para obligar a las víctimas menores a seguir posando, grabando y enviando material sexual bajo amenaza de enviar las imágenes a familiares y amigos, si la víctima no cede a ese requerimiento.<sup>86</sup>

Si bien es cierto que el papel fundamental de EUROPOL en la lucha contra los delitos de abuso sexual infantil en línea es indiscutible, no queda claro cuál será su posición en un futuro cercano, teniendo en cuenta que ya se está trabajando en la creación de una nueva Agencia UE específicamente dedicada a prevenir y combatir el abuso sexual de menores, y que ostentará la denominación de Centro de la UE sobre abuso sexual de menores.

### 3.2 Centro de la UE sobre abuso sexual de menores

Tanto en la Estrategia para una Unión de Seguridad, así como en la Estrategia UE para luchar más eficazmente contra el abuso sexual de menores, se prevé como medida clave la creación de un Centro Europeo de prevención y lucha contra el abuso sexual de menores, en el que se tenga en cuenta tanto el abuso sexual de menores en línea como fuera de línea. La creación de dicho Centro UE sobre abuso sexual de menores se recoge en el Capítulo IV de la propuesta de Reglamento, objeto de nuestra investigación, donde se establece claramente que se trata de un nuevo organismo de la UE con personalidad jurídica y con estatuto de Agencia.

<sup>85</sup> EUROPOL. Joint Cybercrime Action Taskforce (J-CAT), 16 de febrero de 2023. *Europol*, 2023. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/operations-services-and-innovation/services-support/joint-cybercrime-action-taskforce>. Acceso en: 01 agosto 2023.

<sup>86</sup> EUROPOL. Child Sexual Exploitation. *Europol*, [20--?]. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-statistics/crime-areas/child-sexual-exploitation>. Acceso en: 01 agosto 2023.

Así mismo, se pretende establecer su sede en La Haya, al igual que EUROPOL. Por lo tanto, consideramos importante resaltar la elección de la sede que tiene un objetivo claro, siendo este el de intentar reducir riesgos, gastos económicos muy elevados y, supuestamente, fortalecer a través de la *vecindad*, la cooperación y colaboración estrecha con la propia EUROPOL.

No queda muy claro si dicha *vecindad* implicaría realmente una incorporación de esta nueva Agencia en la propia sede de EUROPOL. Nuestra duda despierta en tanto que en el texto se resalta la “vital importancia” de que el Centro UE tenga su sede “en el mismo lugar que su socio más cercano, EUROPOL” y que la cooperación entre las dos Agencias:

se beneficiará de la ubicación compartida, por ejemplo, por la mejora de las posibilidades de intercambio de datos o por la existencia de mayores oportunidades para crear un centro de conocimiento sobre la lucha contra los materiales de abuso sexual de menores atrayendo personal especializado o expertos externos. Este personal también tendrá más oportunidades profesionales sin necesidad de cambiar de ubicación. También permitiría al Centro de la UE recurrir a los servicios de apoyo de EUROPOL (recursos humanos, servicios informáticos, incluidos los de ciberseguridad, edificio y comunicación) sin perder su independencia como entidad. Compartir estos servicios de apoyo es más rentable y garantiza un servicio más profesional que duplicarlos creándolos desde cero para una entidad relativamente pequeña como será el Centro de la UE.<sup>87</sup>

Es más, observamos que se prevé también la posibilidad de que representantes de cada una de las Agencias forme parte de sus respectivos Consejos de Administración “para garantizar una cooperación y coordinación más eficaces si cabe”.<sup>88</sup> No acabamos de comprender cómo pudiera darse la situación de que una Agencia esté *de inquilino* en la sede de otra, sin integrarse en su estructura.

<sup>87</sup> Resultados de las evaluaciones ex post, de las consultas con las partes interesadas y de las evaluaciones de impacto. Evaluación de impacto; PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>88</sup> Exposición de motivos. Contexto de la Propuesta. Coherencia con las disposiciones existentes en la misma política sectorial; PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

Ahora bien, en cuanto a su ámbito de actuación, podríamos decir que también sorprende, y mucho, en tanto en cuanto es bastante amplio, y podría – a una primera vista – crear cierta incoherencia y *choques de competencia* con EUROPOL, y específicamente con el EC3. Tanto es así que el Centro tendría reconocida capacidad para apoyar en:

la detección, la denuncia, la eliminación del contenido de abuso sexual de menores en línea, la inhabilitación del acceso a él y su bloqueo, recopilará y compartirá información y conocimientos especializados, y facilitará la cooperación entre las partes públicas y privadas pertinentes para prevenir y combatir el abuso sexual de menores, en particular en línea.<sup>89</sup>

Hasta aquí, hay tres aspectos clave a tener en cuenta y que invitan a una profunda reflexión en lo que respecta el impacto que se espera, y el que realmente, consideramos que pudiera llegar a tener. En este sentido, nos referimos a: 1). la sede, 2). la denominación y 3). el ámbito de actuación. Tal y como hemos observado, puede que esta nueva Agencia sea finalmente ubicada en la sede de EUROPOL, y este aspecto induciría, sin lugar a duda, a la confusión de si se trata de una nueva Agencia o, todo lo contrario, si estaríamos ante un Centro Especializado creado y ubicado dentro de la estructura de EUROPOL. Entendemos que sería la segunda *hipótesis* la que realmente pudiera delinarse si tenemos en cuenta la denominación de “Centro”; y, por otro lado, en cuanto a su ámbito de actuación, observamos que “compartirá información y conocimientos especializados”, al igual que cualquier Centro Especializado de EUROPOL. Entonces ¿será una Agencia, o un Centro de asesoramiento especializado de la UE para combatir determinados tipos de delitos” al igual que se refleja en el Reglamento de EUROPOL<sup>90</sup> en relación a los demás Centros existentes?

El desorden de ideas no acaba aquí, básicamente porque el núcleo de la confusión no es reciente si tenemos en cuenta que no hay una definición clara de lo que

implica una Agencia o un Centro, más aún si añadimos el factor “descentralizado”, tal y como hemos señalado en la parte introductoria de esta investigación. Dicho esto, véase que en el apartado denominado “Explicación detallada de las disposiciones específicas de la propuesta” se señala que “la sección 1 establece el Centro de la UE sobre Abuso Sexual de Menores como un centro descentralizado de la UE”. Ahora bien, tal y como indica el Parlamento Europeo, ni siquiera los propios Tratados constitutivos recogen definición alguna sobre las Agencias descentralizadas, o alguna descripción general de las competencias que se les pueden atribuir. Por ello, habría que acogerse a lo señalado por la Comisión Europea, en tanto en cuanto considera que las Agencias desempeñan un papel fundamental en la aplicación de las Políticas de la Unión a escala europea y nacional, por lo que su ámbito de actuación es – o ha de ser – uno amplio y variado, y que permita la creación de redes, o apoyar la cooperación entre las autoridades nacionales y de la Unión en tanto que contribuirá a aumentar la eficiencia y eficacia del trabajo de dichas Agencias, teniendo en cuenta que las propias Agencias han establecido una cooperación entre sí a través de la Red de Agencias de la Unión Europea.<sup>91</sup>

A todo lo anteriormente señalado, hay que subrayar un aspecto o criterio fundamental, siendo este el de la capacidad de las Agencias “de disponer de fondos suficientes para atender sus crecientes funciones y poder atraer al personal cualificado que necesitan al país de acogida en el que se ubica su correspondiente sede”.<sup>92</sup> Intentando seguir un hilo argumental y no ahogarnos en la confusión, observamos que no queda claro si estamos hablando de una Agencia descentralizada – más aún porque no dispone de fondos suficientes – y no queda claro tampoco si la sede tendrá una ubicación de vecindad, o estaría incorporada en la sede de EUROPOL. No obstante, todo apunta a que sí se pretende integrarla en la sede de EUROPOL, pero en no en su estructura, gozando así de autonomía en su funciona-

<sup>89</sup> Art. 40.2, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>90</sup> Art. 4.1.l), del UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016: relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 24 mayo 2016.

<sup>91</sup> Parlamento Europeo, Considerando A, PARLAMENTO EUROPEO. P8\_TA (2019)0134, *Aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas*: Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de febrero de 2019, sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas (2018/2114(INI)) (2020/C 449/25). 2019.

<sup>92</sup> PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas*: 2018/2114(INI). 2018. p. 17.

miento. En este sentido, se espera que el Centro de la UE pueda:

recurrir a los servicios de apoyo de EUROPOL (personal, servicios informáticos, incluidos los de ciberseguridad, comunicación) sin perder su independencia como entidad. Compartir estos servicios de apoyo es más rentable y garantiza un servicio más profesional que duplicarlos creándolos desde cero para una entidad relativamente pequeña como será el Centro de la UE.<sup>93</sup>

Si seguimos indagando, observamos que la finalidad última de esta nueva Agencia se limitaría básicamente a ser un canal de denuncia específico para toda la UE, tal y como se menciona en la propia Propuesta de Reglamento, a saber: la Sección 2 que recoge sus funciones:

aclara que el Centro de la UE está concebido para actuar como canal de denuncia específico para toda la UE, recibiendo las denuncias sobre posibles abusos sexuales de menores en línea de todos los prestadores de servicios de alojamiento de datos o de comunicaciones interpersonales presentadas en virtud del presente Reglamento, evaluándolas para determinar si pueden ser manifiestamente infundadas y transmitiendo las que no sean manifiestamente infundadas a EUROPOL y a las fuerzas y cuerpos de seguridad competentes de los Estados Miembros.<sup>94</sup>

Ahora bien, en lo que se refiere a las tareas que desarrollaría el Centro de la UE, del art. 43 se desprende que gran parte de ellas estarían vinculadas a las “Obligaciones de los prestadores de servicios de la sociedad de la información pertinentes para prevenir y combatir el abuso sexual de menores en línea” que se evidencian en el Capítulo II de la propuesta, y específicamente se centrarán en:

I. facilitar el proceso de evaluación de riesgo, por lo que se prevé que:

los prestadores de servicios de alojamiento de datos y los prestadores de servicios de comunicaciones interpersonales determinarán, analizarán y evaluarán, para cada uno de los servicios que ofrezcan, el

<sup>93</sup> Otros elementos. Explicación detallada de las disposiciones específicas de la propuesta. PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>94</sup> Otros elementos. Explicación detallada... PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

riesgo de uso del servicio con fines de abuso sexual de menores en línea<sup>95</sup>

Para ello recae en competencia del Centro recopilar y facilitar información, además de conocimientos especializados y mejores prácticas proporcionadas por el Comité de Tecnología incorporado en su estructura administrativa y de gestión.<sup>96</sup> Se prevé también que podrá proporcionar análisis de muestras de datos representativos y anonimizados para detectar posibles abusos sexuales de menores en línea, así como brindar apoyo a la evaluación de riesgos.<sup>97</sup>

II. facilitar el proceso de detección, y en este caso se prevé que:

la autoridad de coordinación del país de establecimiento estará facultada para solicitar a la autoridad judicial competente del Estado Miembro que la haya designado, o a otra autoridad administrativa independiente de ese Estado Miembro, que emita una orden de detección por la que se exija a un prestador de servicios de alojamiento de datos o a un prestador de servicios de comunicaciones interpersonales bajo la jurisdicción de dicho Estado Miembro que adopte las medidas [...] para detectar los abusos sexuales de menores en línea en un servicio específico.<sup>98</sup>

Para ello, recae en competencia del Centro presentar – a petición – una serie de dictámenes sobre potenciales ordenes de detección en un plazo de cuatro semanas a partir de la fecha de su recepción. Así mismo, se prevé que se encargará de crear, mantener, gestionar y permitir accesos, de una base de datos con tres tipologías de indicadores de abuso sexual de menores, siendo estos los siguientes: a). indicadores para detectar la difusión de material de abuso sexual de menores previamente detectado e identificado como material de abuso sexual de menores; b). indicadores para detectar la difusión de material de abuso sexual de menores que no ha sido

<sup>95</sup> Cap. II, Sección 1, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>96</sup> Art. 43.1, art. 55. d) y art. 66. 6. d), PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>97</sup> Art. 43.1.b) y art. 3.3, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>98</sup> Cap. II, Sección 2, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

previamente detectado e identificado como material de abuso sexual de menores; c). indicadores para detectar el embaucamiento de menores.<sup>99</sup>

III. facilitar el proceso de denuncias que obligatoriamente han de presentar los prestadores de servicios de alojamiento de datos y prestadores de servicios de comunicaciones interpersonales que tengan conocimiento de cualquier información que indique un posible abuso sexual de menores en línea en sus servicios.

Para dar curso a esta tarea que se pretende encomendar al Centro, recaerá en sus competencias crear, mantener y gestionar una base de datos de denuncias presentadas por los prestadores de servicios de alojamiento de datos y prestadores de servicios de comunicaciones interpersonales, para determinar si son manifiestamente infundadas, o si deben transmitirse a EUROPOL y a las autoridades competentes de los Estados Miembros para investigar dichos delitos de abuso sexual de menores.<sup>100</sup> Para una “coherencia con las disposiciones existentes en la misma política sectorial” se prevé que el Centro de la UE “recibirá las denuncias de los prestadores, las verificará para evitar denunciar falsos positivos evidentes y las transmitirá a EUROPOL y a las fuerzas y cuerpos de seguridad nacionales.”<sup>101</sup>

IV. facilitar el proceso de eliminación que se pone en marcha a través de una orden de eliminación emitida por una Autoridad Competente de un Estado Miembro, y por la que se exija a un prestador de servicios de alojamiento de datos que elimine uno o varios elementos concretos del material que haya sido identificado como material de abuso sexual de menores, o inhabilite o bloquee el acceso a ellos.

En este caso, la Autoridad Competente emisora de la orden de eliminación tendrá la obligación de transmitirla también al Centro de la UE, para que este último pueda, principalmente, verificar si el prestador de servicios

de alojamiento de datos ha cumplido con su obligación de eliminar el material, o de bloquear o inhabilitar el acceso al mismo.

Otras de las tareas que recaerán en el Centro de la UE se centran – podríamos decir – en funciones de apoyo, coordinación y generación de conocimiento, no menos importantes que las anteriormente señaladas. En este sentido, se prevé que:

V. apoyará a las autoridades de coordinación y a la propia Comisión Europea y creará un registro en línea con las Autoridades de Coordinación y sus respectivos puntos de contacto.

No obstante, para que dicha coordinación sea efectiva, recaerá en el Centro la competencia de crear y mantener un Sistema General de cooperación e intercambio de información. Dicho Sistema tendrá que ser fiable y seguro para brindar cobertura a las comunicaciones entre las Autoridades de Coordinación, la Comisión, el Centro de la UE, otros organismos pertinentes de la Unión y los prestadores de servicios de la sociedad de la información pertinentes.<sup>102</sup> En caso de que el Centro UE acabaría integrándose en la estructura de EUROPOL, no haría falta crear dicho Sistema, en tanto que se utilizaría el Sistema Seguro de Intercambio de Información, conocido como SIENA.

VI. facilitará la generación de conocimiento y su intercambio con otros actores para prevenir y combatir el abuso sexual de menores, y particularmente servirá de “centro de conocimientos especializados para apoyar políticas basadas en datos contrastados”.

Se prevé que dicho conocimiento se generará mediante:

la recopilación, el registro, el análisis y la facilitación de información, de análisis basados en la recopilación de datos anonimizados y no personales y de conocimientos especializados sobre cuestiones relativas a la prevención del abuso sexual de menores en línea y a la lucha contra él.<sup>103</sup>

Básicamente estamos hablando de actividades de inteligencia estratégica y/o prospectiva. Por lo tanto, el

<sup>99</sup> Art. 43.2 y art. 44.1, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>100</sup> Art. 43.3, art. 12, art. 45 y art. 48, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>101</sup> Exposición de Motivos, punto 1. Contexto de la Propuesta. PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>102</sup> Art. 43.5, d) y art. 39.2, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>103</sup> Art. 43.6, a) PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

personal del Centro tendría que ser – obligatoriamente – formado en materia de análisis de inteligencia, seguridad de la información y, desde luego, experto en materia de prevención y lucha contra el abuso sexual de menores. Tras analizar la propuesta, parece ser que lo que se pretende es que dicho Centro cuente más bien con Expertos Nacionales en comisión de servicios y, así mismo, con Funcionarios de Enlace de los Estados Miembros<sup>104</sup>.

Ahora bien, de una forma un tanto más amplia, pero también acompañada de cierta confusión, se prevé que, en cuanto al intercambio de información y conocimientos especializados, el Centro “recopilará, registrará, analizará y facilitará información pertinente, objetiva, fiable y comparable sobre cuestiones relacionadas con la prevención del abuso sexual de menores y la lucha contra él, en particular: a). la información obtenida en el desempeño de sus funciones en virtud del presente Reglamento en relación con la detección, denuncia, eliminación de material o inhabilitación del acceso al abuso sexual de menores en línea y su bloqueo; b). la información resultante de las investigaciones, encuestas y estudios a petición del Parlamento Europeo, del Consejo o de la Comisión; c). la información resultante de investigaciones u otras actividades realizadas por las autoridades de los Estados Miembros, otras instituciones, órganos y organismos de la Unión, las autoridades competentes de terceros países, las organizaciones internacionales, los centros de investigación y las organizaciones de la sociedad civil”. En lo que respecta al inciso previsto en la letra c), observamos que el grueso de la información y los conocimientos especializados, en realidad no serían aportados por el propio Centro, sino más bien por otros actores, entre los que sí se encuentra el sector privado, pero no como perteneciente a la estructura o personal del Centro, sino como externos – quizás colaboradores –.

Por lo tanto, no se aprecia que esta nueva Agencia pretenda estar dotada de un alto porcentaje de personal proveniente del sector privado, y para algunas escasas tareas, de personal proveniente del sector público, teniendo en cuenta la colaboración estrecha que se pretende tener con EUROPOL. Sea considerado éste un aspecto más que dificulta poder entender cómo se ha realizado la evaluación de impacto y cuyo resultado ha

<sup>104</sup> Sección 7 Personal, art. 71 y ss., PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

desembocado en la preferencia de que dicho Centro sea una Agencia, y no un Centro Especializado dentro de una Agencia ya existente y muy potente, como es EUROPOL. No obstante, conviene señalar también que recaerá en el Parlamento Europeo y el Consejo aprobar la plantilla de personal del Centro de la UE.<sup>105</sup>

Observamos también que para que el Centro de la UE pueda ejercer las tareas anteriormente analizadas, desarrollará implícitamente actividades de tratamiento de datos personales, y dichos datos se conservarán respetando el principio de proporcionalidad y de finalidad, debiéndose de aplicar normas de seguridad para proteger la información clasificada y sensible tratada por el Centro. En este sentido, se señala que “el Centro adoptará sus propias normas de seguridad, equivalentes a las de la Comisión, para la protección de la información clasificada de la Unión Europea (ICUE) y de la información sensible no clasificada.”<sup>106</sup>

En lo que respecta el acceso y el tratamiento de la base de datos de indicadores y denuncias, se prevé que será facultado únicamente el personal del Centro. Pero eso así, cuando sea necesario y en la medida en que lo sea para el desarrollo de las funciones recogidas en la Propuesta del Reglamento, se prevé que el Centro dará acceso a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, de servicios de comunicaciones interpersonales, de servicios de acceso a Internet, a las autoridades policiales competentes de los Estados Miembros, a las Autoridades de Coordinación de los Estados Miembros y a la propia EUROPOL.<sup>107</sup>

## 4 Conclusiones

En la presente investigación académica se ha observado que, a pesar de los grandes avances en materia de

<sup>105</sup> Sección 6, Establecimiento y ejecución del presupuesto, art. 67.7, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>106</sup> Art. 75.1, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

<sup>107</sup> Art. 46, Acceso, exactitud y seguridad, PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

prevención y lucha contra los delitos de abuso sexual de menores y específicamente en lo referente a los cometidos en línea, no se ha conseguido aun establecer una terminología correcta y única. En consecuencia, existe una doble terminología al uso – “pornografía infantil” para el sector público, y material de abuso y explotación sexual de menores (CSEM) para el sector privado, lo que acarea un sinnúmero de problemas a nivel jurídico. Por lo tanto, desafortunadamente, tenemos que seguir insistiendo en esta tarea pendiente, siendo crucial que se elimine de forma definitiva el uso de la terminología “pornografía infantil” y se utilice única y exclusivamente CSEM.

Se ha observado que uno de los grandes avances a nivel operativo en la materia, reside en la creación de un Sistema de Clasificación del Material de Explotación y Abuso Sexual Infantil en Línea (SCCSEM), y que resulta de crucial importancia en tanto que permite priorizar la investigación policial y reorientar los recursos disponibles en función del nivel de gravedad y/o urgencia de los casos. Así mismo, permite también profundizar sobre la identidad y las características del “consumidor” de material de abuso sexual infantil, en función del material descargado, la reiteración en la descarga de este contenido, lo que conlleva a la rapidez en la detección y el seguimiento policial. De la misma manera, un valor inestimable tendrá el Sistema de Detección de CSEM que lleva consigo la obligación de actuar que recae en los prestadores de servicios de Internet, considerando que son los únicos en condiciones de prevenir y combatir esta clase de abusos.

En lo que respecta la creación de un Centro Especializado en materia de prevención y lucha contra el abuso sexual de menores que coordine los esfuerzos y el intercambio de información entre las autoridades competentes y el sector privado en vista de identificar a las víctimas y los CSEM, se considera tarea urgente. No obstante, la simple creación de dicho Centro no es suficiente, por lo que no se aprecia que pudiera tener el impacto esperado, ya que no cumple con los requisitos que le permitan desarrollar sus funciones en tanto Agencia descentralizada de la UE. Tras analizar el articulado que recoge la Propuesta de Reglamento por el que se pretende crear el Centro de la UE en materia de abuso sexual de menores, es más que evidente que sería mejor que se constituya como Centro de asesoramiento especializado de la UE para combatir los delitos de abuso sexual de menores, integrado en la estructura de EUROPOL.

Tanto es así que – a pesar de las insistencias de que sería una Agencia independiente – resulta más que evidente su dependencia de EUROPOL para poder desempeñar sus funciones. Es más, no queda claro como una Agencia pudiera ostentar la calidad de *inquilino* en la sede de otra, haciendo uso de sus recursos (instrumentos y personal), y a la vez desarrollando sus funciones en tanto institución autónoma. No obstante, hemos observado que, en caso de constituirse como Centro Especializado dentro de la estructura de EUROPOL, se fortalecería la colaboración con el EC3, y específicamente con el FP TWINS, encargado del tratamiento, el análisis de la información y datos personales operativos, así como de la coordinación operativa en materia de lucha contra los delitos de abuso sexual de menores en línea.

Ahora bien, si lo que se intenta es fortalecer la colaboración público – privada en materia de prevención y lucha contra los delitos de abuso sexual de menores en línea, no se aprecia la necesidad de crear una nueva Agencia de la UE, teniendo en cuenta que ya se han ampliado las competencias de EUROPOL a través del Reglamento (UE) 2022/991, permitiéndole colaborar directamente con los actores del sector privado. Por lo tanto, todos los aspectos analizados avalan la eficacia y la rápida operatividad del Centro si se integraría dentro de la estructura de EUROPOL, desarrollando sus funciones como Centro Especializado.

## Referências

- AGREEMENT between Interpol and Europol. 2001. Disponible en: [https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/agreement\\_between\\_Interpol\\_and\\_Europol.pdf](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/agreement_between_Interpol_and_Europol.pdf). Acceso en: 01 agosto 2023.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *A/57/529/Add.3*: Resolución 57/239, de 20 de diciembre de 2002, sobre la creación de una cultura mundial de seguridad cibernética. 2002.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *A/RES/53/70*: Resolución 53/70, de 4 de diciembre de 1999 sobre los avances en la informatización y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional. 1999.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *A/RES/54/49*: Resolución 54/49, de 1º de di-

ciembre de 1999, 55/28, de 20 de noviembre de 2000, 56/19, de 29 de noviembre de 2001, y 57/53, de 22 de noviembre de 2002, sobre los avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional. [20--?].

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *A/RES/55/63*: Resolución 55/63, de 4 de diciembre de 2000 sobre la lucha contra la utilización de la tecnología de la información con fines delictivos. 2000.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. *A/RES/56/121*: Resolución 56/121, de 19 de diciembre de 2001, sobre el establecimiento de la base jurídica para luchar contra la utilización de las tecnologías de la información con fines delictivos. 2001.

BENEYTO PÉREZ, J. M.; GIERING, C. *El establecimiento de una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros*. Madrid: Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, 2002.

BOZA MORENO, E. Delitos contra la libertad sexual: hacia una armonización europea. *Cuadernos de RES PÚBLICA en derecho y criminología*, v. 2, p. 9-18, 2023.

COMISIÓN de las Comunidades Europeas: creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos: 26.1.2001 COM (2000). Bruselas, 26 enero 2001.

COMISIÓN Europea, 1 de diciembre de 2022, Los sistemas de detección de abuso sexual a menores en línea son fiables y salvan vidas, 2022. Disponible en: [https://home-affairs.ec.europa.eu/news/detection-systems-online-child-sexual-abuse-are-reliable-and-save-lives-2022-12-01\\_es](https://home-affairs.ec.europa.eu/news/detection-systems-online-child-sexual-abuse-are-reliable-and-save-lives-2022-12-01_es). Acceso en: 01 agosto 2023.

COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: orientaciones para el futuro: COM(2008) 135 final. Bruselas: Agencias Europeas, 2008.

COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad: COM (2020) 605 final. Bruselas, 24 jul. 2020.

COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones: hacia

una política general de lucha contra la ciberdelincuencia. Bruselas, 22 mayo 2007.

COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores: COM (2020) 607 final. Bruselas, 24 jul. 2020.

COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño: COM (2021) 142 final. Bruselas, 24 marzo 2021.

CONSEJO DE EUROPA. *Informe explicativo del Convenio sobre la Ciberdelincuencia*: STE, n. 185. 2001.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Conclusiones del Consejo sobre la lucha contra el abuso sexual de menores*: (OR. en) 12862/19. Bruselas, 8 oct. 2019.

CONVENIO basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea por el que se crea una oficina europea de policía (Convenio Europol). Bruselas, 26 jul. 1995.

CONVENIO del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. Lanzarote, 25 oct. 2007.

CONVENIO del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia. Budapest, 23 nov. 2001.

COUNCIL OF EUROPEAN UNION. *Effective operational cooperation in criminal investigations in cyberspace, 8 June 2016 (OR. en)*: 8634/2/16 REV 2: Document partially accessible to the public. Brussels, 08 jun. 2017.

DIRECTIVA 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). 2000.

DIRECTIVA 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. 2011.

DIRECTIVA 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y



- la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. 2012.
- DOCTRINA de la Fiscalía General del Estado, Circular 2/2015, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015. 2015.
- ENEMAN, A. *Critical Study of ISP Filtering Child Pornography*. 2006.
- ESTRATEGIA europea en favor de una Internet más adecuada para los niños, COM (2012) 196. 2012.
- EUROPOL. “Child sexual abuse: new guidelines for first responders”. *Europol*, 18 Nov. 2022. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/child-sexual-abuse-new-guidelines-for-first-responders>. Acceso en: 01 agosto 2023.
- EUROPOL. Child Abuse in relation to Trafficking in Human Beings Fact Sheet. *Europol*, Jan. 2006.
- EUROPOL. Child Sexual Exploitation. *Europol*, [20--?]. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-statistics/crime-areas/child-sexual-exploitation>. Acceso en: 01 agosto 2023.
- EUROPOL. Child sexual exploitation: Fact Sheet. *Europol*, 2012.
- EUROPOL. Decisión del Consejo, 2009/371/JAI, de 6 de abril de 2009 por la que se crea la Oficina Europea de Policía. *Europol*, 2009.
- EUROPOL. Europol Analysis Projects, 06 de diciembre de 2021. *Europol*, 2021. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/operations-services-and-innovation/europol-analysis-projects>. Acceso en: 01 agosto 2023.
- EUROPOL. Guidelines for First Responders in Child Sexual Abuse and Exploitation Cases. *Europol*, 2022. Disponible en: [https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Grace%20Guidelines%202022\\_Public\\_0.pdf](https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Grace%20Guidelines%202022_Public_0.pdf). Acceso en: 01 agosto 2023.
- EUROPOL. Joint Cybercrime Action Taskforce (J-CAT), 16 de febrero de 2023. *Europol*, 2023. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/operations-services-and-innovation/services-support/joint-cybercrime-action-taskforce>. Acceso en: 01 agosto 2023.
- EUROPOL. Online sexual coercion and extortion as a form of crime affecting children: law enforcement perspective. *Europol*, 2017.
- EUROPOL. Strengthening the fight in the EU against cyber-facilitated forms of serious and organized crime. *Europol*, The Hague, 2 May 2016.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. *III Plan de Acción contra la explotación sexual de la Infancia y la Adolescencia 2010 – 2013*. 2013.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. Las imágenes de abusos sexuales a menores a la luz de la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3. Época, n. 16, p. 87-156, jul. 2016.
- GRUPO de Trabajo Interinstitucional sobre explotación sexual de niñas, niños y adolescentes 2016, Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales. 2016.
- INTERPOL. *Covert Operations Specialist Group, Results undercover capacity survey, Reference: 2016/157/OEC/VCO/HDE*. 2016.
- INTERPOL. *Riesgos y tendencias en relación con el abuso y la explotación sexual de menores: repercusiones de la COVID-19*. sept. 2020.
- INTERPOL. Terminología apropiada. *Interpol*, [20--?]. Disponible en: <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contramenores/Terminologia-apropiada>. Acceso en: 06 abr. 2023.
- JOINT Statement of the European Parliament, the Council of the EU and the European Commission on decentralised agencies. 19 jul. 2012.
- MARICA, A. EUROPOL: Centros de Especialización (EC3, ECTC, EMSC). *Análisis GESI*, sept. 2017.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 6, n. 12, p. 343-391, 2002.
- MARTÍN, Araceli Mangas. *La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*. Zaragoza, 2008.
- MCCULLOCH, H. *Interpol and Crimes against Children*: in Quayle/Taylor, Viewing child pornography on the Internet: Understanding the offence, managing the offender, helping the victims. 2005.

NACIONES UNIDAS. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. *OHCHR*, 25 mayo, 2000.

NACIONES UNIDAS. *Resolución de la Asamblea General 55/63 (2000), Lucha contra la utilización de la tecnología de la información con fines delictivos*: A/RES/55/63. 22 enero 2001.

OPINIÓN de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (24.1.2019) para la Comisión de Asuntos Constitucionales sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas (2018/2114(INI)). 2019.

PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas*: 2018/2114(INI). 2018.

PARLAMENTO EUROPEO. *Informe sobre la lucha contra la ciberdelincuencia (2017/2068(INI))*: A8-0272/2017. 25 jul. 2017.

PARLAMENTO EUROPEO. *P8\_TA (2019)0134, Aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas*: Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de febrero de 2019, sobre la aplicación de las disposiciones jurídicas y de la Declaración Común que garantiza el control parlamentario sobre las agencias descentralizadas (2018/2114(INI)) (2020/C 449/25). 2019.

PI LLORENS, M. El nuevo mapa de las agencias europeas del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, v. 56, p. 77-117, 2017.

PROPUESTA de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores: COM (2022) 209 final 2022/0155(COD). Bruselas, 11 mayo 2022.

SIEBER, U. *The international emergence of Criminal Information Law*. 1992

TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. *Informe anual sobre las agencias de la UE correspondiente al ejercicio 2021*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2022. Disponible en: [https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/AGENCIES\\_2021/AGENCIES\\_2021\\_ES.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/AGENCIES_2021/AGENCIES_2021_ES.pdf). Acceso en: 02 agosto 2023.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016: relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (EUROPOL) y por el que se sustituyen y derogan las Decisiones 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI y 2009/968/JAI del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 24 mayo 2016.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2022/991 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/794 en lo que se refiere a la cooperación de EUROPOL con entidades privadas, el tratamiento de datos personales por EUROPOL en apoyo de investigaciones penales y el papel de Europol en materia de investigación e innovación. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 27 jun. 2022.

WESTBY, J. R. *International Guide to Combating Cybercrime*. American Bar Association. 2003.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**La protección del interés superior de la persona menor nacida en supuestos de maternidad subrogada**

**A proteção do interesse superior da pessoa menor nascida em casos de maternidade de substituição**

**The protection of the best interests of the minor child born in cases of surrogate motherhood**

Waldimeiry Correa da Silva

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**

# La protección del interés superior de la persona menor nacida en supuestos de maternidad sub-rogada\*

## A proteção do interesse superior da pessoa menor nascida em casos de maternidade de substituição

## The protection of the best interests of the minor child born in cases of surrogate motherhood

Waldimeiry Correa da Silva\*\*

### Resumen

Actualmente se observa con preocupación cómo el incremento de las prácticas de maternidad subrogada (MS) transnacional pueden impactar de forma negativa en la protección y garantía de los derechos de las partes más vulnerables del proceso, el/la menor y la madre gestante. Esto se debe a la inexistencia de una regulación internacional que determine el régimen jurídico de la MS. Este trabajo analiza cómo las normas sobre la protección de la infancia y de la niñez pueden ser vulneradas en el proceso de MS, y con ello también, la violación del interés superior del/a menor (ISM). A estos efectos se utiliza la metodología cualitativa de revisión bibliográfica y documental para examinar la violación de este principio de acuerdo con la doctrina internacional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

**Palabras clave:** interés superior del menor; maternidad sub-rogada; derechos humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### Resumo

Atualmente observa-se com preocupação como o aumento das práticas de maternidade/gestação sub-rogada (MS) transnacional pode impactar de forma negativa na proteção e garantia dos direitos das partes mais vulneráveis do processo, a criança e a madre gestante. Isto se deve à inexistência de uma regulação internacional que determine o regime jurídico da MS. Este trabalho analisa como as normas sobre a proteção da infância podem ser vulneradas no processo de MS, e com isso também, a violação do interesse superior do/a menor (ISM). Neste sentido, se utiliza a metodologia qualitativa de revisão bibliográfica e documental para examinar a violação deste princípio de

\* Recebido em 19/05/2023  
Aprovado em 28/08/2023

\*\* Doctora en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales por la Universidad de Sevilla (España) y USP (Brasil). Profesora de la Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.  
Email: wcorrea@us.es

acordo com a doutrina internacional e a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

**Palavras-chave:** interesse superior do menor; maternidade sub-rogada; direitos humanos; Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

## Abstract

A current matter of concern is the increase in the transnational surrogacy practices and how they can have a negative impact in the protection and guarantee of the rights of the most vulnerable parties in the process: the child and the surrogate mother. This is due to the lack of international regulations of surrogacy. This paper analyzes how the norms on the protection of infancy and childhood can be violated in the process of surrogacy, and with it, the subsequent violation of the best interests of the child. For this purpose, the qualitative methodology of review of bibliographic and documentary sources is used in order to examine the violation of this principle, according to the international doctrine and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR).

**Keywords:** the best interests of the child; surrogate motherhood; human rights; European Court of Human Rights.

## 1 Consideraciones iniciales<sup>1</sup>

Este estudio analiza en qué supuestos el principio del interés superior de la persona menor<sup>2</sup> (ISM) pue-

de ser afectado en el proceso de maternidad subrogada (MS). Esta práctica procedente del desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) ha ampliado el ámbito de aplicación de este principio y, en determinados supuestos, incluso lo ha puesto en riesgo. Para ello, se examina la violación de este principio de acuerdo con la doctrina internacional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativos a la protección de la infancia y de la niñez. El trabajo está subdividido en cuatro secciones. En la primera sección se explican doctrinalmente los significados de la MS y del ISM con base en la normativa internacional vigente. En la segunda se analiza cómo las normas sobre la protección de la niñez pueden ser vulneradas en el proceso de MS, produciéndose con ello, la violación del ISM. En la tercera se examina la jurisprudencia del TEDH para profundizar sobre cómo el Tribunal interpreta la posible violación del ISM en el contexto de la MS. La última sección se realizan unas consideraciones finales sobre la importancia de un marco normativo de regulación internacional que determine el régimen jurídico de la MS en aras de impedir que una de las partes más vulnerables del proceso, la persona menor, vea sus derechos violados.

Se utiliza la metodología cualitativa, con uso de la técnica de revisión bibliográfica y documental temática. El procedimiento de acceso a la información de fuentes secundarias fue realizada a través de los motores de búsqueda y bases de datos bibliográficas: *Web of Science*, *Scopus* y *Google académico*. También, fueron utilizados los diversos repositorios y bases de datos especializadas sobre la materia, como el Comité de Derechos del Niño<sup>3</sup>, la Relatoría de la ONU sobre la venta de niños<sup>4</sup>, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado<sup>5</sup> y la jurisprudencia especializada del TEDH<sup>6</sup> sobre la MS.

<sup>1</sup> Este estudio se enmarca en el Proyecto de Captación al Talento Investigador EMERGIA financiando por la Junta de Andalucía (Consejería de Transformación, Innovación y Universidades). Del mismo modo también es parte del proyecto de investigación Ref. P18-RT-2253. Financiado por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía. La autora agradece profundamente los comentarios a la versión preliminar realizados por las profesoras Eulalia Petit Gabriel y Adriana Fillol Mazo.

<sup>2</sup> La doctrina y jurisprudencia internacional utiliza la expresión “interés superior del niño”. El término original tiene género neutro (“child” o “enfant”), lo que no ocurre en el español. Por ello en el presente trabajo se opta por un lenguaje inclusivo y se utiliza la expresión “interés superior de la persona menor” o “interés superior del menor”, para hacer alusión a los menores de 18 años (en adelante, ISM), con independencia de su sexo.

<sup>3</sup> UNITED NATIONS. *Committee on the Rights of the Child*. [2023]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>4</sup> UNITED NATIONS. *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. [2023]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-sale-of-children>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>5</sup> HCCH. *The parentage / Surrogacy project*. [2023]. Disponible en: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>6</sup> HUDOC. *European Court of Human Rights*. [2023]. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

## 2 El significado actual de la MS: su complejidad y necesaria atención hacia el ISM

La MS utiliza la técnica de reproducción humana asistida (TRHA) por la cual una mujer (madre gestante) accede a gestar el hijo de otra persona (comitentes/padres intención). Existen dos formas de MS: la tradicional y la gestacional que conlleva procesos y consecuencias diferenciadas. “La MS tradicional, plena o total es el modelo más antiguo de subrogación”<sup>7</sup>. En este tipo de MS la gestante aporta tanto sus gametos como todo el proceso gestacional. Por contra, en la MS gestacional, no hay aportación de gametos por parte de la mujer gestante<sup>8</sup>, y esta renuncia a su patria potestad.

El uso de las tecnologías reproductivas supone tanto desafíos éticos como jurídicos<sup>9</sup>, no está exento de polémica y complejidad<sup>10</sup>. Esto se debe a que involucra la intervención médica para el uso del cuerpo humano y manipulación genética (de gametos), que, a su vez, está mediada por un contrato mercantil proveniente de una transacción comercial cuyo resultado óptimo dará origen a una nueva vida humana, pudiendo llegar a la “mercantilización abierta de la procreación”<sup>11</sup>. La complejidad del tema conduce a diferentes matices e interpretaciones, y el uso de diversas expresiones<sup>12</sup> para

hacer referencia a la misma práctica<sup>13</sup>. Estas, a grandes rasgos, son dos, una postura aboga por la prohibición y la otra es favorable.

De un lado, se reivindica la prohibición explícita de la MS en todos ordenamientos jurídicos<sup>14</sup>, teniendo como argumento que “la práctica denigra la dignidad de la madre gestante y del/a menor, que será visto como un objeto o mercancía intercambiable mediante contrato”<sup>15</sup>. En esta línea, la MS se asemeja a una forma de esclavitud contemporánea debido a la mercantilización tanto del vientre de la mujer<sup>16</sup>, “un objetivo apropiado y utilizado por la industria reproductiva –particularmente si es pobre– como de la “venta de bebés”<sup>17</sup>. Además, se

---

internacional. *SCIO-Revista de Filosofía*, v. 1, n. 11, 2015. Disponible en: <https://revistas.ucv.es/scio/index.php/scio/article/view/612>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 19-52.

<sup>13</sup> No hay consenso sobre el término, pues este, como otros temas controvertidos sobre el uso de los cuerpos de las mujeres, refleja disputas e intereses implícitos. Este estudio opta por el término MS para visibilizar una de las partes imprescindible en el proceso, la mujer que gesta para otros y que vive el proceso psico-anímico, fisicoquímico y epigenético de la maternidad. Sobre los efectos para la violación de los derechos de la mujer en este proceso véase: SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 21-54.

<sup>14</sup> HOUGUE, Claire de La; ROUX, Caroline. Surrogate motherhood and human rights: analysis of human. *Legal and Ethical Issues*, 2016; SPAR, Debora. Reproductive tourism and the regulatory map. *New England Journal of Medicine*, v. 352, n. 6, p. 531-533, 2005; PATRONE, Tatiana. Is paid surrogacy a form of reproductive prostitution? *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, v. 7, n. 1, p. 109-122, 2018; KETCHUM, Sara Ann. Selling babies and selling bodies. *Hypatia*, v. 4, n. 3, p. 116-127, 1989; PURDY, Laura Martha. *Reproducing persons: issues in feminist bioethics*. London: Ithaca: Cornell University Press, 1996.; MIRALLES, Ángela Aparisi. Maternidad Subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, p. 16-28, 2017; CASCANO, Antonio. La subrogación en la maternidad: fenomenología de una interacción humana despersonalizadora. *Cuadernos de Bioética*, v. 29, n. 95, p. 39, 2018; GUERRA-PALMERO, María José. Contra la llamada gestación subrogada. *Derechos Humanos y justicia global versus bioética neoliberal. Gaceta Sanitaria*, n. 31-36, 2017. Disponible en: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0213-91112017000600016&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600016&lng=es&nrm=iso). Acceso en: 31 agosto 2023. p. 535-538; ALLEN, Adeline A. Surrogacy and limitations to freedom of contract: toward being more fully human. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 41, n. 3, p. 753-811, 2018. Disponible en: <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/Allen-FINAL.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>15</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. Gestación por sustitución y derechos humanos: ¿explotación o autonomía sobre los cuerpos de las mujeres? *Revista Jurídica*, v. 5, n. 67, 2021. p. 387.

<sup>16</sup> HEWITSON, Gilian. The commodified womb and neoliberal families. *Review of Radical Political Economics*, v. 6, n. 4, p. 489-495, 2014.

<sup>17</sup> GUILBAULT, D.; SIROIS, M. *Esclavage des temps modernes*. Que-

---

<sup>7</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: Vulnerabilidades, Derechos Humanos, Explotación y Autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 381.

<sup>8</sup> Sobre la transmisión epigenética entre madre y feto véase: KEANEY, Jaya. The racializing womb: surrogacy and epigenetic kinship. *Science, Technology, & Human Values*, v. 47, n. 1, p. 1157-1179, nov. 2021. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/016224392111055228>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 1157.

<sup>9</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: Vulnerabilidades, Derechos Humanos, Explotación y Autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 386.

<sup>10</sup> COMITÉ BIOÉTICO ESPAÑOL. *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. 2017. p. 2.

<sup>11</sup> ZYL, Liezl van; WALKER, Ruth. Surrogacy, compensation, and legal parentage: against the adoption model. *Bioethical inquiry*, v. 12, n. 3, p. 383-387, 2015. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11673-015-9646-4>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 385.

<sup>12</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: Vulnerabilidades, Derechos Humanos, Explotación y Autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 16-18; RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano. Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, 2017. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/219.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 219-229; BELLVER, Vicente Bellver. ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones: el caso de la maternidad subrogada

observa también como una forma de “fraude de ley”<sup>18</sup>, “conflicto de leyes”<sup>19</sup> y desafío bioético<sup>20</sup>. De acuerdo con este posicionamiento, se destacan cuatro puntos:

1. Confrontación de derechos fundamentales con libertades individuales y cuestionamiento del libre consentimiento;
2. Despersonalización, mercantilización, cosificación de la mujer y del recién nacido;
3. Realización de un contrato abusivo y fraudulento;
4. Anomalía bioética –principio de la no maleficencia–.<sup>21</sup>

Ya en defensa de la MS se acoge la regulación de la MS desde el argumento que la capacidad de agencia de la mujer que gesta para otros, haciendo uso de sus libertades individuales y autonomía. Se trata de una posición amplia que revisa distintas “opciones en función de qué condiciones y garantías se entienda que deben considerarse en su regulación: puede incluir tanto a partidarios

bec: Pour les droits des femmes du Québec, 2017; FARLEY, Melissa. Prostitution, Liberalism, and Slavery. *Logos*, p. 1-11, 2013; ALLAN, Sonia. The surrogate in commercial surrogacy: legal and ethical considerations. In: GERBER, Paula; O'BYRNE, Katie (ed.). *Surrogacy, Law and Human Rights*. London: Routledge, 2016. p. 113-120; RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano. Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, 2017. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/219.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023; ALLEN, Adeline A. Surrogacy and limitations to freedom of contract: toward being more fully human. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 41, n. 3, p. 753-811, 2018. Disponible en: <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/Allen-FINAL.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023; SATZ, Debra (ed.). “Why some things should not be for sale: the moral limits of markets?”. Oxford: OUP, 2010; EKMAN, Kajsa Ekis. *El ser y la mercancía, Prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2015.

<sup>18</sup> ALBERT, Marta. La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, p. 177-197, 2017; VILLAR, José Eugenio Azpiroz. Algunas consideraciones sobre el contrato de vientres de alquiler a la vista de la legislación española sobre adopción. *Cuadernos de Bioética*, v. 30, n. 99, p. 187-198, 2019. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2019/30/99/187.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>19</sup> TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. (ed.). *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*. Oxford: Hart Publishing, 2013. p. 8-9.

<sup>20</sup> BARREDA, Nicolás Jouve de la. Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 93, p. 153-162, 2017; SAXENA, Pikee; MISHRA, Archana; MALIK, Sonia. Surrogacy: ethical and legal issues. *Indian J Community Med.*, v. 37, n. 4, p. 211-213, 2012. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3531011/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>21</sup> Hace referencia al principio bioético de no hacer daño y no cosificar/mercantilizar al ser humano. “La gestación en este contexto pasa a ser parte de un servicio al mercado en el cual se pone un precio, como cualquier otro recurso.” SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p.31.

de la MS comercial como la MS altruista”<sup>22</sup>. Correa da Silva destaca cuatro argumentos desde este posicionamiento favorable a la regulación:

1. Derechos sexuales y reproductivos, centrándose en aquellos casos que conllevan problemas de fertilidad y que afecte a la libertad reproductiva y también teniendo en cuenta la igualdad entre ambos sexos;
2. Dignidad y autonomía de la mujer; (incluyendo la cuestión sobre el instinto maternal);
3. La defensa de la regulación, para eliminar o reducir la explotación de las mujeres y el turismo reproductivo;
4. Derechos de los niños nacidos por MS.<sup>23</sup>

Siendo este último aspecto objeto del presente estudio.

La MS y “otros arreglos reproductivos que transfieren la vida y la responsabilidad parental de un niño”<sup>24</sup>, pueden conducir a la vulneración del ISM. Como, por ejemplo, el no conocimiento de sus orígenes, tanto sus orígenes genéticos como de la madre gestante<sup>25</sup>. De ahí, los importantes problemas que genera en relación con el menor, como: sus derechos fundamentales, su nacionalidad, su filiación y movilidad.

### 3 La fundamentación jurídica del interés superior de la persona menor

El ISM es el fundamento para el bienestar y desarrollo holístico infantil<sup>26</sup>. Sin embargo, asienta un con-

<sup>22</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. Gestación por sustitución y derechos humanos: ¿explotación o autonomía sobre los cuerpos de las mujeres? *Revista Jurídica*, v. 5, n. 67, 2021.

<sup>23</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 24.

<sup>24</sup> SHANLEY, Mary Lyndon. *Making babies, making families: what matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption, and same-sex and unwed parents' rights*. Boston: Beacon Press, 2001. p. 117.

<sup>25</sup> Además, este vínculo materno-fetal es bidireccional y, para el menor puede afectar su salud al separarlo bruscamente del entorno en que el menor inició su desarrollo psicofísico. Este intercambio también es la base de la subjetividad del menor que aprende a relacionarse con los demás, su gramática afectiva. Como explica Ruth Fischbach y John Loike las cuestiones de epigenética que “afectan la forma en que se expresan los genes del niño y, por lo tanto, también afectan a la descendencia durante varias generaciones.” FISCHBACH, Ruth L; LOIKE, John D. Maternal-fetal cell transfer in surrogacy: ties that bind. *Ame. J Bioeth.*, v. 14, n. 5, p. 35-36, 2014.

<sup>26</sup> NACIONES UNIDAS. *CRC/C/GC/14: Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea*

cepto jurídico indeterminado<sup>27</sup> y controvertido<sup>28</sup>. Tiene sus antecedentes en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño 1924<sup>29</sup> y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959<sup>30</sup> por la que se instituyó que la humanidad debe reconocer y garantizar este principio como eje esencial en todos los procesos en que participa una persona menor<sup>31</sup>. Este principio forma parte del marco jurídico internacional sobre los derechos de la infancia y niñez<sup>32</sup> y fue consolidado en la Convención

una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 29 mayo 2013. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc). Acceso en: 31 agosto 2023. p. 4.

<sup>27</sup> NACIONES UNIDAS. *CRC/C/GC/14*: Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 29 mayo 2013. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc). Acceso en: 31 agosto 2023. p. 46-99.

<sup>28</sup> Sobre todo, por la subjetividad en la interpretación y la indeterminación al no esclarecer que el concepto de “interés superior del menor”. CABALLO, Gonzalo Aguilar. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, n. 1, p. 223-247, 2008. Disponible en: <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derecho-ninos-ninas/QL-yiwAzxp7.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 229.

<sup>29</sup> DÉCLARATION de Genève sur les Droits des Enfants. Société des Nations, 26 sept. 1924. Disponible en: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>. Acceso en: 31 agosto 2023. Aunque este instrumento no recoja la expresión si lo hace de forma implícita en su articulado (artículos 1-5). Para un desarrollo de los antecedentes y fundamentación de este principio véase, MOODY, Zoe. La fabrication internationale des droits de l'enfant: genèse de la Déclaration des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1946-1959). *Relations internationales*, v. 161, n. 1, p. 65-80, 2015. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-relations-internationales-2015-1-page-65.htm>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 65.

<sup>30</sup> NACIONES UNIDAS. *Declaración de los Derechos del Niño de 1959 20 de noviembre de 1959*: A/RES/1386 (XIV). 1959. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. principio 2.

<sup>31</sup> BREEN, Claire. *The standard of the best interests of the child*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2002. p. 16-27.

<sup>32</sup> Entre los instrumentos internacionales de gran relevancia se destacan: NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*: proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III) (1948), art. 25.2. 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acceso en: 31 agosto 2023; CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*: Modificado por los Protocolos nos. 11, 14 y 15 - completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16), art. 8 y 3. Roma, 4 nov. 1950; NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200 (XXI), del 16 de diciembre de 1966. art. 24.1. 1966; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*: aprobada en la

sobre los Derechos del Niño<sup>33</sup> (CDN), que establece en su artículo 2 que las personas menores gozarán de “una protección especial”. Y para ello, reitera y desarrolla en su artículo 3 que todo el desarrollo normativo “atenderá a la consideración del interés superior del niño<sup>34</sup>. Todo ello, se fundamenta en la dignidad del ser humano y “en las características propias de los niños”, así como “en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”, en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>35</sup> Siguiendo este criterio la naturaleza jurídica del ISM fue objeto de debate en el seno del Comité de Derechos del Niño, en su “Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño”<sup>36</sup>, que integra un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento<sup>37</sup>.

Se destacan dos niveles de responsabilidad en el ámbito del ISM, el ámbito privado, que se refiere a las decisiones que toman las personas adultas sobre el menor, donde se busca su bienestar absoluto; y el ámbito público, sobre el cual la doctrina ha desarrollado el aspecto clave de la inscripción en el país de origen de los me-

IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948. art. 7 y 19; UNIÓN EUROPEA. *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*: (2016/C 202/02), del 7 de junio de 2016, pp. 389-405, art. 24.2: Orientaciones de la UE relativas a la promoción y la protección de los derechos del menor, 2007. 2016. p. 389-405, art. 24.2; Orientaciones de la UE relativas a la promoción y la protección de los derechos del menor, 2007.

<sup>33</sup> NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. 1989. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>34</sup> La CDN indica en artículo 1 que: “niños [es] todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Este estudio sigue la Opinión Consultiva 17 de la CIDH que “se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.” Y, que, por lo tanto, “abarca”, lo niños, las niñas y los adolescentes.”. CIDH, OC-17/2002.

<sup>35</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva 17 (OC-17/2002)*: solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 28 agosto 2002. párr. 56.

<sup>36</sup> NACIONES UNIDAS. *CRC/C/GC/14*: Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 29 mayo 2013. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc). Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>37</sup> NACIONES UNIDAS. *CRC/C/GC/14*: Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 29 mayo 2013. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc). Acceso en: 31 agosto 2023.



noes nacidos en el extranjero naturales del proceso de MS<sup>38</sup>. Ante las barreras establecidas por algunos, donde esta práctica no está reconocida, la jurisprudencia del TEDH se ha pronunciado en distintas ocasiones valorando si la negativa de la inscripción puede significar la violación de la “vida familiar”. El segundo ámbito también conlleva la responsabilidad pública de incorporar y adoptar normas jurídicas que garanticen el bienestar de la persona menor y velen por la protección de sus derechos.

Teniendo en cuenta esta base normativa existe un debate, no resuelto, de que la MS vulnera el ISM. Esto se debe tanto por la inexistencia de un marco internacional regulador sobre el tema como por la diversidad de perspectiva respecto a la permisividad o prohibición de la misma. Es por ello, que este estudio analiza, por un lado, si la MS vulnera la dignidad del menor, su identidad y su interés superior al considerar que el menor es el producto de una transacción comercial. De otro, cómo la jurisprudencia del TEDH interpreta esta protección especial y con ello, ha promovido del principio del ISM, en el marco del derecho a la vida en familia e identidad.

## 4 ¿La Maternidad subrogada protege el ISM?

Con el objetivo de garantizar la protección del ISM y frente al silencio sobre la cuestión específica de la MS, el Comité sobre el Derecho del Niño, en su “Observación General Núm. 14”<sup>39</sup>, realiza dos explicaciones muy relevantes sobre el tema. La primera, que el ISM es un concepto triple, que engloba un derecho sustantivo<sup>40</sup>,

<sup>38</sup> En esta dirección “no deben basarse en un concepto o percepción general de lo que debe ser mejor para un menor (el niño universal).” GABRIEL, Eulalia. W. Petit de. Menores separados: el dilema entre el interés general y el interés individual en la aplicación del derecho migratorio de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos De Deusto*, n. 6, p. 87-116, 2022. Disponible en: <https://ced.revistas.deusto.es/article/view/2585>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 106-107.

<sup>39</sup> NACIONES UNIDAS. *Observación general N. 14*, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, E/C.12/2000/4, Adoptada por el Consejo Económico y Social, en 22.º período de sesiones, 11 de agosto de 2000, artículo 3, párr. 1.

<sup>40</sup> “Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.”. NACIONES UNIDAS. E/C.12/2000/4: Observación

un principio jurídico interpretativo fundamental<sup>41</sup>; y una norma de procedimiento<sup>42</sup>. La segunda, considera este principio como primordial y manifiesta que las valoraciones del ISM deben buscar un equilibrio entre los factores de protección, que pueden restringir los derechos, y las medidas que permiten el pleno ejercicio de los derechos.

En la práctica de la MS la persona menor, puede ser perjudicada o beneficiada por la realización de la subrogación, ya que es la misma la que posibilita su existencia, tanto por el deseo (y algunos casos aportación de material genético) de los padres de intención, como por la gestación y parte de la madre sustituta. Por ello hay que tener presente el ISM según lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante, CDN), en su artículo 3, que establece que to-

general N. 14: Adoptada por el Consejo Económico y Social, en 22.º período de sesiones, 11 de agosto de 2000: Observación general N. 14 (2000) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 2000. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023. artículo 3, párr. 6. a.

<sup>41</sup> “Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo”. NACIONES UNIDAS. E/C.12/2000/4: Observación general N. 14: Adoptada por el Consejo Económico y Social, en 22.º período de sesiones, 11 de agosto de 2000: Observación general N. 14 (2000) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 2000. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023. artículo 3, párr. 6.b.

<sup>42</sup> “Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”. NACIONES UNIDAS. E/C.12/2000/4: Observación general N. 14: Adoptada por el Consejo Económico y Social, en 22.º período de sesiones, 11 de agosto de 2000: Observación general N. 14 (2000) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 2000. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023. artículo 3, párr. 6.c.

das las medidas relacionadas al niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Este se entiende como una proyección en los menores de su personalidad, abarcando todos los derechos fundamentales que garantizaran un libre desarrollo de su personalidad<sup>43</sup>.

Según lo dispuesto en el artículo 8.1 de la CDN de 1989, los Estados se comprometen a preservar la identidad del menor otorgándole un nombre, nacionalidad y vínculos familiares. A estos efectos la inscripción de los menores en el registro civil oficializa su adscripción en una sociedad y en un núcleo familiar. La negativa de inscripción en el registro civil, derivado de su origen por contrato de subrogación, perjudica al ISM y le deja desprotegido, produciendo dos efectos que pueden ser objeto de sanción por parte del Estado<sup>44</sup>. El primero, el incumplimiento estatal de su obligación internacional de salvaguardar el bienestar del niño, así como su dignidad<sup>45</sup>. El segundo, sería la incertidumbre jurídica que supone la indeterminación de la filiación y el perjuicio para la configuración de la identidad del menor y el desarrollo apropiado como persona, a partir de la garantía de un núcleo familiar y entorno social<sup>46</sup>. Lo expuesto entra en consonancia con el argumento de David Smolin de que los contratos de subrogación ignoran el ISM en favor de los derechos de los adultos contratantes<sup>47</sup>. A

todo ello también se añade el debate sobre la analogía a la venta de niños (sección 2).

La Asociación Española de Bioética (AEBI) expresa que el punto de vista del ISM debe ser visto desde una perspectiva doble: la del juez y la del legislador. El primero —el juez— interpreta a la luz de los fundamentos jurídicos una situación *de facto*, y juzga, a posteriori, la licitud de los hechos y busca dosificar teniendo primacía la defensa del interés superior de la persona menor que “no debe sufrir las consecuencias negativas de ilicitud de la conducta de los adultos”<sup>48</sup>. En esta dirección falló el Tribunal Supremo español en su sentencia del 6 de febrero de 2014<sup>49</sup> al considerar que:

La invocación indiscriminada del ‘interés del menor’ serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas<sup>50</sup>.

El segundo matiz del legislador, que deberá regular en el presente, teniendo en cuenta los impactos futuros y en estos, deberá velar por la salvaguardia de la dignidad y los derechos de los implicados en el proceso de MS: las madres gestantes y los hijos objeto del contrato de compraventa<sup>51</sup>.

<sup>43</sup> La garantía del cumplimiento del interés superior se exigirá tanto por vía judicial, como por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, autoridades administrativas, órganos legislativos (artículo 3.1) y padres o responsables de la tutela del niño (artículo 18.1).

<sup>44</sup> El Estado tiene la obligación de garantizar esta seguridad jurídica como dispuestos en el artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En esta dirección se ha pronunciado el TEDH en los casos que siguen.

<sup>45</sup> ERGAS, Yasmine. Babies without borders: human rights, human Dignity, and the regulation of international Commercial surrogacy. *Emory International Law Review*, v. 27, n. 1, p. 117-187, 2013. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol27/iss1/5/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>46</sup> Dentro del contexto internacional, hay posiciones divergentes respecto la protección del interés superior de la persona menor y el derecho a conocer su identidad y orígenes. Véase: QUINTANA, Lorenzo Álvarez de Toledo. El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, v. 6, n. 2, p. 5-49, 2014. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>47</sup> SMOLIN, David M. Surrogacy as the sale of children: applying lessons learned from adoption to the regulation of the surrogacy industry’s global marketing of children. *PEPP L. REV.*, v. 43, n. 2, p. 265-344, 2016. Disponible en: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/2/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>48</sup> ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOÉTICA. *Informe: Maternidad Subrogada*. 2016. párr. 7.a.

<sup>49</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Sentencia núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014*. El Tribunal Supremo español reconoce la nulidad de los acuerdos de MS y les reconoce ciertos efectos jurídicos al plantear que la persona menor que nace de este proceso no sea privada de determinados derechos. Sala de lo Civil, Sección 10. 2014.

<sup>50</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Sentencia núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014*. Sala de lo Civil, Sección 10. 2014. párr. 5.

<sup>51</sup> ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOÉTICA. *Informe: Maternidad Subrogada*. 2016. párr. 7.b. f

## 5 La protección internacional de la persona menor y su incumplimiento en el proceso de maternidad subrogada

## 6 ¿La MS puede ser considerada venta de niños/as?

De acuerdo con el informe del Consejo de Derechos Humanos de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de marzo de 2018 “la gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los Derechos Humanos”.<sup>52</sup> La venta de niños/as está prohibida según el artículo 1 del Protocolo Facultativo a la CDN sobre la venta y explotación sexual de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>53</sup> (Protocolo sobre venta de niños), del 25 de mayo del 2000. El artículo 2 a) del mismo, define que: “por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.

El artículo 2 del Protocolo sobre la venta de niños, la define como: “a) [...] todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”<sup>54</sup>. Esta definición presen-

ta tres elementos constitutivos. El primer de ellos, el acuerdo realizado para gestar para otros, que puede ser comercial o altruista. El segundo, la transferencia del/la menor. Este puede ser físico y jurídico<sup>55</sup> concretizando con la entrega del bebé y traslado de la patria potestad<sup>56</sup>. De acuerdo con el Comité de Derechos del niño, la determinación de filiación antes del parto puede incurrir en venta de niños<sup>57</sup>. Un ejemplo de ello, en California/EE.UU, indica que si el contrato de MS fue realizado antes del transado del embrión y consecuente embarazo, no se considera venta de niños, ahora si el contrato

<sup>52</sup> Algunas jurisdicciones garantistas para la práctica de MS, como California, Maine y New Hampshire (EE.UU) y Ucrania, establecen contratos que imposibilitan retroceder en el consentimiento y las madres gestantes rechazan su patria potestad antes del parto, y tras este se realiza el traslado del menor. SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 95-110. Otra particularidad, es la de que: “Dado que el componente genético no es un requisito para la transmisión de patria potestad o de la responsabilidad parental (tal y como se demuestra en el caso de las adopciones o tutores legales), será el contrato de maternidad el que prevea el traslado jurídico de dicha patria potestad. En lo referente al traslado físico, la madre sustituta se compromete al traslado efectivo del/la menor una vez haya dado a luz. De hecho, en algunos contratos se pretende limitar o restringir la libertad de circulación de la madre sustituta, con el fin de garantizar el control del niño en el momento del nacimiento.” SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 398-399.

<sup>56</sup> NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 44.

<sup>57</sup> NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos del Niño. *CRC/C/OPSC/USA/CO/2: observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. 2 jul. 2013. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjar1tI2g%2FApuNj6YT4u%2FwxJ0WmnbV%2B6zFKuqn6NUCOsUcWWknNJ9y4JRIerzOy0m%2BRUYeSvXv3rxYT4ftkW1%2B%2BgB20nmce%2BFBx9jI9Hhz28>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 29 a; NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos del Niño. *CRC/C/OPSC/USA/CO/2: observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. 2 jul. 2013. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjar1tI2g%2FApuNj6YT4u%2FwxJ0WmnbV%2B6zFKuqn6NUCOsUcWWknNJ9y4JRIerzOy0m%2BRUYeSvXv3rxYT4ftkW1%2B%2BgB20nmce%2BFBx9jI9Hhz28>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 69 b.

<sup>52</sup> NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 13.

<sup>53</sup> NACIONES UNIDAS. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000. 2000. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child>. Acceso en: 31 agosto 2023. 178 estados-parte en 01/03/2023, p. 5.

<sup>54</sup> NACIONES UNIDAS. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000. 2000. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 7.

comercial fue realizado durante el embarazo es considerado venta de niños.<sup>58</sup>

El tercer, el intercambio remunerado, es parte del pago que es intrínseca a la MS comercial. En este sentido se entiende que:

los contratos de subrogación se pagan por los servicios de gestación y parto, también se paga por la entrega o traslado del/la menor (ya que esto último es el aspecto central y objeto del acuerdo, sin el cual se entendería que la madre sustituta no habría cumplido sus promesas y obligaciones contractuales)<sup>59</sup>.

O, como expone la Relatora de la ONU sobre venta de niños, “en los casos de venta de niños es la preposición “por”, que hace referencia a un intercambio: la “remuneración o cualquier otra retribución” (pago) debe realizarse “por” el traslado del niño.”<sup>60</sup>

Los supuestos de MS comercial evidencian los tres elementos constitutivos de la venta de niños/as, hecho que viola el artículo 35 de la Convención de los Derechos del Niño (1989) que indica: “Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Esta condena a venta de niños también está expresa en el En el Convenio de La Haya materia de Adopción Internacional de 1993 (art. 1 y art. 4, c. 3 y 4). Ahora bien, esta interpretación tiene diferentes matices de acuerdo con la doctrina internacional.

Por ende, de un lado se defiende que no se realiza un pago por el menor<sup>61</sup> y sí por los servicios gestaciona-

les (o reproductivos) realizados por la madre gestante.<sup>62</sup> En este orden, la prohibición de la venta de un menor busca prevenir el daño y la explotación, y dado que la intención de la subrogación no es para ese propósito, no está incluida en la CDN ni bajo las leyes contra la trata de personas<sup>63</sup>. Por otro se aboga que los acuerdos de MS respetan el ISM, ya que el procede de este acuerdo que produce al niño, le ofrece la oportunidad de existir. Cuando se firma el contrato de MS, el/la menor aún no ha sido concebido, por lo tanto, no hay interés que defender. “Desde esa perspectiva, no hay ningún interés del menor que proteger.”<sup>64</sup> Paula Gerber y Katie O’Byrne defienden que el objeto y propósito de la CDN (1989) y del Protocolo sobre la venta de niños (2000) tiene el objetivo “prevenir daños a los niños, proteger los derechos de los niños y promover su interés superior”<sup>65</sup>.

De ahí que los actos prohibidos por los citados instrumentos jurídicos son: explotación sexual, transferencia de órganos con fines de lucro y trabajo forzoso por tratarse de actos que quebrantan la dignidad del/la menor. La MS generalmente tiene una naturaleza y carácter distinto, y por lo tanto no promueve la degradación ni compromete su interés superior. Sobre este punto, Paula Gerber y Katie O’Byrne afirman que:

la gestación subrogada comercial no se trata de ‘venta’ o ‘transferencia’ de un bebé, sino de ‘asignación’ de responsabilidad entre las partes del acuerdo en cuanto al cuidado del menor en diferentes momentos, con el objetivo de traerlo a su familia prevista<sup>66</sup>.

A este respecto, Yasmin Ergas explica que los acuerdos se realizan antes de la concepción, argumentando que el embrión, el feto y, finalmente, el/la menor, siempre pertenecerían a las partes encargadas y, por lo tanto,

<sup>58</sup> NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60*: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 52.

<sup>59</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 399.

<sup>60</sup> U.S. ATTORNEY’S OFFICE. Baby-Selling Ring Busted. Southern District of California, *The FBI Federal Bureau of Investigation*. 9 agosto 2011. Disponible en: <https://archives.fbi.gov/archives/sandiego/press-releases/2011/baby-selling-ring-busted>. Acceso en: 2 sept. 2023.

<sup>61</sup> Sonia Allen añade que no se trata de una venta de niños, pues se paga un servicio en diferentes etapas (desde la preparación-trasferencia de embriones-gestación-parto) y, que además no hay relación genética con la madre gestante, y por ello, el niño es suyo y no lo puede vender. ALLAN, Sonia. The surrogate in commercial surrogacy: legal and ethical considerations. In: GERBER, Paula; O’BYRNE, Katie (ed.). *Surrogacy, Law and Human Rights*. London: Routledge, 2016. p. 113-120. p. 117.

<sup>62</sup> Es el argumento utilizado por Amrita Pande en su etnografía sobre la “industria” de la subrogación en India. PANDE, Amrita. *Wombs in labour: transnational commercial surrogacy in India*. New York: Columbia University Press, 2014. p. 244 y ss.

<sup>63</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 196-199.

<sup>64</sup> FIELD, Martha A. *Surrogate motherhood: the legal and human issues*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1990.

<sup>65</sup> GERBER, Paula; O’BYRNE, Katherine. Souls in the house of tomorrow: the rights of children born via surrogacy. In: GERBER, Paula; O’BYRNE, Katherine (Eds.). *Surrogacy law and human rights*. Farnham: Ashgate, p. 81–112, 2015. p. 81.

<sup>66</sup> GERBER, Paula; O’BYRNE, Katherine. Souls in the house of tomorrow: the rights of children born via surrogacy. In: GERBER, Paula; O’BYRNE, Katherine (ed.). *Surrogacy law and human rights*. Farnham: Ashgate, 2015. p. 81–112. p. 97.

no pueden ser objeto del contrato<sup>67</sup>. También advierte que “el ISM real del niño no es un estándar de derecho autónomo en sí mismo, es una regla de interpretación que presupone la legalidad del proceso”<sup>68</sup>.

Sin embargo, parte de la doctrina argumenta que los pagos a las madres gestantes superan las ganancias que obtendrían con otro trabajo y constituyen la venta de un bebé y, por lo tanto, la trata de personas<sup>69</sup>. Esta es la interpretación que ofrece el artículo 2.a del Protocolo Facultativo sobre la venta de niños (2000), que establece que: “Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. De ahí, que el término “cualquier acto” no se centra simplemente en los propósitos de explotación, sino que incluye cualquier finalidad para la cual un menor es trasladado a cambio de una compensación<sup>70</sup>. Para Sonia Allan, independientemente del modo cómo se observe la relación entre la madre gestante y el bebé, la interpretación jurí-

dica literal que se atribuye a la transacción equivale a la venta o mercantilización de niños porque equivale a “la entrega de un niño a otros a cambio de una remuneración u otra consideración”<sup>71</sup>. Por ello, Michael Freeman argumenta que cualquier bebé originado de un acuerdo comercial de subrogación debería ser considerado como producto de una transacción comercial.<sup>72</sup> Adeline Allen<sup>73</sup> es más taxativa pues considera que la MS es el resultado de un proceso de manufacturación, de un producto hecho a medida desde el deseo de los comitentes, con gametos seleccionados según criterios de calidad y del interés fenotípico. Este “producto” estaría sujeto a procesos de cualidad, control, utilización y descarte. Lo que supone un coste humano y ético de la cosificación de niños. Esta mercantilización de algunos niños deshumaniza todos los demás<sup>74</sup>.

Sobre este punto, John Tobin, defiende que la MS equivale a la venta de niños, dado el significado corriente de los términos “transferencia”, “remuneración”, y “consideración” en el artículo 35 de la CDN, parecería que un acuerdo comercial de subrogación entra en el marco de la definición de venta de un niño<sup>75</sup>. Por tanto, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 35 de CDN y 2 del Protocolo sobre la venta de niños, está prohibida esta práctica. Por lo tanto, defiende la prohibición de esta práctica. Además, afirma que el Convenio de la Haya sobre Adopción de 1993 trata las obligaciones

<sup>67</sup> ERGAS, Yasmine. Babies without borders: human rights, human Dignity, and the regulation of international Commercial surrogacy. *Emory International Law Review*, v. 27, n. 1, p. 117-187, 2013. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol27/iss1/5/>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 178-179.

<sup>68</sup> ERGAS, Yasmine. Babies without borders: human rights, human Dignity, and the regulation of international Commercial surrogacy. *Emory International Law Review*, v. 27, n. 1, p. 117-187, 2013. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol27/iss1/5/>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 184-185.

<sup>69</sup> Clara Watson, cuestiona si la subrogación comercial equivale o no a “alquiler de útero” o “venta de bebés”. WATSON, Clara. Womb rentals and baby-selling: does surrogacy undermine the human dignity and rights of the surrogate mother and child? *New Bioethics*, v. 22, n. 3, p. 212-228, 2016. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28219265/>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 223.

<sup>70</sup> TOBIN, John. To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, p. 317-352, 2014. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/to-prohibit-or-permit-what-is-the-human-rights-response-to-the-practice-of-international-commercial-surrogacy/CB88480829B7D13E21037DD80EA4DF8C>. Acceso en: 31 agosto 2023; SMOLIN, David M. Surrogacy as the sale of children: applying lessons learned from adoption to the regulation of the surrogacy industry’s global marketing of children. *PEPP. L. REV.*, v. 43, n. 2, p. 265-344, 2016. Disponible en: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/2/>. Acceso en: 31 agosto 2023; ALLAN, Sonia. The surrogate in commercial surrogacy: legal and ethical considerations. In: GERBER, Paula; O’BYRNE, Katie (ed.). *Surrogacy, Law and Human Rights*. London: Routledge, 2016. p. 113-120; FREEMAN, Michael. The new birth right? Identity and the child of the reproductive revolution. *International Journal of Children’s Rights*, v. 4, p. 273-286, 1990.

<sup>71</sup> ALLAN, Sonia. The surrogate in commercial surrogacy: legal and ethical considerations. In: GERBER, Paula; O’BYRNE, Katie (ed.). *Surrogacy, Law and Human Rights*. London: Routledge, 2016. p. 113-120.

<sup>72</sup> FREEMAN, Michael. The new birth right? Identity and the child of the reproductive revolution. *International Journal of Children’s Rights*, v. 4, p. 273-286, 1990.

<sup>73</sup> ALLEN, Adeline A. Surrogacy and limitations to freedom of contract: toward being more fully human. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 41, n. 3, p. 753-811, 2018. Disponible en: <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/Allen-FINAL.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 790-792.

<sup>74</sup> ALLEN, Adeline A. Surrogacy and limitations to freedom of contract: toward being more fully human. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 41, n. 3, p. 753-811, 2018. Disponible en: <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/Allen-FINAL.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 794.

<sup>75</sup> TOBIN, John. To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, p. 317-352, 2014. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/to-prohibit-or-permit-what-is-the-human-rights-response-to-the-practice-of-international-commercial-surrogacy/CB88480829B7D13E21037DD80EA4DF8C>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 335.

internacionales de derechos humanos simplemente como “necesidades que deben cumplirse” en lugar de obligaciones legales internacionales vinculantes. Lo que es problemático, porque corre el riesgo de marginar el papel del Derecho Internacional Público en la resolución de los problemas asociados con la subrogación internacional<sup>76</sup>. Por ello, evidencia tanto la “naturaleza falsa del argumento del contrato de servicios”<sup>77</sup>, como la complejidad que representa un acuerdo de subrogación comercial como la mera provisión de servicios gestacionales, ya que todo ello, “demuestra la mercantilización de capacidad reproductiva de las mujeres”<sup>78</sup>.

Asimismo, el artículo 7.º de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el niño no podrá ser privado de sus derechos al nacer. A saber: a ser inscrito al nacer, a tener un “nombre, adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”. En atención a conocer su propia identidad, o conocer su procedencia, es significativo considerar que el niño puede tener hasta cinco progenitores en un acuerdo de subrogación: la proveedora de óvulos, un proveedor de esperma, una madre gestacional y dos futuros padres. Generalmente, no se mantienen los registros de la madre gestante y de los donantes de gametos, y así el niño solo conoce a sus padres de intención. Lo cual plantea una cuestión de si se cumple

con el artículo 7.º de la CDN. Este punto será analizado con la jurisprudencia del TEDH en la sección siguiente.

El artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948<sup>79</sup> registra que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y que no puede ser privada de la misma. El/la bebé es especialmente susceptible de ser despojado de tales derechos en los acuerdos internacionales de MS, donde corre incluso el riesgo de ser un apátrida debido a la posible incompatibilidad de legislaciones entre el país de origen de los comitentes y el de la madre sustituta, o de verse objeto de un litigio por su paternidad nada más nacer<sup>80</sup>.

Hay evidencias de un gran número de casos de MS en su forma comercial transnacional que han concluido en severos quebrantamientos del orden público internacional<sup>81</sup>. A partir de estos casos paradigmáticos la Conferencia Internacional de la Haya de Derecho Internacional Privado<sup>82</sup>, en su Informe de febrero de 2015, determina las siguientes preocupaciones con respecto al niño en su Anexo II: Algunos de los graves problemas de Derechos Humanos, incluido el de los niños, que han surgido (nuevamente) en 2014. A saber: (1) el abandono del niño (2) la idoneidad de los padres comitentes y el riesgo de tráfico de niños y (3) el derecho del niño a conocer sus orígenes<sup>83</sup>. Para ello, en su informe final en 2022 considera que la MS no debe dar lugar a la trata ni venta de menores<sup>84</sup>.

<sup>76</sup> TOBIN, John. To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, p. 317-352, 2014. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/to-prohibit-or-permit-what-is-the-human-rights-response-to-the-practice-of-international-commercial-surrogacy/CB88480829B7D13E21037DD80EA4DF8C>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 320-321.

<sup>77</sup> TOBIN, John. To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, p. 317-352, 2014. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/to-prohibit-or-permit-what-is-the-human-rights-response-to-the-practice-of-international-commercial-surrogacy/CB88480829B7D13E21037DD80EA4DF8C>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 341.

<sup>78</sup> TOBIN, John. To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, p. 317-352, 2014. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/to-prohibit-or-permit-what-is-the-human-rights-response-to-the-practice-of-international-commercial-surrogacy/CB88480829B7D13E21037DD80EA4DF8C>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 340.

<sup>79</sup> NACIONES UNIDAS. *Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París*. 1948.

<sup>80</sup> Cómo será explicado en la sesión siguiente.

<sup>81</sup> QUINTANA, Lorenzo Álvarez de Toledo. El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, v. 6, n. 2, p. 5-49, 2014. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>82</sup> La Conferencia Internacional de la Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) creó en 2015 un grupo de expertos sobre filiación/subrogación, con el objetivo de explorar la viabilidad de un instrumento multilateral vinculante para el reconocimiento internacional de los documentos acreditativos de la filiación de los niños nacidos de los contratos de subrogación. Desde 2015-2022 el grupo ya ha presentado 12 informes sobre los avances del tema que pueden ser vistos en: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. En marzo de 2023 presenta su informe final: “Parentage/Surrogacy Experts’ Group: Final Report “The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage”, PREL. DOC. N° 1. f

<sup>83</sup> HCCH. Prel. Doc. Núm. 3. *The parentage/surrogacy Project: an updating note*. 2015. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>84</sup> HCCH. Prel. Doc. No 2ª. *Report of the Experts’ Group on the Parent-*

Todo ello, lleva a concluir que la cuestión de la venta de niños no ha sido profundamente abordada, “ni resuelta desde el marco del Derecho Internacional”<sup>85</sup>. Por ello, Natalie Baird sugiere que se observe cómo se han orientado los mecanismos encargados de supervisar y monitorear la CDN (1989) y el Protocolo sobre la venta de niños (2000). Sobre ello la autora pone de manifiesto que el Comité de Derechos del Niño todavía no se ha pronunciado de modo concluyente sobre si la MS comercial es equivalente a la venta de niños<sup>86</sup>.

## 7 La protección del ISM en la praxis del Comité de Derechos del Niño

El Comité de Derechos del Niño se ha manifestado en diferentes ocasiones sobre la MS, sin emitir un posicionamiento firme y claro sobre si la MS comercial equivale o no a la venta ilegal de un niño en los términos del artículo 35 de la CDN (1989) y del artículo 2.º del Protocolo relativo a la venta de niños (2000)<sup>87</sup>. Manifestó su preocupación ante: 1. La ausencia de una regulación federal, en el caso de EE. UU (2013), y su equivalencia a venta de niños<sup>88</sup>; 2. Su expansión en In-

dia<sup>89</sup> (2014). Por ello, invocó al Estado a definir, regular y supervisar los acuerdos de subrogación y tipificar como delito la venta de niños “incluido el uso indebido de la subrogación”<sup>90</sup>; 3. La carencia de la legislación en el Estado de Tabasco, México (2015), que “no brinda suficientes garantías para evitar que la MS sea utilizada como medio para vender hijos”<sup>91</sup>; 4. La inexistencia de procedimientos apropiados para evaluar la idoneidad de los “padres internacionales” de los niños nacidos de MS, en Israel (2015)<sup>92</sup>. En definitiva, el Comité considera que la MS es “ámbito complejo que plantea muchas cuestiones diferentes” y que:

a la luz de los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo sobre venta de niños, el Comité recomienda que el Estado parte refuerce su legislación a fin de prohibir los acuerdos de subrogación que pueden conducir a la venta de un niño<sup>93</sup>.

age/Surrogacy Project. abr. 2022.

<sup>85</sup> BAIRD, Natalie. Commercial surrogacy and the sale of children: a call to action for the committee on the rights of the child. In: MASSELOT, Annick; POWELL, Rhonda Louise. (ed.). *Perspectives on Commercial Surrogacy in New Zealand: Ethics, Law, Policy and Rights*. Christchurch: Centre for Commercial & Corporate Law Inc: University of Canterbury, 2019. cap. 6. p. 124.

<sup>86</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/156*: directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 10 sept. 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/legal-standards-and-guidelines/crc156-guidelines-regarding-implementation-optional>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>87</sup> NACIONES UNIDAS. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000. 2000. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>88</sup> NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos del Niño. *CRC/C/OPSC/USA/CO/2*: observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 2 jul. 2013. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsjar1tI2g%2FApuNj6YT4u%2FwXj0WmnbV%2B6zFKuqn6NUCOsUcWWknN>

J9y4JRlerzOy0m%2BRUYeSvXv3rxYT4ftkW1%2B%2BgB20nmc e%2BFbX9jI9Hh28. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 29b y 30b. D

<sup>89</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/IND/CO/3-4*: observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India. 7 jul. 2014. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsv3Jo0fnJEtdYfIGTDt1J0qP5r8iiOxYQqCN7yfukKx4iUkNMY%2BI2tER3ZzM0WtzLqHzDv5hd8%2F%2Fa%2FqqkGhWBIXnZLkGXTFQD4wZHot6syo>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 57d y 58d.

<sup>90</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/IND/CO/3-4*: observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India. 7 jul. 2014. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsv3Jo0fnJEtdYfIGTDt1J0qP5r8iiOxYQqCN7yfukKx4iUkNMY%2BI2tER3ZzM0WtzLqHzDv5hd8%2F%2Fa%2FqqkGhWBIXnZLkGXTFQD4wZHot6syo>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 57d.

<sup>91</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/RUS/CO/4-5*: observaciones finales sobre el informe presentado por la Federación de Rusia en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 25 de febrero de 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/411/52/PDF/G1441152.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 69b y 70b.

<sup>92</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/OPSC/ISR/CO/1*: observaciones finales sobre el informe presentado por Israel en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 13 jul. 2015. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/155/85/PDF/G1515585.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 28.

<sup>93</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/RUS/CO/4-5*: observaciones finales sobre el informe presentado por la Federación de Rusia en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 25 de febrero de 2014. Disponible en: <https://doc>

Lo anterior, evidencia que el Comité no tiene una posición clara si considera que la MS comercial equivale o no, a la venta de niños<sup>94</sup>.

En este contexto es incomprensible la ausencia de una respuesta rotunda del Comité de los Derechos del Niño<sup>95</sup>. Esta respuesta debería plasmarse en un Comentario General sobre la gestación subrogada que ofrecería una serie de garantías legales<sup>96</sup>. Un Comentario General ofrecería una guía autorizada a los Estados<sup>97</sup>, para determinar marcos regulatorios sobre la subrogación a partir del enfoque de los derechos de la infancia y niñez. De igual forma, el Comentario ofrecería apoyo tanto para evaluar el cumplimiento de los Estados con sus obligaciones en el marco de Convención de los Derechos del Niño, como para los procesos judiciales internacionales y nacionales, que siguen en expansión.

Asimismo, el tema viene siendo tratado de forma tangencial en los informes periódicos de los Estados por el CDN, lo que le ha permitido realizar observaciones provisionales sobre la práctica<sup>98</sup>. Lo que se puede observar en sus “Directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos

del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”<sup>99</sup>, es que el Comité considera que no todas las formas de MS constituyen venta de niños. Sin embargo, la forma comercial puede tener este efecto. Por ello invita a los Estados a regular la práctica para impedir la venta de niños bajo la firma de contratos de subrogación<sup>100</sup>.

Sobre ello, Natalia Braid expone dos motivos relevantes para que el CDN actúe de forma inaplazable y diligente. El primero, es debido a que:

los niños nacidos como resultado de la subrogación carecen de una agencia independiente o voz para defender sus propios derechos y mejores intereses, lo que los deja especialmente vulnerables. El Comité debe llenar este vacío y hablar en su nombre.<sup>FONTE</sup>

La segunda razón, alude a la poca creencia de que la Conferencia de la Haya avance en un acuerdo vinculante a corto plazo. Ni siquiera en el ámbito europeo, donde quedó frustrado tal avance, “a pesar de que la mayoría de los Estados favorecieron la prohibición de la maternidad subrogada comercial o la prohibición de toda forma subrogación”<sup>101</sup>.

La Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños ha sido más tajante sobre relación directa entre la MS y la venta de niños<sup>102</sup>. Muestra de ello, ha sido el compromiso de la anterior Relatora (2014-2020) que situó el tema como un aspecto clave del mandato. Como se puede verificar en su “Informe sobre

uments-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/411/52/PDF/G1441152.pdf?OpenElement. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 22.

<sup>94</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/156: directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. 10 sept. 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/legal-standards-and-guidelines/crc156-guidelines-regarding-implementation-optional>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>95</sup> La falta de consenso entre los 18 miembros del Comité podría ser un obstáculo para lograr una Observación General. Véase: BAIRD, Natalie. Commercial surrogacy and the sale of children: a call to action for the committee on the rights of the child. In: MASSELOT, Annick; POWELL, Rhonda Louise (ed.). *Perspectives on Commercial Surrogacy in New Zealand: Ethics, Law, Policy and Rights*. Christchurch: Centre for Commercial & Corporate Law Inc: University of Canterbury, 2019. cap. 6. p. 131-134.

<sup>96</sup> Esto incide directamente en los compromisos asumidos por los 196 Estados parte de la Convención de los Derechos del Niño y los 175 han ratificado el Protocolo adicional sobre la Venta de Niños.

<sup>97</sup> Aunque no sea un instrumento vinculante, brindan una referencia trascendente para la interpretación de las obligaciones derivadas de los tratados. DOEK, Jaap. The CRC: Dynamics and Directions of Monitoring its Implementation. In: INVERNIZZI, Antonella; WILLIAMS, Jane (ed.). *The Human Rights of Children: From Visions to Implementation*. London: Routledge, 2011. p. 99-105.

<sup>98</sup> BAIRD, Natalie. Commercial surrogacy and the sale of children: a call to action for the committee on the rights of the child. In: MASSELOT, Annick; POWELL, Rhonda Louise (ed.). *Perspectives on Commercial Surrogacy in New Zealand: Ethics, Law, Policy and Rights*. Christchurch: Centre for Commercial & Corporate Law Inc: University of Canterbury, 2019. cap. 6. p. 126.

<sup>99</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/156: directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. 10 sept. 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/legal-standards-and-guidelines/crc156-guidelines-regarding-implementation-optional>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>100</sup> COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/156: directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. 10 sept. 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/legal-standards-and-guidelines/crc156-guidelines-regarding-implementation-optional>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 53.

<sup>101</sup> BAIRD, Natalie. Commercial surrogacy and the sale of children: a call to action for the committee on the rights of the child. In: MASSELOT, Annick; POWELL, Rhonda Louise (ed.). *Perspectives on Commercial Surrogacy in New Zealand: Ethics, Law, Policy and Rights*. Christchurch: Centre for Commercial & Corporate Law Inc: University of Canterbury, 2019. cap. 6. p.132.

<sup>102</sup> NACIONES UNIDAS. *A/HRC/34/55: Add.1: Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography*. 22 dic. 2016. Disponible en: <https://daccess-ods.un.org/tmp/6574871.54006958.html>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 521



salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos de acuerdos de gestación subrogada”<sup>103</sup>, la Relatora declaró que la subrogación comercial suele envolver prácticas abusivas, y que entraña un desafío para la protección de los Derechos Humanos al legitimar prácticas que violan la prohibición de la venta de niños<sup>104</sup>. Para que ello no ocurriera, la madre gestante deberá conservar la patria potestad del niño tras el parto, recibir la suma pactada —por cumplimiento del contrato—, sin que ello signifique que tiene que reembolsar el pago de todo el tratamiento realizado y podrá estar obligada jurídicamente a compartir la patria potestad y la responsabilidad paterna/materna con otras partes.<sup>105</sup> Además, establece algunas condiciones, para superar este conflicto legal y confirma que una regulación desde el enfoque de los derechos humanos y de la niñez, con garantías pre y post acuerdo de subrogación podría ofrecer la protección del interés superior del menor.<sup>106</sup>

## 8 La posible analogía entre la MS y la adopción internacional

Es común encontrar la analogía entre la MS y la prostitución<sup>107</sup> o donación de órganos<sup>108</sup> para aquellos que

defienden la prohibición de la MS. Y la relación entre la MS y adopción internacional para aquellos que son favorables a la MS<sup>109</sup>. Esta sección analiza los institutos de la adopción internacional y la MS a luz del “Convenio de la Haya sobre Adopción”<sup>110</sup> y del “Convenio Europeo en materia de Adopción de Menores” (2008)<sup>111</sup>. Estos instrumentos se fundamentan en la protección de la infancia y niñez a partir del respeto al ISM, “el respecto a sus derechos fundamentales, así como la prevención de la sustracción, venta o el tráfico de niños”<sup>112</sup>.

Al confrontar la MS con los requisitos en materia de adopción internacional, se percibe cierta incompatibilidad entre estos dos institutos. La primera es que la adopción objetiva la protección del ISM ya nacido y la MS se establece un acuerdo que dará origen a un nuevo ser. A estos efectos, tanto el Convenio de la Haya sobre Adopción (1993, artículo 5º), como en el Convenio Europeo en materia de Adopción de Menores (2008, artículo 4º), determinan que el consentimiento debe ser libre e informado, no mediado por ninguna contraprestación financiera o de otra naturaleza<sup>113</sup> y realizado tras el parto y nacimiento<sup>114</sup>. Incluso se disuade el contacto previo “entre los futuros padres adoptivos y los padres del niño u otras personas que tengan la guarda de éste hasta que se hayan cumplido.”<sup>115</sup>

<sup>103</sup> NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60*: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>104</sup> NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60*: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 4.

<sup>105</sup> NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60*: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 72.

<sup>106</sup> NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60*: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 73.

<sup>107</sup> EKMAN, Kajsa Ekis. *El ser y la mercancía, prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2015. p. 38 y ss.

<sup>108</sup> ELFERS, Isa. Alienation, commodification, and commercialization: feminist critique of commercial surrogacy agreements through the lens of labor exploitation and U.S. organ donation law. *Hastings Journal of Gender & the Law*, v. 33, n. 2, p. 151-186, 2022. Disponible en: <https://repository.uclawf.edu/hwlj/vol33/iss2/3/>. Acceso en: 31 agosto 2023. p.160-164.

<sup>109</sup> ZYL, Liezl van; WALKER, Ruth. Surrogacy, compensation, and legal parentage: against the adoption model. *Bioethical inquiry*, v. 12, n. 3, p. 383-387, 2015. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11673-015-9646-4>. Acceso en: 31 agosto 2023; VILLAR, José Eugenio Azpiroz. Algunas consideraciones sobre el contrato de vientres de alquiler a la vista de la legislación española sobre adopción. *Cuadernos de Bioética*, v. 30, n. 99, p. 187-198, 2019. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2019/30/99/187.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>110</sup> HCCC. *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*. La Haya, 29 mayo 1993. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/11782.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>111</sup> COUNCIL OF EUROPE. *Treaty N. 202. European Convention on the Adoption of Children*. Strasbourg, 27 nov. 2008. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680084823>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>112</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 397.

<sup>113</sup> Convenio Europeo sobre adopción (2008), art. 17; Convenio de la Haya sobre adopción (1993), art. 32.

<sup>114</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 398.

<sup>115</sup> HCCC. *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*. La Haya, 29 mayo 1993. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/11782.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. art. 29.

Como se puede desprender ambos marcos convencionales estipulan que el consentimiento debe ser informado y no viciado para la entrega del/la menor y debe ocurrir después del nacimiento del/la menor.<sup>116</sup> Esta:

prohibición del beneficio económico pretende salvaguardar la libertad de consentimiento entre partes de contextos socioeconómicos desiguales, de manera que el incentivo económico no opere como una 'inducción indebida', y no derive en venta, tráfico o sustracción de niños, en los términos del artículo 1.º del Convenio de la Haya sobre Adopción Internacional (1993).<sup>117</sup>

Estos preceptos distan de aquellos realizados en el marco de los contratos de MS<sup>118</sup>, que se firman antes del comienzo del embarazo<sup>119</sup>, como forma de proteger a los intereses de los padres intencionales frente a posibles interés de la madre gestante en quedarse con el bebé.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recuerda en su Recomendación sobre la desaparición de bebés recién nacidos por adopción ilegal en Europa (CE/Res.1828, 2008) que “la adopción debe permitirles [a los bebés] encontrar una madre y un padre y así salvaguardar sus derechos y no permitir que los padres extranjeros satisfagan su deseo de un hijo a cualquier precio”<sup>120</sup>. Lo cual no siempre está garantizado en la MS, tal y como advierte la Relatora de la ONU sobre la venta y explotación sexual de niños:

[...] la industria y sus defensores insistan en que la modalidad comercial se acepte en todo el mundo como sistema basado en el mercado, que está pensado principalmente en función de la demanda de niños por parte de adultos y prevé que la patria potestad se determine en lo esencial mediante un contrato.<sup>121</sup>

<sup>116</sup> El Convenio Europeo en Materia de Adopción (2008) incluso establece un plazo no inferior a seis semanas como dispone su artículo 5.2 y 5.5.

<sup>117</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 398.

<sup>118</sup> CADORET, Anne. Peut-on rapprocher la gestation pour autrui de l'adoption? *Recherches Sociologiques et Anthropologiques*, n. 41-42, p. 5-23, 2010. Disponible en: <https://journals.openedition.org/rsa/241?lang=en>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>119</sup> A excepción de Reino Unido que sí atribuye este período de reflexión de seis semanas a la madre gestante. UK (1985) *Ley Surrogacy Arrangements Act*.

<sup>120</sup> COUNCIL OF EUROPE, Res.1828, 2008, párr. 1

<sup>121</sup> NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 26.

También recuerda que “ni todas las normas aplicables a la adopción son extensibles a la gestación por sustitución.”<sup>122</sup> Es por ello que la Relatora entiende que la utilización de determinadas prácticas comerciales, como hacer encargos de bienes antes de su producción, no deben ser inducidas al ámbito de la subrogación, puesto que: “la extrapolación de esas prácticas a la adquisición de seres humanos contraviene claramente el Protocolo Facultativo de la relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”<sup>123</sup>.

En esta dirección, David Smolin, considera que interpretar la subrogación a través del prisma legal de la adopción permite interpretar la MS comercial como una venta ilícita de bebés<sup>124</sup> y, por tanto, “no deberían ser legitimados”<sup>125</sup>. Liezl van Zyl y Ruth Walker explican que la premisa fundamental del contrato de subrogación es el acuerdo entre “padres intencionales” y la madre gestante, que dará origen a un bebé que corresponderá a la familia de los padres intencionales. Por ello, las autoras defienden que “la subrogación se entiende mejor como un embarazo por encargo, en lugar de una forma de adopción. El bebé no sería concebido de otra

<sup>122</sup> NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 28.

<sup>123</sup> NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 53.

<sup>124</sup> Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González ofrecen una explicación contraria fundamentada en la doctrina y jurisprudencia y afirma que “Sin tener pruebas fácticas de tales hechos, éstos no pueden presumirse. Igualmente, la postura del TS lleva a afirmar que cuando la hermana de una mujer gesta al hijo de ésta de manera gratuita y altruista, hay ‘comercio de menores y daño a la dignidad de la mujer’, lo que carece de sentido pues no existe, en tales casos, ningún interés económico por parte de nadie. Totalmente absurdo y desproporcionado”. CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 7, n. 2, p. 45-113. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>125</sup> SMOLIN, David M. Surrogacy as the sale of children: applying lessons learned from adoption to the regulation of the surrogacy industry's global marketing of children. *PEPP. L. REV.*, v. 43, n. 2, p. 265-344, 2016. Disponible en: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 303.

manera, sin importar quién proporcione los gametos o gestante del feto”<sup>126</sup>.

Azpiroz Villar señala que el contrato de subrogación presenta al menos cuatro elementos que inciden directamente sobre los “derechos fundamentales” del/la menor: el primero sería un eventual abandono de los bebés, en caso de partos múltiples, en caso de patologías o que no sea del sexo deseado. El segundo sería la inadecuación de los padres de intención (en el caso de la adopción se exige el certificado de idoneidad, tras superar pruebas especializadas). El tercero se relaciona con el derecho de los niños a conocer sus orígenes biológicos y las dificultades derivadas de la diversidad de actores involucrados en los procesos de subrogación. Sobre todo, cuando los comitentes no aportan material genético. En cuarto lugar, el riesgo del consentimiento viciado por parte de la madre gestante. Por último, el proceso de intermediación llevada a cabo por las agencias especializadas que confieren un carácter mercantil a todo el proceso<sup>127</sup>.

## 9 La práctica del TEDH para garantía del interés superior de la persona menor en casos de MS

El TEDH tiene la competencia de la aplicación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) y de sus protocolos adicionales<sup>128</sup>. El CEDH no cuenta con artículos específicos sobre a la protec-

ción del ISM<sup>129</sup>. Su alusión está vinculada con el internamiento de menores en conflicto con la ley (art. 5 del CEDH) o con su acceso a la sala de audiencias a los procesos que le afectan (art.6 del CEDH). Pese la ausencia de una disposición convencional específica, se entiende que toda persona menor goza de los derechos bajo su jurisdicción<sup>130</sup>. Con relación a los casos de MS el TEDH entiende que la búsqueda de los orígenes del menor y el establecimiento de su filiación se encuentran dentro del margen de apreciación del artículo 8: derecho al respeto a la vida privada y familiar.

En esta dirección se observa un desarrollo progresivo de la jurisprudencia del TEDH que afecta al ISM. En el caso de la MS el/la menor se presenta conjuntamente a su padre/madre, un familiar suyo que lo represente como solicitantes. A partir de estas demandas el TEDH va constituyendo su interpretación sobre los derechos de la infancia y niñez, sobre la prioridad de su bienestar, desarrollo y protección de su interés superior. El TEDH comprueba si el Estado demandado respetó el artículo del CEDH objeto de disputa y si dichas disposiciones se encontraban dentro del margen de apreciación del Estado en su modo de utilizar el interés superior del menor.

Con relación a la MS, el TEDH fue llamado a pronunciarse en trece ocasiones desde el año 2014 hasta el presente<sup>131</sup> (ver cuadro 1). Este estudio se centra en el análisis de los casos admitidos, juzgados y que entran en el fondo de la protección del ISM. Los casos ponen de manifiesto los desafíos oriundos de la transnacionalidad en supuestos típicos<sup>132</sup>, donde se solicita el reconoci-

<sup>126</sup> ZYL, Liezl van; WALKER, Ruth. Surrogacy, compensation, and legal parentage: against the adoption model. *Bioethical inquiry*, v. 12, n. 3, p. 383-387, 2015. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11673-015-9646-4>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>127</sup> VILLAR, José Eugenio Azpiroz. Algunas consideraciones sobre el contrato de vientres de alquiler a la vista de la legislación española sobre adopción. *Cuadernos de Bioética*, v. 30, n. 99, p. 187-198, 2019. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2019/30/99/187.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 59-60; GUERRA-PALMERO, María José. Contra la llamada gestación subrogada. Derechos Humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, n. 31-36, 2017. Disponible en: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0213-91112017000600016&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600016&lng=es&nrm=iso). Acceso en: 31 agosto 2023. p. 535-538.

<sup>128</sup> También llamado Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. El texto actual es producto de la revisión efectuada conforme a lo establecido en los Protocolos de enmienda n° 11 (STE n° 155) y n° 14 (STE n° 194), en el Protocolo adicional y en los Protocolos n° s 4, 6, 7, 12 y 13.

<sup>129</sup> No obstante, esto no es razón para que el TEDH ejerciera su competencia subsidiaria a través de la aplicación de convenios sectoriales: Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (STCE, N.160, 25/01/1996); (STCE N.º 157, 23/01/1998); Convenio sobre las relaciones personales del menor (STCE N.º 192, 15/05/2003); El Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos (STCE N.º 197, 16/05/2005); Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, Convenio de Lanzarote (STCE N.º. 20,1 25/10/2007); el Convenio en materia de adopción de menores (STCE N.º 202, 27/11/2008); Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales.

<sup>130</sup> GABRIEL, Eulalia. W. Petit de. Menores separados: el dilema entre el interés general y el interés individual en la aplicación del derecho migratorio de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos De Deusto*, n. 6, p. 87-116, 2022. Disponible en: <https://ced.revistas.deusto.es/article/view/2585>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 105.

<sup>131</sup> La consulta fue realizada hasta 01/03/2023. Son trece sentencias y una opinión consultiva. De ellas, nueve cuentan con vínculo genético con uno de los padres de intención y cuatro no, véase el cuadro 1. Todos los casos fueron consultados en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>.

<sup>132</sup> ERGAS, Yasmine. Babies without borders: human rights, human

miento de la filiación originada por la práctica de la MS realizada en un Estado-A, en que la misma esté permitida<sup>133</sup>, hacia un Estado-B donde la misma no está regulada, está prohibida, e incluso considerada ilícita<sup>134</sup>. Ante la negativa de reconocimiento por el Estado requerido, los interesados alegan que se produce una infracción de la CEDH (1950), por parte de los derechos fundamentales de los padres (derecho a la protección familiar) y de los niños (identidad, filiación). De ahí que el TEDH venga a analizar cada caso particular con el objetivo de aplicar la doctrina del justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego<sup>135</sup>.

**Cuadro 1** - Jurisprudencia de TEDH – MS

Sentencias del TEDH	Vínculo biológico
A.M. c. Noruega (30254/18), (Final: 24/06/2022)	No
Paradiso y Campanelli c. Italia (25358/12), 24/01/2017	No
Paradiso y Campanelli c. Italia (25358/12), 27/01/2015	No
Valdis Fjølfnisdóttir y otros c. Islandia (71552/17), 08/03/2022 (Menor parte del proceso)	No
D. y otros c. Bélgica (29176/13), 08.07.2014	Sí
K.K. y otros c. Dinamarca (25212/21), 06/12/2022 (Menor parte del proceso)	Sí
D.B. y otros c. Suiza (58817/15 58252/15), 22/11/2022	Sí
Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia, 26/06/2014	Sí
Foulon y Bouvet c. Francia, 21/07/2016	Sí
Laborie c. Francia, 19/01/2017	Sí
D c. Francia (11288/2018), 16/07/2020 (Menor parte del proceso)	Sí
S.-H. c. Polonia (56846/15 y 56849/15) – 16/11/2021	Sí

**Fuente:** elaboración propia

Dignity, and the regulation of international Commercial surrogacy. *Emory International Law Review*, v. 27, n. 1, p. 117-187, 2013. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol27/iss1/5/>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 169-171.

<sup>133</sup> De los 46 países miembros del Consejo de Europa solamente Georgia y Ucrania contiene una admisión amplia, es decir, permitida en su forma comercial y a extranjeros heterosexuales. Otros diez países lo permiten en su forma altruista. SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 95-110.

<sup>134</sup> Lo que conforma una “Normatividad de geometría variable” debido a distintas aproximaciones normativas y las diferentes posibles combinaciones entre los modelos. SAN JOSÉ, Daniel García. La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 113, p. 103-130, 2018. p. 113.

<sup>135</sup> SAN JOSÉ, Daniel García. La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 113, p. 103-130, 2018.

Los casos relacionados con los acuerdos privados de MS, aunque no previstos originalmente en el CEDH<sup>136</sup>, plantean violaciones del artículo 8 del Convenio<sup>137</sup>, que consagra tanto el derecho al respecto a la vida privada y familiar, como la protección de la identidad y la personalidad del ser humano<sup>138</sup>. En esta dirección, para valorar si una injerencia es necesaria y está justificada, el TEDH examina tres aspectos: a) si la injerencia está prevista en la ley; b) si la injerencia persigue una finalidad legítima; y, c) si la injerencia es necesaria y proporcional respecto a la finalidad perseguida<sup>139</sup>. A partir de ahí, determina si la injerencia de las autoridades (del Estado) en la vida privada y familiar de los padres de los solicitantes era necesaria en una sociedad democrática, y si se logró un equilibrio justo entre los diferentes intereses involucrados.

Hay que tener presente que el TEDH “no es un legislador internacional y no puede suplir la inexistente regulación internacional sobre gestación sustitutoria, ni

<sup>136</sup> Se recuerda que la CEDH fue celebrada en año de 1950, período en que las TRHA todavía no estaban desarrolladas como hoy. Todo ello no impide una interpretación teleológica que asegure la protección real y efectiva aun teniendo en cuenta que el mismo tiene como parte a 47 Estados europeos con regulación, principios y preceptos diferentes entre sí. SAN JOSÉ, Daniel García. La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 113, p. 103-130, 2018. p. 108.

<sup>137</sup> El artículo 8 de la CEDH dispone que: “1. Toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

<sup>138</sup> Ursula Kilkelly explica que: “la determinación de una denuncia por parte de un particular en virtud del artículo 8 de la Convención implica necesariamente una prueba en dos etapas” (p. 8). La primera es valorar si el tema en cuestión concierne a uno o más de los intereses personales protegidos (vida privada, vida familiar, hogar y correspondencia). La segunda es considerar si ha habido una injerencia con este derecho y, en caso afirmativo, si la injerencia es conforme a la ley, si persigue un fin legítimo y si es necesario en una sociedad democrática. KILKELLY, Ursula. The right to respect for private and family life; a guide to the implementation of article 8 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Handbooks*, n. 1, 2001. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/49f17e212.html>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 8.

<sup>139</sup> ECHR. *Mennesson V. France (Application n. 65192/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014.

tampoco cuestionar las diferentes aproximaciones normativas de los Estados<sup>140</sup>. Por ello las sentencias deben ser observadas como un mecanismo de resolución de casos y situaciones concretas, y no como un pronunciamiento favorable o contrario a la MS, sin embargo, su jurisprudencia permite precisar los límites que el orden público europeo establece respecto a la acción estatal<sup>141</sup>. Se observa que la posición jurisprudencial del TEDH varía según exista o no vínculo genético entre los padres de intención con el/la menor o en ausencia de este.

## 10 La respuesta del TEDH en consideración al vínculo genético y la protección del interés superior del menor

Con fecha del 26 de junio de 2014, el TEDH se pronunció en dos casos materialmente similares en dos sentencias distintas formalmente. Los casos *Mennesson vs. Francia* (65192/11); y *Labassee vs. Francia* (65941/11). El primer caso, el acuerdo de subrogación fue realizado en California<sup>142</sup> y el segundo en Minnesota<sup>143</sup>, EE. UU. En ambos casos se utilizó el gameto masculino del comitente y una donación de óvulos para desarrollar la MS. El segundo pronunciamiento del TEDH fue el 21 de julio de 2014 respondiendo a los asuntos *Bouvet vs Francia* (10410/14) y *Foulon vs Francia* (9063/14)<sup>144</sup>. En estos dos casos concurren situaciones fácticas similares a los anteriores, en relación con la celebración del contrato de MS en el extranjero, con el uso del gameto masculino del comitente y donación de óvulo y gestación por

una madre india<sup>145</sup>. El tercer, asunto *Laboire C. Francia* (44024/13)<sup>146</sup>, del 19 de enero de 2017, el TEDH vuelve a dictaminar sobre la relevancia del vínculo biológico entre uno/a de los padres de intención y el/la menor, para determinar si fue violado su derecho a la vida privada y familiar y, con ello, el ISM.

Los casos anteriores inducen a que las familias recurran al TEDH, invocando violación del artículo 8 del CEDH. De este modo, el TEDH concluyó en sus sentencias del 26 de junio de 2014 que el rechazo o denegación por parte del Estado francés privaba de alguna manera a los menores de su filiación paterna o materna<sup>147</sup>, y le podría impedir vivir con los cónyuges solicitantes en territorio francés, entendiéndose que ello vulneraría el derecho a la vida privada y familiar que reconoce el artículo 8.º del CEDH y el ISM que consagra el artículo 3.º del Convenio sobre los Derechos del Niño<sup>148</sup>. La negativa de reconocimiento de filiación del menor nacido del proceso de MS, como hija de los demandantes, afecta al desarrollo de su la vida privada y pública, pues no integra su identidad dentro de la sociedad francesa.<sup>149</sup> Para el TEDH este rechazo impide que se reconozca su nacionalidad, que afecta a la propia identidad de la demandante<sup>150</sup> y acarrea problemas graves de compatibilidad con el interés superior de la persona menor<sup>151</sup>.

En esta misma línea, el TEDH entendía que el Estado francés había obstaculizado el establecimiento de su filiación, lo que escapaba a su margen discrecional, sobrepasando los límites normativos. Conjuntamente, el TEDH consideró como grave esta vulneración, al no

<sup>140</sup> SAN JOSÉ, Daniel García. La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 113, p. 103-130, 2018. p.105.

<sup>141</sup> ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Requested by the French Court of Cassation". (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 42.

<sup>142</sup> ECHR. *Mennesson V. France (Application n. 65192/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 6-12.

<sup>143</sup> ECHR. *Labassee C. France (Requête N. 65941/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 6-10.

<sup>144</sup> ECHR. *Foulon et Bouvet C. France (Requêtes N. 9063/14 et 10410/14)*. Strasbourg, 21 jul. 2016. párr.5.

<sup>145</sup> ECHR. *Foulon et Bouvet C. France (Requêtes N. 9063/14 et 10410/14)*. Strasbourg, 21 jul. 2016. párr. 20-21.

<sup>146</sup> ECHR. *Laborie c. Francia, (Requête N. 44024/13)*. Strasbourg, 19 enero 2017.

<sup>147</sup> Además, el TEDH considera que la falta de reconocimiento de filiación es contradictoria a la legislación francesa (art. 18 del Código Civil francés), que considera que será francés el hijo cuando uno de los padres lo sea.

<sup>148</sup> ECHR. *Labassee C. France (Requête N. 65941/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 103-108.

<sup>149</sup> ECHR. *Labassee C. France (Requête N. 65941/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 71.

<sup>150</sup> Aunque el artículo 8 del CEDH no recoge de forma específica el derecho a la nacionalidad se considera la misma parte inherente de la identidad. ECHR. *Mennesson V. France (Application n. 65192/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 96-98; ECHR. *Labassee C. France (Requête N. 65941/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 76.

<sup>151</sup> ECHR. *Mennesson V. France (Application n. 65192/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 99; ECHR. *Labassee C. France (Requête N. 65941/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 78.

atender el vínculo genético entre los comitentes y las hijas, un hecho que coloca a Francia fuera del margen de apreciación que se reconoce a los Estados en la materia, ya que produce una grave vulneración del derecho a la vida privada de los menores<sup>152</sup>. El TEDH considera que ISM y sus derechos, como la filiación y nacionalidad, primaban sobre el de los padres de intención.<sup>153</sup>

Asimismo, el TEDH en su O.C (P16-2018-001/2019) recuerda que el ISM no implica simplemente el respeto del derecho del menor a la vida privada, sino también la garantía de protección contra prácticas ilícitas como la venta de niños o la trata de personas<sup>154</sup>. Señala que una prohibición general y absoluta contra el reconocimiento de una relación entre un niño nacido en el extranjero a través de un régimen de MS y la madre intencional es incompatible con el ISM, que requiere como mínimo que cada situación sea examinada a la luz de las circunstancias particulares del caso<sup>155</sup>.

## 11 Respuesta a la violación del ISM frente a la ausencia de vínculo genético entre los comitentes

El tribunal ha tenido la oportunidad de manifestarse en cuatro ocasiones (cuadro 1). Las primeras se refieren al caso Paradiso y Campanelli vs. Italia y (25358/12, en 2015 y 2017). En este caso, una pareja italiana recurre a un acuerdo de MS (prohibido en Italia) en Rusia (admisión amplia), con la empresa que supuestamente utilizaría los gametos masculinos de la pareja (sr. Campanelli), conforme certificación de la clínica rusa<sup>156</sup>. Tras el nacimiento del niño la madre gestante consintió formalmente para que el niño fuera registrado como hijo de los solicitantes. La Oficina del Registro de Moscú

registró a los solicitantes como padres del bebé recién nacido<sup>157</sup>. Con ello, la solicitante requiere al Consulado italiano en Moscú la documentación necesaria para obtener los documentos que le permitirían regresar a Italia con el niño<sup>158</sup>.

A su vuelta a Italia, con el certificado expedido por las autoridades rusas y la renuncia de la madre gestante al menor, las autoridades italianas denegaron la inscripción en el Registro Civil, incoando paralelamente acciones penales contra el matrimonio por diversos motivos, entre los que se destacan, la falsedad documental y la alteración de la filiación. Los tribunales solicitan una prueba de ADN, que confirma la ausencia de vínculo genético entre los solicitantes y el niño. Tras esta constatación, las autoridades italianas colocan al menor bajo la guarda de los servicios sociales italianos, impidiendo el contacto entre el menor y la pareja solicitante y abre un procedimiento de adopción al niño. Pese a las tentativas legales de los solicitantes, el niño fue adoptado por otra familia y recibió nueva identidad<sup>159</sup>.

Los hechos anteriores motivaron al matrimonio formado por el sr. Campanelli y la Sra. Paradiso (solicitantes) a presentar una demanda ante el TEDH, en 2012 contra la República Italiana por considerar que las autoridades del país habían vulnerado el derecho a la vida privada y familiar del niño (Artículo 8 del CEDH). En 2015 la demanda fue admitida, y la “Sala de la Segunda Sección” del Tribunal dictaminó en favor de la pareja condenando a Italia por la violación del artículo 8. Posteriormente, el Gobierno italiano pidió la remisión del caso a la Gran Sala<sup>160</sup>.

Al valorar si hubo violación del artículo 8 del CEDH, el TEDH consideró que existía una familia *de facto* entre los aspirantes progenitores y el menor por la vinculación afectiva justificada en un informe psicológico<sup>161</sup>. De igual modo, reconoció que no se había dado una vulneración del art. 8, por entender que el procedimien-

<sup>152</sup> ECHR. *Mennesson V. France (Application n. 65192/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 100; ECHR. *Labassee C. France (Requête N. 65941/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 79.

<sup>153</sup> ECHR. *Mennesson V. France (Application n. 65192/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 80; ECHR. *Laborie c. Francia, (Requête N. 44024/13)*. Strasbourg, 19 enero 2017. párr. 29.

<sup>154</sup> ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 202.

<sup>155</sup> ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Requested by the French Court of Cassation”. (*Request N. P16-2018-001*). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 15 y 42.

<sup>156</sup> ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 12.

<sup>157</sup> El certificado de nacimiento ruso, que indicaba que los solicitantes eran los padres del niño, se certificó de conformidad con las disposiciones del Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961, que suprime el requisito de legalización de documentos públicos extranjeros.

<sup>158</sup> ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 8-20.

<sup>159</sup> ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 34-38.

<sup>160</sup> Conforme el artículo 43 del CEDH.

<sup>161</sup> ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 134-136 y 207.

to se adecuaba a la ley italiana<sup>162</sup>. Aun así, sí reconoció la violación de los intereses superiores del niño, sin llegar a materializar una obligación al Estado italiano de restituir el menor a los aspirantes progenitores, amparando la decisión en los vínculos desarrollados con la nueva familia adoptiva.

Se trata de una decisión controvertida, con 11 votos contrarios a la declaración de la violación del artículo 8 frente a 6 votos a favor<sup>163</sup>. Esta decisión se fundamentó en los siguientes argumentos: a) la conducta ilegal de los solicitantes causó una inseguridad jurídica<sup>164</sup> y fue la razón de la separación del menor. Por ello, las autoridades italianas actuaron rápidamente para la protección del interés superior del menor (párrafos 156-157 y 136); b) debido a la ausencia de vínculo biológico<sup>165</sup> y

la corta relación de convivencia entre los demandantes y el menor el TEDH no consideró que se cumplieran los requisitos para considerar que existía una familia en el sentido del artículo 8 del CEDH (párrafos 157-158 y 164); c) la injerencia en la vida privada de los solicitantes fue considerada proporcional y necesaria para mantener el orden jurídico (párrafos 168-174) y obtener finalidades legítimas (párrafos 175-178) y necesarias en una sociedad democrática para alcanzar dichas finalidades (párrafos 181-182); d) considera que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para establecer su marco normativo a respecto de la MS y, por lo tanto, no es tarea del TEDH sustituir los criterios de las autoridades nacionales (párrafos 193-194); e) con base en lo anterior, se justifica la finalidad última de proteger el ISM (párrafos 197 y 206-207).

En el asunto Paradiso y Campanelli contra Italia (2017) difiere de los anteriores por factores sustantivos y procesales. En cuanto, a la situación fáctica<sup>166</sup>, los casos anteriores presentaban la presencia de vínculo genético con al menos uno de los progenitores, en este caso no existe esta relación. Con respecto al procedimiento, el menor no participa como demandante junto a los “padres intencionales”, lo que condiciona al TEDH a considerar que los demandantes estuviesen legitimados para representar al niño ante los tribunales. A ello, se puede añadir que en un primer momento el TEDH consideró que Italia había violado el artículo 8, el derecho a la vida privada y familiar<sup>167</sup>.

En dos casos posteriores, el TEDH reconoció que para la protección del ISM es necesaria la protección de identidad y reconocimiento de una relación jurídica

<sup>162</sup> El voto disidente conjunto de los Jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev, consideran que si hubo violación del artículo 8. Su fundamentación parte de la jurisprudencia del Tribunal y basa en “la existencia o no de la ‘vida familiar’ es esencialmente una cuestión de hecho que depende de la existencia real en la práctica de estrechos vínculos personales. Por lo tanto, la noción de ‘familia’ en el artículo 8 no se limita únicamente, por ejemplo, a las relaciones matrimoniales, y puede abarcar otros ‘lazos familiares’ de facto [...] los demandantes habían forjado vínculos estrechos con el niño en las primeras etapas de su vida, cuya fuerza fue reconocida por un equipo de trabajadores sociales (párr. 151). En definitiva, existía un auténtico proyecto parental, basado en lazos emocionales de alta calidad (párr. 157)”. ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 3-4.

<sup>163</sup> ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 165-167.

<sup>164</sup> La ilegalidad de la conducta de los solicitantes es un factor utilizado en reiteradas ocasiones por el TEDH para justificar las acciones y decisiones de las autoridades italianas en el presente caso. Véase: ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párrs. 133, 147, 157, 209-210.

<sup>165</sup> La ausencia de consenso sobre el tema expreso en “*el voto conjunto concurrente de los jueces de Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov*”, al justificar que “La aplicación del artículo 8 requiere una definición cuidadosa del ámbito de aplicación de esa disposición. Según la sentencia, la existencia o inexistencia de la vida familiar es esencialmente una cuestión de hecho, dependiendo de la existencia de vínculos personales estrechos y constantes (véase, en particular, el apartado 140). En nuestra opinión, la fórmula propuesta es a la vez demasiado vaga y demasiado amplia. El enfoque parece basarse en el supuesto implícito de que los vínculos interpersonales existentes deben gozar al menos de protección prima facie contra la interferencia del Estado. Observamos a este respecto que pueden existir vínculos personales estrechos y constantes fuera del ámbito de cualquier vida familiar. El razonamiento no explica la naturaleza de esos lazos interpersonales específicos que forman la vida familiar. Al mismo tiempo, parece conceder gran importancia a los vínculos emocionales (véanse los párrafos 149, 150, 151 y 157). Sin embargo, los lazos emocionales por sí mismos no pueden crear vida familiar”. ECHR. *Paradiso and Campanelli V. Italy Judgment: Separate Opinions: Joint dissenting opinion of Judges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens And Grozev*. 2017. párr. 2.

<sup>166</sup> **De acuerdo con el TEDH la existencia o no de vida familiar es esencialmente una cuestión fáctica que dependerá de la existencia real en la práctica de estrechos lazos personales.** SAN JOSÉ, Daniel García. La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 113, p. 103-130, 2018. p. 113.

<sup>167</sup> ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017.

directa<sup>168</sup>, como por ejemplo a través de la adopción<sup>169</sup> o acogida permanente<sup>170</sup>. De ahí responde que no necesariamente se deba establecer la relación paterno-materno-filiar a través de la incorporación al registro nacional los datos del certificado de nacimiento expedido en el extranjero.<sup>171</sup> Igualmente responde en clave de género cuando se trata de una pareja del mismo sexo<sup>172</sup>. Advierte que cuando internamente la legislación de un Estado no permita el reconocimiento del vínculo de filiación – debido a la ausencia de vínculo biológico–, se debe buscar una forma de alcanzar un equilibrio entre el ISM de los menores nacidos de MS y los intereses de la sociedad para limitar los efectos negativos de la MS comercial<sup>173</sup>. De modo que este no se prolongue en tiempo y viole al ISM<sup>174</sup> al ponerle en una situación de inseguridad jurídica<sup>175</sup>. Hecho que llevó un menor nacido del MS a ser considerado menor no acompañado debido a la ausencia de vínculo biológico entre las comitentes y el menor<sup>176</sup>.

## 12 TEDH valoraciones fácticas y discreción en cuanto al asunto de la MS

Los casos juzgados por el TEDH y expuestos permiten realizar al menos dos conclusiones: La primera es constatar que, frente a la diversidad de modelos adoptados por los Estados bajo su jurisdicción<sup>177</sup>, considera que no es función del Tribunal sustituir los criterios individuales de los Estados con relación a la MS. Por todo ello, hay que recordar que el TEDH se rige por el principio de subsidiariedad, por lo tanto, no es su función sustituir la autoridad nacional<sup>178</sup>. A estos efectos, también recuerda que, debido a la ausencia de marco común entre los Estados miembros del Consejo de Europa, se opta por un amplio margen de discrecionalidad de los Estados que varía según las circunstancias, el objeto y el contexto<sup>179</sup>. Ahora bien, el Tribunal también considera que este margen puede y debe ser limitado “cuando entra en juego una faceta particularmente importante de la identidad de una persona, como cuando se trataba de la relación jurídica paterno-filial”<sup>180</sup>.

La segunda valoración es la de que el Tribunal fue instado cuando los intereses particulares colisionan con el orden jurídico interno en lo referente a la regularización de la filiación derivada de un contrato particular de MS. Frente a este supuesto, los Estados fueron llamados a salvaguardar la protección de vida familiar, la identidad y el ISM. A estos efectos, el Tribunal apreció tanto la existencia o no del vínculo biológico entre comitentes y menor, como el tiempo de permanencia del vínculo familiar<sup>181</sup>, lo que reduce el margen de discrecionalidad

<sup>168</sup> El voto particular del Juez P. Lemmens, en el caso *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia* (2021), contribuye a desmitificar la importancia del vínculo genético para apreciar el ISM. Indica que el impacto negativo de la falta de reconocimiento de la filiación para todos los menores nacidos por MS en el extranjero, con independencia de la existencia del vínculo biológico con los comitentes. Véase: ECHR. *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland* (Application n. 71552/17). Strasbourg, 18 May 2021 (Final 18 Aug. 2021).

<sup>169</sup> ECHR. *K.K. and others v. Denmark* (Application n. 25212/21). Strasbourg, 06 dic. 2022; ECHR. *A.L. c. France* (Requête N.13344/20). Strasbourg, 7 abr. 2022.

<sup>170</sup> ECHR. *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland* (Application n. 71552/17). Strasbourg, 18 mayo 2021 (Final 18 agosto. 2021).

<sup>171</sup> ECHR. *C contre la France et E contre la France* (Requêtes n. 1462/18 et 17348/18). Strasbourg, 19 nov. 2019.

<sup>172</sup> ECHR. *D.B. et Autres c. Suisse* (Requête N.58817/15 58252/15). Strasbourg, 22 nov. 2022. También afirmó que el margen de apreciación otorgado a los Estados era limitado cuando el principio de establecer o reconocer la filiación estaba en juego, y que el ISM no podía depender únicamente de la orientación sexual de los padres.

<sup>173</sup> ECHR. *K.K. and others v. Denmark* (Application n. 25212/21). Strasbourg, 06 dic. 2022.

<sup>174</sup> ECHR. *A.L. c. France* (Requête N.13344/20). Strasbourg, 7 abr. 2022.

<sup>175</sup> ECHR. *D.B. et Autres c. Suisse* (Requête N.58817/15 58252/15). Strasbourg, 22 nov. 2022.

<sup>176</sup> ECHR. *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland* (Application n. 71552/17). Strasbourg, 18 mayo 2021 (Final 18 agosto 2021), párr.8 y 29-30.

<sup>177</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 111.

<sup>178</sup> ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Requested by the French Court of Cassation”. (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 42.

<sup>179</sup> ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Requested by the French Court of Cassation”. (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 43.

<sup>180</sup> ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Requested by the French Court of Cassation”. (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 44.

<sup>181</sup> ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a*



de acción de los Estados, ya que están llamados a proteger el ISM<sup>182</sup>. Así, el Estado deberá actuar eligiendo el procedimiento eficaz y más breve posible, dentro de su marco legal disponible para garantizar la inscripción de la filiación paterno-filial, la protección de su vida privada y familiar, su identidad, nacionalidad y cuestiones sucesorias<sup>183</sup>.

Lo expuesto, permite evaluar cómo el TEDH mantiene su carácter evolutivo con respuestas equilibradas con las circunstancias presentadas. Reafirma el margen de apreciación de los Estados y la importancia de actuar con la debida diligencia para la protección de los derechos fundamentales de todas partes, en especial del menor. Sin embargo, no entra a fondo en el tema de MS<sup>184</sup>, ya que no lo considera de su competencia. Los casos juzgados por el TEDH evidencian las consecuencias del mercado transfronterizo de la MS, la ausencia de una regulación común sobre la materia y, como todo ello, pone en riesgo el ISM.

### 13 Consideraciones finales

Todo lo expuesto es un reflejo de las consecuencias de la dimensión transnacional de la MS lo cual demanda una respuesta internacional para afrontar de forma

---

*legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation". (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 35-36; ECHR. K.K. and others v. Denmark (Application n. 25212/21). Strasbourg, 06 dic. 2022; ECHR. Valdís Fjölvisdóttir and Others V. Iceland (Application n. 71552/17). Strasbourg, 18 mayo 2021 (Final 18 agosto. 2021).*

<sup>182</sup> El Tribunal considera que “Lo que el interés superior del niño —que debe ser evaluado principalmente *in concreto* y no *in abstracto*— requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica. En principio, no corresponde al Tribunal, sino sobre todo a las autoridades nacionales evaluar [...]”. ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation". (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 52.*

<sup>183</sup> ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation". (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 40 y 42.*

<sup>184</sup> Véase: AYAGO, Antonia Durán. Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n. 2, p. 575-582, 2019.

coordinada y razonada el tema<sup>185</sup>. Como se ha explicado en las secciones I y II es necesario revisar la práctica de la MS, a la luz de los instrumentos internacionales que velan por la protección del ISM, que prohíben que sea objeto de cualquier transacción o venta, para no incurrir en la trata de personas o esclavitud<sup>186</sup>. No se considera que el ISM sea violado cuando este niño es deseado y será el foco del cuidado y de la atención, como advierte el TEDH en las sentencias analizadas. Siempre y cuando también se respete los derechos de la mujer gestante de modo que no sea mercantilizada y se garantice su autonomía para decidir en todas las etapas del proceso.

En esta dirección la sección II expuso la existencia de un amplio conjunto normativo que debe ser utilizado de forma conjunta para la protección de la dignidad, integridad y libertad de la persona menor. Lo que significa que el respecto a los derechos de la infancia y niñez deben permear cualquier tratamiento de la cuestión.

Se puede concluir que, en ausencia de una regulación adecuada, la práctica de MS puede violar algunos derechos de los menores, de los cuales destacamos dos. En primer lugar, el análisis de la vulneración del ISM de acuerdo al artículo 35 de la Convención de los Derechos del Niño (1989) y el Protocolo Facultativo relativa a la prohibición taxativa de la venta de niños (2000). Ello da pie a graves violaciones de los derechos de la persona menor y a la vulneración de su interés superior, ya que la práctica ha derivado, en recurrentes circunstancias, en el abandono y tráfico de niños como fue señalado por el Grupo de expertos sobre filiación y MS de la Conferencia de la Haya (2015). En segundo lugar, las convenciones internacionales relativas a la adopción (el Convenio Europeo de 2008 y el Convenio de la Haya de 1993) son incompatibles con la práctica de la MS. Ello se sucede principalmente por dos razones: 1. La irrevocabilidad del consentimiento inicial, ya que la gran mayoría de los modelos de contratos celebrados aleja la posibilidad de

---

<sup>185</sup> En el contexto brasileño tampoco existe un marco normativo propio, lo que podría incurrir en la vulneración del interés superior del menor y también en supuestos casos de trata con fines de adopción irregular. Para un análisis sobre la legislación brasileña en materia de subrogación véase: SQUEFF, Tatiana de A. F. R. C.; MARTINS, Fernanda R. Maternidade por substituição: perspectivas da Conferência Da Haia e suas potenciais influências no regramento brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 538-557, 2020. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6976/pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

<sup>186</sup> SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 188-196.

la mujer gestante de decidir sobre su propio cuerpo en todas las etapas del proceso. 2. La adopción se realiza sobre una base altruista, únicamente.

Con ello se reafirma la necesaria y urgente regulación internacional sobre la materia. Esta tiene dos posibles itinerarios:

Uno de ellos es la vía que conduce a la prohibición de la práctica a nivel internacional, fundamentado en dos premisas: una de que el cuerpo humano (y la capacidad reproductiva de la mujer) no puede ser objeto de comercio; la segunda, que el/la menor nacido de la MS no sea el objeto de esta mercantilización. Puesto que todo ello, deshumaniza a todos los niños y cosifica la madre gestante. En esta línea se debe establecer obligaciones internacionales que conduzcan a la persecución de la práctica de la MS, su mercantilización y medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de MS. Esta corriente defiende que la prohibición internacional evita la comercialización de la maternidad y la instrumentalización del bebé.

La segunda vía posible, de la regulación, podría conducir a un marco internacional que autorice la MS altruista, estableciendo medios preventivos de prácticas que exploten al ser humano y prohibiendo la intermediación realizada por agencias transnacionales, que pueden encubrir el riesgo y amenaza de prácticas abusivas. En esta línea, y como recomendación, sería necesaria la prohibición de intermediarios por imperativo legal, porque evitaría la degeneración de esta dinámica en un negocio, lo cual lo desprovería de su carácter altruista. Dada la realidad internacional y los riesgos de quebrantamiento del ISM, este trabajo defiende esta segunda vía.

## Bibliografía

AEBI. *Conclusiones de la Jornada Anual AEBI: maternidad subrogada: revisión ético-legal*. Madrid, 7 oct. 2016. Disponible en: [http://aebioetica.org/archivos/Conclusiones\\_Jornada\\_AEBI\\_2016.pdf](http://aebioetica.org/archivos/Conclusiones_Jornada_AEBI_2016.pdf). Acceso en: 31 agosto 2023.

ALBERT, Marta. La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, p. 177-197, 2017.

ALLAN, Sonia. The surrogate in commercial surrogacy: legal and ethical considerations. In: GERBER, Paula; O'BYRNE, Katie (ed.). *Surrogacy, Law and Human Rights*. London: Routledge, 2016. p. 113-120.

ALLEN, Adeline A. Surrogacy and limitations to freedom of contract: toward being more fully human. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 41, n. 3, p. 753-811, 2018. Disponible en: <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/Allen-FINAL.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOÉTICA. *In-forme: Maternidad Subrogada*. 2016.

AYAGO, Antonia Durán. Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n. 2, p. 575-582, 2019.

BAIRD, Natalie. Commercial surrogacy and the sale of children: a call to action for the committee on the rights of the child. In: MASSELOT, Annick; POWELL, Rhonda Louise (ed.). *Perspectives on Commercial Surrogacy in New Zealand: Ethics, Law, Policy and Rights*. Christchurch: Centre for Commercial & Corporate Law Inc: University of Canterbury, 2019. cap. 6.

BARREDA, Nicolás Jouve de la. Perspectivas bio-médicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 93, p. 153-162, 2017.

BELLVER, Vicente Bellver. ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones: el caso de la maternidad subrogada internacional. *SCIO-Revista de Filosofía*, v. 1, n. 11, 2015. Disponible en: <https://revistas.ucv.es/scio/index.php/scio/article/view/612>. Acceso en: 31 agosto 2023.

BREEN, Claire. *The standard of the best interests of the child*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2002.

CABALLO, Gonzalo Aguilar. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, n. 1, p. 223-247, 2008. Disponible en: <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derecho-ninos-ninas/QL-yiwAzxp7.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

CADORET, Anne. Peut-on rapprocher la gestation pour autrui de l'adoption? *Recherches Sociologiques et Anthropologiques*, n. 41-42, p. 5-23, 2010. Disponible en: <https://journals.openedition.org/rsa/241?lang=en>. Acceso en: 31 agosto 2023.

CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 7, n. 2, p. 45-113. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558>. Acceso en: 31 agosto 2023.

CASCIANO, Antonio. La subrogación en la maternidad: fenomenología de una interacción humana despersonalizadora. *Cuadernos de Bioética*, v. 29, n. 95, p. 39, 2018.

COMITÉ BIOÉTICO ESPAÑOL. *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. 2017.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. CRC/C/156: directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 10 sept. 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/legal-standards-and-guidelines/crc156-guidelines-regarding-implementation-optional>. Acceso en: 31 agosto 2023.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. CRC/C/IND/CO/3-4: observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India. 7 jul. 2014. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsv3Jo0fnJEtYfIGTDt1J0qP5rl8iiOxYQqCN7yfukKx4iUkNMY%2BI2tER3ZzM0WtzLqHzDv5hd8%2F%2Fa%2FqqkGhWBIXnZLkGXTFQD4wZHot6syo>. Acceso en: 31 agosto 2023.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. CRC/C/MEX/CO/4-5: observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México. 3 jul. 2015. Disponible en: [https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc\\_pub/CRC\\_C\\_MEX\\_CO\\_4-5.pdf](https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/CRC_C_MEX_CO_4-5.pdf).

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. CRC/C/OPSC/ISR/CO/1: observaciones finales sobre el informe presentado por Israel en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 13 jul. 2015. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/155/85/PDF/G1515585.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023.

G15/155/85/PDF/G1515585.pdf?OpenElement. Acceso en: 31 agosto 2023.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. CRC/C/RUS/CO/4-5: observaciones finales sobre el informe presentado por la Federación de Rusia en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 25 de febrero de 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/411/52/PDF/G1441152.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023.

CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*: Modificado por los Protocolos nos. 11, 14 y 15 - completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16), art. 8 y 3. Roma, 4 nov. 1950.

CONSEJO DE EUROPA. *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*: modificado por los protocolos nos. 11, 14 y 15 completado por el protocolo adicional y los protocolos nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16. Roma, 4 nov. 1950. Disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva 17 (OC-17/2002)*: solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 28 agosto 2002.

COUNCIL OF EUROPE. *Treaty N. 202. European Convention on the Adoption of Children*. Strasbourg, 27 nov. 2008. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680084823>. Acceso en: 31 agosto 2023.

DÉCLARATION de Genève sur les Droits des Enfants. Société des Nations, 26 sept. 1924. Disponible en: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>. Acceso en: 31 agosto 2023.

DOEK, Jaap. The CRC: Dynamics and Directions of Monitoring its Implementation. In: INVERNIZZI, Antonella; WILLIAMS, Jane (ed.). *The Human Rights of Children: From Visions to Implementation*. London: Routledge, 2011.

ECHR. *A.L. c. France (Requête N.13344/20)*. Strasbourg, 7 abr. 2022.

ECHR. *A.M. v. Norway* (Application n. 30254/18). Strasbourg, 24 marzo 2023. (Final 24 jun. 2022).

ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Requested by the French Court of Cassation". (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019.

ECHR. *C contre la France et E contre la France* (Requêtes núms. 1462/18 et 17348/18). Strasbourg, 19 nov. 2019.

ECHR. *D. et autres contre Belgique* (Requête N. 29176/13). Strasbourg, 8 jul. 2014.

ECHR. *D.B. et Autres c. Suisse* (Requête N.58817/15 58252/15). Strasbourg, 22 nov. 2022.

ECHR. *Foulon et Bouvet C. France* (Requêtes N. 9063/14 et 10410/14). Strasbourg, 21 jul. 2016.

ECHR. *K.K. and others v. Denmark* (Application n. 25212/21). Strasbourg, 6 dic. 2022.

ECHR. *Labassee C. France* (Requête N. 65941/11). Strasbourg, 26 jun. 2014.

ECHR. *Laborie c. Francia*, (Requête N. 44024/13). Strasbourg, 19 enero 2017.

ECHR. *Mennesson V. France* (Application n. 65192/11). Strasbourg, 26 jun. 2014.

ECHR. *Paradiso and Campanelli V. Italy Judgment: Separate Opinions: Joint dissenting opinion of Judges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens And Grozev*. 2017.

ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia* (Application n. 25358/12). Strasbourg, 24 enero 2017.

ECHR. *S.-H. c. Polonia* (5 Application n. 6846/15 y 56849/15). Strasbourg, 6 nov. 2021.

ECHR. *Sección 2a, Case of Paradiso and Campanelli v. Italy* (Application n. 25358/12). Strasbourg, 27 enero 2015

ECHR. *Valdís Fjölnisdóttir and Others V. Iceland* (Application n. 71552/17). Strasbourg, 18 mayo 2021 (Final 18 agosto 2021).

EKMAN, Kajsa Ekis. *El ser y la mercancía, prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona: Ediciones Belaterra, 2015.

EKMAN, Kajsa Ekis. *El ser y la mercancía, prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona: Ediciones Belaterra, 2015.

ELFERS, Isa. Alienation, commodification, and commercialization: feminist critique of commercial surrogacy agreements through the lens of labor exploitation and U.S. organ donation law. *Hastings Journal of Gender & the Law*, v. 33, n. 2, p. 151-186, 2022. Disponible en: <https://repository.uclawsf.edu/hwlj/vol33/iss2/3/>. p.160-164. Acceso en: 31 agosto 2023.

ERGAS, Yasmine. Babies without borders: human rights, human Dignity, and the regulation of international Commercial surrogacy. *Emory International Law Review*, v. 27, n. 1, p. 117-187, 2013. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol27/iss1/5/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Sentencia núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014*. El Tribunal Supremo español reconoce la nulidad de los acuerdos de MS y les reconoce ciertos efectos jurídicos al plantear que la persona menor que nace de este proceso no sea privada de determinados derechos. Sala de lo Civil, Sección 10. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Sentencia núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014*. Sala de lo Civil, Sección 10. 2014.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Sala de lo Civil, Sección 10: Sentencia núm. 247/2014, 10 de 6 febrero 2014*.

FARLEY, Melissa. Prostitution, Liberalism, and Slavery. *Logos*, p. 1-11, 2013.

FIELD, Martha A. *Surrogate motherhood: the legal and human issues*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1990.

FISCHBACH, Ruth L; LOIKE, John D. Maternal-fetal cell transfer in surrogacy: ties that bind. *Ame. J Bioeth*, v. 14, n. 5, p. 35-36, 2014.

FREEMAN, Michael. The new birth right? Identity and the child of the reproductive revolution. *International Journal of Children's Rights*, v. 4, p. 273-286, 1990.

GABRIEL, Eulalia W. Petit de. Menores separados: el dilema entre el interés general y el interés individual en la aplicación del derecho migratorio de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos De Deusto*, n. 6, p. 87-116, 2022. Disponible en: <https://ced.revistas.deusto.es/article/view/2585>. Acceso en: 31 agosto 2023.

GERBER, Paula; O'BYRNE, Katherine. Souls in the house of tomorrow: the rights of children born via surrogacy. In: GERBER, Paula; O'BYRNE, Katherine (ed.). *Surrogacy law and human rights*. Farnham: Ashgate, 2015. p. 81–112.

GUERRA-PALMERO, María José. Contra la llamada gestación subrogada. Derechos Humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, n. 31-36, 2017. Disponible en: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0213-91112017000600016&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600016&lng=es&nrm=iso). Acceso en: 31 agosto 2023.

GUILBAULT, D.; SIROIS, M. *Esclavage des temps modernes*. Quebec: Pour les droits des femmes du Québec, 2017.

HCCC. *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*. La Haya, 29 mayo 1993. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/11782.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

HCCH. Prel. Doc. No 1. *Parentage / Surrogacy Experts' Group: Final Report* "The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage. nov. 2022. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

HCCH. Prel. Doc. No 2. *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project*. abr. 2022.

HCCH. Prel. Doc. No. 3. *The parentage/surrogacy Project: an updating note*. 2015. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

HCCH. *The parentage / Surrogacy project*. [2023]. Disponible em: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. Acceso en: 31 agosto 2023.

HEWITSON, Gilian. The commodified womb and neoliberal families. *Review of Radical Political Economics*, v. 6, n. 4, p. 489-495, 2014.

HOUGUE, Claire de La; ROUX, Caroline. Surrogate motherhood and human rights: analysis of human. *Legal and Ethical Issues*, 2016.

HUDOC. *European Court of Human Rights*. [2023]. Disponible em: <https://hudoc.echr.coe.int/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

KEANEY, Jaya. The racializing womb: surrogacy and epigenetic kinship. *Science, Technology, & Human Values*, v. 47, n. 1, p. 1157-1179, nov. 2021. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/01622439211055228>. Acceso en: 31 agosto 2023.

KETCHUM, Sara Ann. Selling babies and selling bodies. *Hypatia*, v. 4, n. 3, p. 116-127, 1989.

KILKELLY, Ursula. The right to respect for private and family life; a guide to the implementation of article 8 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Handbooks*, n. 1, 2001. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/49f17e212.html>. Acceso en: 31 agosto 2023.

MIRALLES, Ángela Aparisi. Maternidad Subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, p. 16-28, 2017.

MOODY, Zoe. La fabrication internationale des droits de l'enfant: genèse de la Déclaration des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1946-1959). *Relations internationales*, v. 161, n. 1, p. 65-80, 2015. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-relations-internationales-2015-1-page-65.htm>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *A/HRC/34/55: Add.1: Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography*. 22 dic. 2016. Disponible en: <https://daccess-ods.un.org/tmp/6574871.54006958.html>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París*. 1948.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos del Niño. *CRC/C/OPSC/USA/CO/2: observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de*

niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 2 jul. 2013. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsjar1tI2g%2FApuNj6YT4u%2FwxJ0WmnbV%2B6zFKuqn6NUCOsUcWkNj9y4JRlerzOy0m%2BRUYeSvXv3rxYT4ftkW1%2B%2BgB20nmce%2BFBx9jI9Hhz28>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. 1989. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *CRC/C/GC/14*: Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 29 mayo 2013. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc). Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *Declaración de los Derechos del Niño de 1959 20 de noviembre de 1959*: A/RES/1386 (XIV). 1959. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*: proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III) (1948), art. 25.2. 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *E/C.12/2000/4*: Observación general N. 14: Adoptada por el Consejo Económico y Social, en 22.º período de sesiones, 11 de agosto de 2000: Observación general N. 14 (2000) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 2000. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. CRC/C/GC/14, (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013.

NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200 (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

NACIONES UNIDAS. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*: Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child>. Acceso en: 31 agosto 2023.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*: aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

PANDE, Amrita. *Wombs in labour: transnational commercial surrogacy in India*. New York: Columbia University Press, 2014.

PATRONE, Tatiana. Is paid surrogacy a form of reproductive prostitution? *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, v. 7, n. 1, p. 109–122, 2018.

PURDY, Laura Martha. *Reproducing persons: issues in feminist bioethics*. London: Ithaca: Cornell University Press, 1996.

QUINTANA, Lorenzo Álvarez de Toledo. El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, v. 6, n. 2, p. 5-49, 2014. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259>. Acceso en: 31 agosto 2023.

RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano. Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, 2017. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/219.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

SAN-JOSÉ, Daniel García. La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*,

v. 113, p. 103-130, 2018. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/67050>. Acceso en: 31 agosto 2023.

SATZ, Debra (ed.). *“Why some things should not be for sale: the moral limits of markets?”*. Oxford: OUP, 2010.

SAXENA, Pikee; MISHRA, Archana; MALIK, Sonia. Surrogacy: ethical and legal issues. *Indian J Community Med.*, v. 37, n. 4, p. 211–213, 2012. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3531011/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

SHANLEY, Mary Lyndon. *Making babies, making families: what matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption, and same-sex and unwed parents’ rights*. Boston: Beacon Press, 2001.

SILVA, Waldimeiry Correa da. Gestación por sustitución y derechos humanos: ¿explotación o autonomía sobre los cuerpos de las mujeres? *Revista Jurídica*, v. 5, n. 67, 2021.

SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021.

SMOLIN, David M. Surrogacy as the sale of children: applying lessons learned from adoption to the regulation of the surrogacy industry’s global marketing of children. *PEPP. L. REV.*, v. 43, n. 2, p. 265-344, 2016. Disponible en: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/2/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

SPAR, Debra. Reproductive tourism and the regulatory map. *New England Journal of Medicine*, v. 352, n. 6, p. 531-533, 2005.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. C.; MARTINS, Fernanda R. Maternidade por substituição: perspectivas da Conferência Da Haia e suas potenciais influências no regramento brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 538-557, 2020. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6976/pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

TOBIN, John. To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, p. 317-352, 2014. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/to-prohibit-or-permit-what-is-the-human-rights-response-to-the-practice-of-international-commercial-surrogacy/>

CB88480829B7D13E21037DD80EA4DF8C. Acceso en: 31 agosto 2023.

TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. (ed.). *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

U. S. ATTORNEY’S OFFICE. Baby-Selling Ring Busted. *The FBI Federal Bureau of Investigation*, Southern District of California, 9 agosto 2011. Disponible en: <https://archives.fbi.gov/archives/sandiego/press-releases/2011/baby-selling-ring-busted>. Acceso en: 2 sept. 2023.

UNIÓN EUROPEA. *Carta de los Derechos Fundamentales de la EU*: (2016/C 202/02), del 7 de junio de 2016, p. 389-405, art. 24.2: Orientaciones de la UE relativas a la promoción y la protección de los derechos del menor, 2007. 2016.

UNITED NATIONS. *Committee on the Rights of the Child*. [2023]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc>. Acceso en: 31 agosto 2023.

UNITED NATIONS. *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. [2023]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-sale-of-children>. Acceso en: 31 agosto 2023.

VILLAR, José Eugenio Azpiroz. Algunas consideraciones sobre el contrato de vientres de alquiler a la vista de la legislación española sobre adopción. *Cuadernos de Bioética*, v. 30, n. 99, p. 187-198, 2019. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2019/30/99/187.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

WATSON, Clara. Womb rentals and baby-selling: does surrogacy undermine the human dignity and rights of the surrogate mother and child? *New Bioethics*, v. 22, n. 3, p. 212-228, 2016. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28219265/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

ZYL, Liezl van; WALKER, Ruth. Surrogacy, compensation, and legal parentage: against the adoption model. *Bioethical inquiry*, v. 12, n. 3, p. 383-387, 2015. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11673-015-9646-4>. Acceso en: 31 agosto 2023.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Movilidad forzada internacional de niños, niñas y adolescentes en Chile:** refugio, regularización y reconducción

**International forced mobility of children and adolescents in Chile:** refuge, regularization and redirection

Martina Cociña-Cholaky

Juliana Díaz Pantoja

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION



# Movilidad forzada internacional de niños, niñas y adolescentes en Chile: refugio, regularización y reconducción\*

## International forced mobility of children and adolescents in Chile: refuge, regularization and redirection

Martina Cociña-Cholaky\*\*

Juliana Díaz Pantoja\*\*\*

### Resumen

Este artículo tiene por objetivo examinar cómo el Estado chileno desde 2010 a la actualidad ha abordado la migración forzada internacional de niños, niñas y adolescentes (NNA). A partir de una metodología cualitativa de análisis documental de literatura especializada, material estadístico e informes, se observa que, a pesar del incremento de los desplazamientos forzados, el Estado chileno ha concedido refugio a un escaso número de NNA solicitantes, en su mayoría no se les ha otorgado respuesta, lo que es particularmente preocupante considerando la grave crisis que afecta a Venezuela. Se evidencia que el escenario se ha agudizado, en tanto en los últimos años ha habido un aumento sustancial de ingresos de NNA por pasos no habilitados, particularmente de nacionalidad venezolana. Ante este panorama se analizan las principales respuestas que se han generado por parte del ordenamiento jurídico chileno, así como la correspondencia de las medidas adoptadas frente a los estándares internacionales sobre migración de NNA. Se concluye que, si bien existen esfuerzos por parte del Estado chileno para brindar protección a NNA en contexto de movilidad forzada, los mismos resultan insuficientes a la luz del principio de interés superior del niño/a. Por tanto, la contribución de este artículo radica en constituir una indagación novedosa y actualizada del refugio, la regularización y la reconducción, al vincular analíticamente mecanismos que se han establecido en Chile en relación a NNA migrantes.

**Palabras claves:** refugio; Chile; niños; niñas; adolescentes; interés superior del niño; reconducción.

### Abstract

The objective of this paper is to examine how the Chilean State has dealt with the international forced migration of children and adolescents (CNA) from 2010 to the present. Based on a qualitative methodology of documentary analysis of specialized literature, statistical material and reports, it is observed that, despite the increase in forced displacements, the Chile-

\* Recibido em 25/06/2023  
Aprovado em 09/10/2023

\*\* Artículo elaborado en el marco del FONDECYT Posdoctoral N° 3230279 “El derecho al refugio en Chile. Un estudio sobre su consagración normativa y aplicación práctica”.

Investigadora responsable del FONDECYT Posdoctoral N° 3230279 “Derecho al refugio. Un estudio sobre su consagración normativa y aplicación práctica”, 2023-26. Investigadora posdoctoral del Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad Estatal de O’Higgins (Ch). Doctora en Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Barcelona. Máster en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídica Penal de la Universidad de Barcelona. Abogada de la Universidad de Chile (Ch).  
Email: martina.cocina@uoh.cl

\*\*\* Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tarapacá sede Iquique (Ch). Postdoctora en Ciencias Sociales UOH (Ch). Doctora en Derecho de la Universidad de Talca (Ch). Magíster en Derecho mención Derecho Familia de la Universidad de Talca (Ch). Abogada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño (Col.). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5213-2262>  
Email: jsdiazp@academicos.uta.cl

an State has granted refuge to a small number of child and adolescent applicants, most of whom have not been granted a response, which is particularly worrying considering the serious crisis affecting Venezuela. It is evident that the scenario has worsened, since in recent years there has been a substantial increase in the entry of children and adolescents through unauthorized crossings, particularly Venezuelan nationals. In view of this situation, the main responses generated by the Chilean legal system are analyzed, as well as the correspondence of the measures adopted with respect to international standards on the migration of children and adolescents. It is concluded that, although there are efforts by the Chilean State to provide protection to children and adolescents in the context of forced mobility, they are insufficient in light of the principle of the best interests of the child.

**Keywords:** refuge; Chile; children; adolescents; best interests of the child; redirection.

## 1 Contextualizando la movilidad forzada de NNA en el Chile actual

La migración de personas ha experimentado un alza sustancial en el último tiempo, en particular los desplazamientos en contexto de movilidad forzada se han incrementado en número y en precariedad, afectando en especial a la infancia y adolescencia por su situación de vulnerabilidad<sup>1</sup>. Con el objetivo de analizar la respuesta que el Estado chileno ha entregado a la movilidad forzada internacional de NNA, este artículo desde la metodología cualitativa documental, ha examinado literatura especializada, material estadístico producido por la Administración chilena e informes y reportes de organismos especializados en la materia. Este análisis documental se ha complementado con el método dogmático mediante la indagación de fuentes de derecho sobre resguardo de NNA migrantes.

El aporte de este trabajo reside en estudiar las principales respuestas dadas en la última década por el Estado chileno ante este fenómeno, centrándose en el refugio, la regularización y la reconducción. Esta delimitación en

tres mecanismos frente a la movilidad forzada de NNA obedece a que, en este país se observa escasa concesión de la calidad de refugio, extensos tiempos de tramitación de las solicitudes y requisitos adicionales a los legales. Frente a este panorama, aumentan los ingresos por pasos no habilitados y, por consiguiente, la irregularidad migratoria, afectando a NNA. Este artículo explora si estas medidas resultan suficientes para garantizar el acceso efectivo de los derechos de NNA migrantes, teniendo presente que en virtud del principio del Interés Superior del Niño el Estado chileno tiene la obligación reforzada de promoción y protección de los derechos de los NNA que residen en el país, sin importar su situación migratoria.

Para lo anterior, es vital tener presente, como concepto operativo, que refugiado es toda persona que se encuentra

fuera de su país de origen por temor a la persecución, al conflicto, la violencia generalizada, u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público y, en consecuencia, requieren protección internacional<sup>2</sup>.

Además de los refugiados, requieren resguardo supraestatal quienes solicitan asilo, las poblaciones afectadas por grandes desastres naturales y los apátridas, estas categorías constituyen poblaciones en contexto de desplazamiento forzado. Existe una multiplicidad de motivos por lo que las personas huyen de sus países: violencia, desastres naturales, cambio climático, persecución, guerras, conflictos políticos, violaciones a los derechos humanos, etc.

Los desplazamientos forzados se han incrementado en el mundo en los últimos años: si en 2018 eran 71 millones<sup>3</sup>, en 2020 alcanzaron 82<sup>4</sup>, a fines de 2021 89 millones<sup>5</sup>. “Las niñas y los niños representan el 30% de la población mundial, pero son el 41% del total de la población desplazada por la fuerza”<sup>6</sup>. También, en cuanto

<sup>2</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Refugiados y migrantes*. 2023. Disponible en: <https://refugeesmigrants.un.org/es/definitions>. Acceso en: 13 jun. 2023.

<sup>3</sup> ACNUR. *Tendencias globales desplazamiento forzado en 2018*. 2019. Disponible en: <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/desplazados/refugiados-tendencias-globales-2018> Acceso en: 13 jun. 2023.

<sup>4</sup> ACNUR. *Tendencias globales de desplazamiento forzado en 2020*. 2021. Disponible en: <https://www.unhcr.org/flagship-reports/es/tendenciasglobales/>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>5</sup> ACNUR. *Informe semestral de tendencias*. 2022. Disponible en: <https://www.acnur.org/media/65312>. Acceso en: 12 jun. 2023.

<sup>6</sup> ACNUR. *Tendencias globales de desplazamientos forzados en 2021*. 2022.

<sup>1</sup> COCINA-CHOLAKY, Martina. El refugio en niños, niñas y adolescentes en Chile. En: BOBADILLA, María; RAVETLLAT, Isaac. (eds.). *Niñez, familia, migración y derechos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 147-180.

a refugio, el peso que detenta la infancia ha aumentado: si en 2018 los NNA eran aproximadamente la mitad de la población refugiada, en 2009 constituyeron el 41%<sup>7</sup>.

Por su parte, Latinoamérica es una de las regiones que concentra mayor arribo de personas en necesidad de protección. Acorde al informe semestral de ACNUR de 2022, “más de 2 de cada 5 nuevas solicitudes [de refugio] en el mundo fueron presentadas en América Latina y el Caribe”<sup>8</sup>. Por lo mismo, la Alta Comisionada Adjunta para los Refugiados, Kelly Clements, emitió en mayo de 2023 un comunicado advirtiendo la necesidad de fortalecer el apoyo hacia esta región en tanto recibe la mayoría de los 20 millones de personas desplazadas por la fuerza<sup>9</sup>. En América, los refugiados y quienes necesitan protección internacional crecieron en 2022 un 18% en relación con el 2021, debido al alza de personas venezolanas<sup>10</sup>. Precisamente dando cuenta de la profunda crisis venezolana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Resolución 2/18, exhortó a los países de la Organización de Estados Americanos a garantizar su reconocimiento y protección, en cuanto su desplazamiento se atiene a una crisis de movilidad forzada.

La diáspora venezolana, a marzo de 2023, ascendió a más de 7 millones, de los cuales 6 millones están en América Latina y el Caribe, y 444 mil en Chile<sup>11</sup>, de los que 20% corresponden a NNA<sup>12</sup>. En este contexto, Chi-

le se ha establecido dentro de la región, en el cuarto país de destino de los desplazamientos venezolanos, luego de Colombia, Perú y Ecuador<sup>13</sup>. Por tanto, la movilidad humana forzada se ha incrementado constantemente en el mundo, en la región y en Chile<sup>14</sup>.

Respecto a la migración internacional, según la última estimación publicada, en Chile en 2021 residen un millón y medio de extranjeros habituales, los que representan el 7,5% de la población nacional<sup>15</sup>. Cifra que ha aumentado sustancialmente en los últimos años, ya que en 2017 se censaron 746.465 extranjeros, que representaban el 4%, mientras dicho porcentaje en 2002 no superaba el 1%<sup>16</sup>. En particular han crecido ciertas comunidades, como la venezolana, que alcanza un tercio de los migrantes, después viene Perú (17%), Haití (12%), Colombia (12%) y Bolivia (9%)<sup>17</sup>. En la población migrante en Chile los NNA representaron al 2020 un 13%<sup>18</sup>.

Disponible en: <https://www.acnur.org/media/tendencias-globales-de-acnur-2021>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>7</sup> ACNUR. *Tendencias globales desplazamiento forzado en 2018*. 2019. Disponible en: <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/desplazados/refugiados-tendencias-globales-2018> Acceso en: 13 jun. 2023.

<sup>8</sup> ACNUR. *Informe semestral de tendencias: Américas 2022*. 2022. Disponible en: <https://www.acnur.org/media/65879>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>9</sup> ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *La Alta Comisionada Adjunta para los Refugiados solicita más apoyo para América Latina*. 2023. Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/comunicados-de-prensa/la-alta-comisionada-adjunta-para-los-refugiados-solicita-mas-apoyo>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>10</sup> ACNUR. *Informe semestral de tendencias: Américas 2022*. 2022. Disponible en: <https://www.acnur.org/media/65879>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>11</sup> PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *América Latina y el Caribe, refugiados y migrantes venezolanos en la región*. 2023. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>12</sup> PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *Plan de respuesta para refugiados y migrantes*. 2023. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/rmrp2023-2024>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>13</sup> PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *América Latina y el Caribe, refugiados y migrantes venezolanos en la región*. 2023. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>14</sup> OBSERVATORIO DE MIGRACIONES Y MOVILIDAD HUMANA. *Chile ante la crisis humanitaria y los desplazamientos forzados: propuestas para abordar la situación de personas en búsqueda de protección internacional*. Santiago: Observatorio de Migraciones y Movilidad Humana, 2022. Disponible en: <https://www.observatoriomigraciones.cl/publicaciones/>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>15</sup> INE; SERMIG. *Informe de resultados de la estimación de personas extranjeras residentes en Chile al 31 de diciembre de 2021: desagregación nacional, regional y principales comunas*. 2022. Disponible en: <https://www.ine.gob.cl/estadisticas/sociales/demografia-y-vitales/demografia-y-migracion>. Acceso en: 12 jun. 2023.

<sup>16</sup> INE. *Características de la inmigración internacional en Chile*, Censo 2017. 2018. Disponible en: <http://www.censo2017.cl/inmigracion/>. Acceso en: 13 jun. 2023.

<sup>17</sup> INE; SERMIG. *Informe de resultados de la estimación de personas extranjeras residentes en Chile al 31 de diciembre de 2021: desagregación nacional, regional y principales comunas*. 2022. Disponible en: <https://www.ine.gob.cl/estadisticas/sociales/demografia-y-vitales/demografia-y-migracion>. Acceso en: 12 jun. 2023.

<sup>18</sup> Este valor se obtuvo sumando a las personas comprendidas en los tramos etarios de 0 a 19 años (no fue posible hasta los 17 años, ya que la categoría establecida era de 15 a 19 años), lo que dio un total de 198.775, así que considerando que para 2020 los migrantes se estimaron en 1.496.103, los NNA equivalen a 13%. No se cuentan con datos más actualizados que los publicados por INE y DEM. INE; DEM. *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre 2020: informe metodológico*. 2021. Disponible en: [https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/demografia-y-migracion/publicaciones-y-anuarios/migraci%C3%B3n-internacional/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2018/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2020-metodolog%C3%ADa.pdf?sfvrsn=48d432b1\\_4](https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/demografia-y-migracion/publicaciones-y-anuarios/migraci%C3%B3n-internacional/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2018/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2020-metodolog%C3%ADa.pdf?sfvrsn=48d432b1_4). Acceso en: 12 jun. 2023.

El Estado chileno bajo el supuesto de facilitar la inclusión de quienes se desplazan, ha impuesto requerimientos a determinadas nacionalidades, como las visas consulares a venezolanos y haitianos, que han obstaculizado su entrada y residencia regular, estableciéndose una construcción selectiva de los flujos de personas<sup>19</sup>. Bajo esta lógica de control, se instauran mayores controles sobre sujetos considerados riesgosos<sup>20</sup>. Esta dinámica de erigir barreras físicas, legales y burocráticas para evitar que arriben personas que buscan refugio no es exclusiva del contexto local, sino que también ha sido advertida en otros escenarios, como el europeo, en que se han impuesto mecanismos burocráticos y normativos para restringir estos desplazamientos<sup>21</sup>.

Además, hay que considerar que el Estado chileno para mitigar los efectos de la crisis sanitaria generada por el COVID-19, restringió la libertad de movimiento y cerró las fronteras terrestres desde marzo de 2020 a abril de 2022. Esta gestión trajo consigo mayor vulnerabilidad en los desplazamientos y el incremento de las denuncias por ingresos por pasos no habilitados, que pasaron de 8 mil en 2019 a duplicarse al 2020, para alcanzar más de 56 mil en 2021 y 53 mil en 2022<sup>22</sup>. Por tanto, en el último tiempo, en Chile más que reducirse la movilidad humana, se ha precarizado, en tanto se han incrementado sustancialmente las entradas clandestinas, en particular de personas venezolanas, lo que también se manifiesta en NNA, como se examinará.

Analizando la situación chilena, se observa que, en cuanto a la protección, los refugiados y migrantes requieren

servicios de regularización, junto con un mejor acceso a la documentación. De lo contrario, corren un mayor riesgo de sufrir otras amenazas de protecci-

ón, como trata de personas, VBG [violencia basada en género] y problemas de protección de la niñez<sup>23</sup>.

El panorama se ha agudizado en los últimos años, principalmente en el norte del país, en que se ha vivido un repunte de la emergencia humanitaria. El gobierno ha respondido con una serie de medidas, entre las que destaca una nueva Ley de infraestructura crítica de febrero de 2023<sup>24</sup> y la realización de controles de identidad en frontera. Para evitar estos controles, migrantes y refugiados “exploraron cada vez más alternativas irregulares y atravesaron rutas más remotas a través de terrenos y condiciones climáticas difíciles, incluyendo la zona de altiplano con Bolivia y el desierto con Perú”<sup>25</sup>. De este modo, la Administración chilena ha impulsado una gestión de la movilidad marcada por la seguridad, por el control de los lindes y el combate de la irregularidad, lo que es coincidente con políticas globales de gobernabilidad migratoria<sup>26</sup>, que ante la irregularidad refuerzan las fronteras<sup>27</sup>.

El artículo se estructura en cinco secciones. En la primera parte introductoria se delineó el actual contexto migratorio en Chile, considerando el escenario de movilidad forzada que afecta a la región y a NNA. En el segundo apartado, se describe la metodología utilizada, detallando el análisis documental realizado. En la tercera sección se examinan las principales respuestas que el Estado de Chile ha dado a los desplazamientos forzados

<sup>23</sup> PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *Chile: de un vistazo* (13 diciembre 22). 2022. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/chile/chile-de-un-vistazo-13-diciembre-22>. Acceso en: 13 jun. 2023.

<sup>24</sup> Ley 21.542 de 2023 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública “Modifica la carta fundamental con el objeto de permitir la protección de infraestructura crítica por parte de las fuerzas armadas, en caso de peligro grave o inminente”.

<sup>25</sup> PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *Reporte de movimientos*: primer trimestre 2023. 2023. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/movements-report-q1-2023-esp>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>26</sup> DEZORDI, Maiquel. Derecho penal (do autor) e imigração irregular na União Europeia. *Revista de Direito Internacional*, v. 8, n. 2, p. 167-204, 2011. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/1548/1433>. Acceso en: 05 nov. 2023.

<sup>27</sup> MALTA, João; NILSEN, Eugênia. Gestão migratória e integração regional: uma análise sobre a regulamentação normativa dos fluxos migratórios irregulares na União Europeia à luz do novo Pacto Europeu sobre migração e asilo. *Revista de Direito Internacional*, v. 18, n. 3, p. 212-231, 2021. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/7860/pdf>. Acceso en: 05 nov. 2023.

<sup>19</sup> COCIÑA-CHOLAKY, Martina. Contradicciones de la política migratoria chilena (2018-2022). *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, v. 89, p. 229-260, 2022. Disponible en: [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0251-34202022000200229](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202022000200229). Acceso en: 06 nov. 2023.

<sup>20</sup> DEZORDI, Maiquel. A criminalização dos imigrantes em situação irregular na Itália: biopolítica e direito penal do autor. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 369-387, 2017. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4583>. Acceso en: 05 nov. 2023.

<sup>21</sup> PIOVESAN, Flávia; LOPES, Ana. Tolerância e refugio: um ensaio a partir do acordo EU-Turquia. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 216-235, 2017. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4490>. Acceso en: 05 nov. 2023.

<sup>22</sup> Cifras remitidas por Policía de Investigaciones ante solicitud de información N° AD010T0020177 16 de marzo de 2023.

de NNA en la última década, particularmente las concesiones de refugio, la regularización de NNA que ingresan por paso no habilitado y la limitación a la aplicación de la reconducción a NNA. En el cuarto apartado se abordan los estándares nacionales e internacionales en la materia establecidos a partir del interés superior del niño/a. Por último, se señalan las principales conclusiones derivadas del artículo, así como futuras líneas de investigación.

## 2 Analizando el escenario desde una metodología cualitativa documental

Este artículo se sustenta en una indagación cualitativa sobre la situación de la movilidad forzada internacional de NNA en Chile. Con el objeto de examinar cómo el Estado chileno ha abordado en la última década esta materia, se empleó el análisis documental, un proceso sistemático de revisión, evaluación e interpretación de documentos para comprender y desarrollar conocimientos<sup>28</sup>. Esta metodología es útil, en la medida que posibilita simplificar el contenido de los documentos y representarlos de una forma diferente a la original, tomando solo sus elementos esenciales o referenciales<sup>29</sup>.

El análisis se realizó respecto de tres tipos de documentos:

1. Literatura especializada: en primer lugar, se efectuó una revisión bibliográfica sobre desplazamiento forzado en Chile relativo a infancia y adolescencia, principalmente publicaciones disponibles en revistas científicas, con énfasis en la última década. La búsqueda en línea se hizo mediante términos claves como: refugio, Chile, niños, niñas y adolescentes. Asimismo, la delimitación se basó en estudios previos<sup>30</sup> en los que se indagó

respecto al modo en que el Estado chileno ha dado respuesta a los desplazamientos forzados.

2. Material estadístico producido por el Estado de Chile: disponibles en la página institucional del Servicio Nacional de Migraciones (SERMIG), esto es, registros administrativos de solicitudes de refugiado: formalizadas, reconocidas y rechazadas, desglosadas por nacionalidad, sexo y rango etario. Además, conforme a la Ley de Transparencia 20.285 sobre Acceso a la información pública, se solicitó a:

a) la Policía de Investigaciones las denuncias por ingresos por pasos no habilitados y el número de niñas, niños y adolescentes que han sido reconducidos solos o acompañando procesos de reconducción de sus padres, progenitores y/o cuidadores desde la vigencia de la Ley de migración y extranjería, desglosando por año, nacionalidad y país al que fueron reconducidos;

b) Carabineros el número de ingresos por pasos no habilitados de niños, niñas y adolescentes, distinguiendo por nacionalidad y sexo; y

c) Poder Judicial el número de causas de niñas, niños y adolescentes por ingreso irregular a Chile, desde 2010 a la actualidad, desglosando por región y detallando la nacionalidad.

3. Informes y reportes de organismos especializados en la materia: como el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados estimaciones de población extranjera residente en Chile del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y SERMIG, informe sobre registro administrativo del SERMIG, informes del Servicio Jesuita Migrante<sup>31</sup>, del Observatorio de Migraciones y Movilidad Humana y del Centro de Políticas

<sup>28</sup> BOWEN, Glenn. Document analysis as a qualitative research method. *Qualitative Research Journal*, Cardiff, v. 9, n. 2, p. 27-40, 2009. Disponible en: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.3316/QRJ0902027/full/html>. Acceso en: 22 jun. 2023. p. 27.

<sup>29</sup> PEÑA, Tania; PIRELA, Johan. La complejidad del análisis documental. *Información, cultura y sociedad*, Buenos Aires, v. 16, p. 55-81, 2007. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=263019682004>. Acceso en: 13 jun. 2023. p. 63.

<sup>30</sup> COCIÑA-CHOLAKY, Martina. El refugio en Chile: panorama de la última década. En: RAVETLLAT, Isaac; MONDACA, Alexis. (eds.) *Extranjería y migración en el sistema jurídico chileno. Comentarios a la Ley de Migración y Extranjería*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, p.

85-122; COCIÑA-CHOLAKY, Martina. El refugio en niños, niñas y adolescentes en Chile. En: BOBADILLA, María; RAVETLLAT, Isaac. (eds.) *Niñez, familia, migración y derechos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 147-180; DIAZ, Juliana; LUCERO, Jairo. Interés Superior del Niño/a en la nueva regulación migratoria en Chile: desafíos en las medidas de expulsión, reconducción y retorno asistido. En: BOBADILLA, L. (ed.) *Niñez en Clave Migratoria*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2022, p. 83-106; LUCERO, Jairo; DÍAZ, Juliana. Niños, niñas y adolescentes como víctimas de desplazamiento ambiental. Propuestas para su protección. *Revista de Derecho Ambiental*, Santiago, v. 18, n. 2, p. 231-260, 2022. Disponible en: <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/68289/72693>. Acceso en: 06 nov. 2023.

<sup>31</sup> SERVICIO JESUITA DE MIGRANTES. *Migración en Chile. aprendizajes y desafíos para los próximos años*. 2022. Disponible en: <https://www.observatoriomigraciones.cl/wp-content/uploads/2022/07/ANUARIO-2022.pdf?swcfc=1>. Acceso en: 22 jun. 2023.

Migratorias. También capítulos de informes anuales sobre Derechos Humanos en Chile sobre los derechos de las personas migrantes<sup>32</sup> y los reportes de la Plataforma interagencial de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados<sup>33</sup>.

Junto a lo anterior, se ha empleado el método dogmático a través del estudio de fuentes de derecho interno y derecho internacional que regulan la protección de NNA en contexto migratorio, que permite indagar si las medidas adoptadas por el Estado chileno resultan suficientes para garantizar el acceso efectivo de los derechos de NNA migrantes<sup>34</sup>. Este enfoque se ha empleado en el entendido de que una investigación dogmática-jurídica, además de indagar lo estatuido en la regulación, considera los criterios empíricos, de manera de aportar mediante un trabajo científico serio<sup>35</sup>.

En Chile, son escasos los trabajos sobre movilidad forzada internacional relativos a infancia y adolescen-

cia<sup>36</sup>, por lo que este artículo viene a aportar al campo de estudios al indagar el reconocimiento de la calidad de refugio de NNA en Chile, en particular en los últimos años, dando cuenta del incremento de los ingresos irregulares y de las principales respuestas del Estado ante este fenómeno, poniendo énfasis en el refugio, la regularización y la reconducción. Por tanto, la novedad de este trabajo estriba en analizar los desafíos involucrados en la protección de NNA migrantes en irregularidad en Chile, con la finalidad de comprender y abordar adecuadamente las necesidades y derechos de esta población, deliberando acerca del acceso efectivo de sus derechos acorde al estándar del interés superior del niño.

### 3 Respuesta del Estado chileno a la movilidad forzada internacional de NNA

En este apartado se analizan tres mecanismos adoptados por el Estado de Chile frente a la movilidad de NNA: el refugio, la regularización migratoria de NNA que ingresan por paso no habilitado y la limitación a la aplicación de la reconducción. Ello con la finalidad de identificar los principales aciertos y retos generados en la consagración y aplicación de estas medidas en el panorama nacional.

<sup>32</sup> GUTIÉRREZ, Fernanda; CHARLES, Claudia. Derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas: ¿procedimientos ordenados, seguros y regulares? medidas administrativas en migración y asilo bajo los estándares de los derechos humanos. En: VARGAS, Francisca (ed.). *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2019*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2019, p. 193-243; VARGAS, Francisca. Derechos de las personas migrantes y refugiadas: cambios en materia migratoria en Chile. En: VIAL, Tomás (ed.). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2018, p. 233-266. Disponible en: <https://derechoshumanos.udp.cl/publicacion/derechos-de-las-personas-migrantes-y-refugiadas-cambios-en-materia-migratoria-en-chile/>. Acceso en: 13 jun. 2023.

<sup>33</sup> PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *Plan de respuesta para refugiados y migrantes*. 2023. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/rmrp2023-2024>. Acceso en: 22 jun. 2023; PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *América Latina y el Caribe, refugiados y migrantes venezolanos en la región*. 2023. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>. Acceso en: 22 jun. 2023; PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *Reporte de movimientos: primer trimestre 2023*. 2023. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/movements-report-q1-2023-esp>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>34</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. Los métodos particulares de la investigación jurídica. En: CORRAL TALCIANI, Hernán. *Cómo hacer una tesis en derecho: curso de metodología de la investigación jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 59.

<sup>35</sup> TANTALEÁN, Reinaldo. Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, Lima, v. 13, n. 43, p. 1-37, 2016. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456267.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023. p. 32.

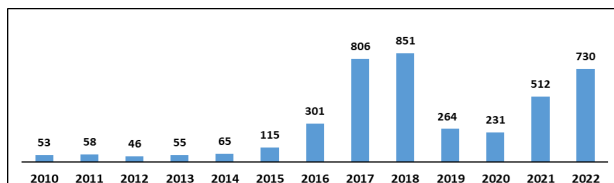
<sup>36</sup> COCIÑA-CHOLAKY, Martina. El refugio en niños, niñas y adolescentes en Chile. En: BOBADILLA, María; RAVETLLAT, Isaac. (eds.). *Niñez, familia, migración y derechos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 147-180; COURTIS, Corina. Niños, niñas y adolescentes refugiado/as en Chile: un cuadro de situación. En: ACNUR; OIM; UNICEF. *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile*. Santiago: Andros editores, 2012, p. 159-190; RIVA, Ariel; LAWSON, Delfina. Estándares internacionales en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugio de niños, niñas y adolescentes: garantías y medidas de cuidado. En: ACNUR; OIM; UNICEF. *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile*. Santiago: Andros editores, 2012, p. 51-88; DIAZ, Juliana; LUCERO, Jairo. Interés Superior del Niño/a en la nueva regulación migratoria en Chile: desafíos en las medidas de expulsión, reconducción y retorno asistido. En: BOBADILLA, L. (ed.). *Niñez en Clave Migratoria*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2022, p. 83-106; FERNÁNDEZ, José; ANDRADE, Claudio. Niñas, niños y adolescentes migrantes y refugiados, no acompañados o separados en Chile: Contextualización y consideraciones para la intervención social. *Señales*, Santiago, v. 21, n. 12, p. 66-81, 2019.

### 3.1 Refugio de NNA en Chile: una protección al debe considerando los solicitantes

En esta sección se examina cómo ha operado el refugio en el caso de NNA en Chile en la última década, dando cuenta de las solicitudes efectuadas, el reconocimiento otorgado y el nivel de rechazo. Esto con la finalidad de determinar la protección concedida por el Estado chileno. Tal como se observará, aunque los NNA constituyen población en situación de vulnerabilidad, el Estado de Chile, en su mayoría, no le ha concedido resguardo a los NNA solicitantes de refugio.

Las estadísticas del SERMIG registran 26.985 solicitantes de refugio del 2010 a 2022, de los cuales 4.087 tienen 17 años o menos, es decir los NNA representan el 15% de las solicitudes formalizadas. De los NNA solicitantes de refugio 1.913 son mujeres y 2.174 hombres, y se concentran en los años 2017, 2018 y 2022, como se ilustra a continuación:

**Gráfico 1** - Solicitudes de refugio de NNA en Chile de 2010 a 2022



**Fuente:** elaboración propia en base a estadísticas SERMIG.

Como se observa, las solicitudes de NNA se incrementan de 2010 a 2018, en 2019 hay un brusco descenso, valor que se mantiene en 2020, para repuntar en 2021 duplicándose y en 2022 aumentó en más de 200 solicitudes. En la bajada de 2019, los NNA venezolanos cobran relevancia al disminuir su número, pasando de 440 solicitudes en 2018 a 90 en 2019, es decir, se redujeron casi 5 veces. Las causas de la caída experimentada en 2019 pueden ser diversas: la entrevista de pre-admisibilidad que se realizaba a quienes tenían la intención de solicitar refugio, los extensos tiempos de tramitación de la solicitud de refugio, las irregularidades en el procedimiento, las exigencias no previstas en la legislación, luego la pandemia mundial del COVID-19 y las restricciones establecidas a la movilidad, entre otros<sup>37</sup>. Tal como reconoce el SERMIG, 2019 constituye un año de inflexión, en tanto no solo disminuyen las solicitudes

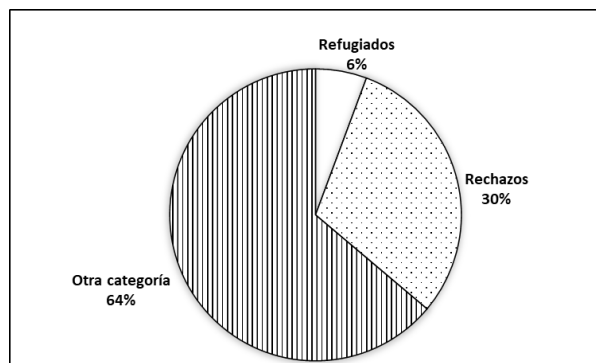
<sup>37</sup> VARGAS, Francisca; CANESSA, Martín. Derechos de las personas migrantes y refugiadas: la desprotección colectiva. En: VARGAS, Francisca (ed.). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2021*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2021, p. 305-344.

de refugio y el refugio concedido, sino que los rechazos aumentan pronunciadamente<sup>38</sup>.

Las nacionalidades de NNA solicitantes de refugio son: Afganistán, Angola, Argentina, Bangladesh, Bolivia, Brasil, Camerún, Colombia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Haití, Honduras, Iraq, Israel, Jamaica, Kenia, Líbano, México, Nicaragua, Nigeria, Pakistán, Palestina, Perú, República del Congo, República Dominicana, Rusia, Sierra Leona, Siria, Turquía, Ucrania, Venezuela y Yemen. El 83% las solicitudes de refugio de NNA corresponden a Venezuela y Colombia, quienes en la última década registran 1.697 y 1.670 solicitantes respectivamente, esto equivale al 42% y 41% del total de solicitudes de NNA. Eso sí su peso varía por año, así mientras en 2016 Colombia concentró el 74% de las solicitudes, en 2017 y en 2019 la mitad; por su parte, los NNA venezolanos en 2018 y 2022 constituyeron la mitad de las solicitudes de NNA y el 70% en 2021.

En cuanto al estado de las solicitudes de NNA, como se visualiza a continuación, la gran mayoría de las solicitudes formalizadas de 2010 a 2022 no ha tenido respuesta.

**Gráfico 2** – Estado de las solicitudes de refugio de NNA en Chile de 2010 a 2022



**Fuente:** elaboración propia en base a registros administrativos del SERMIG.

Como expone el gráfico, cerca de un tercio de las solicitudes de NNA fueron rechazadas, un 6% concedidas y el restante se encuentra en tramitación o desistidas, es decir, en su mayoría no han recibido una contestación por parte del Estado chileno, lo que es grave, no solo por la poca eficiencia institucional para gestionar y

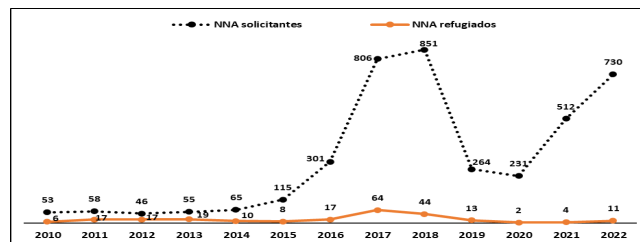
<sup>38</sup> SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES. *Estadísticas generales registro administrativo*: reporte 1. 2023. Disponible en: <https://serviciomigraciones.cl/wp-content/uploads/2023/05/230529-Reporte-1-Estadísticas-SERMIG.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.

resolver las solicitudes, lo que, sin duda, expone las limitaciones administrativas del Departamento de Refugio y Reasentamiento del SERMIG<sup>39</sup>, sino es de preocupación en especial por los NNA en contexto de movilidad forzada que por su particular situación requieren protección. En este sentido, ACNUR reconoce que “contribuyen a las necesidades especiales de los niños refugiados: su dependencia, su vulnerabilidad y sus necesidades de desarrollo”<sup>40</sup>. Un ejemplo de ello es que “los niños no pueden articular sus solicitudes de condición de refugiado en la misma forma que los adultos”<sup>41</sup>, de allí que requieran un tratamiento diferenciado que reconozca su particularidad. Los NNA que solicitan refugio tienen derecho a la no devolución, lo que conlleva que no pueden ser retornados a una nación donde su vida, seguridad o integridad peligre<sup>42</sup>.

En Chile de 2010 a 2022 se registran 232 refugiados de 17 años o menos, de un total de 756 personas reconocidas como refugiados, o sea, los NNA representan casi un tercio de los refugios otorgados, valor que casi triplica el porcentaje de NNA migrantes, que como se señaló, en 2020 alcanzó el 13%. De los NNA refugiados, 112 hombres y 120 mujeres.

Ahora si se comparan los NNA solicitantes de refugio con los NNA refugiados, como se observa en el siguiente gráfico, a pesar del incremento de las solicitudes efectuadas, los NNA reconocidos como refugiados no varían mayormente.

**Gráfico 3** – NNA solicitantes de refugio y NNA refugiados en Chile de 2010 a 2022

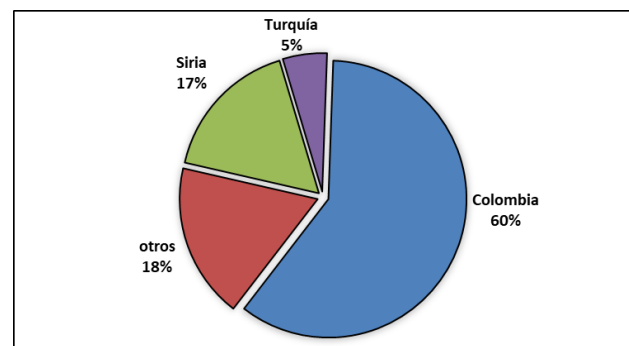


**Fuente:** elaboración propia en base a registros administrativos del SERMIG.

Como se visualiza en la línea continua del gráfico anterior, los NNA refugiados desde 2010 a 2016 no superan la veintena, para casi cuadruplicarse en 2017 alcanzando los 64 refugiados, luego, desde 2018 decae y en 2020 y 2021 es ínfimo: 2 y 4 NNA refugiados. Si además se considera la línea discontinua (que muestra los NNA solicitantes de refugio), el nivel de otorgamiento en el período 2010-22 es 5,7%, un bajo nivel si se atiende a las solicitudes formalizadas, no obstante, este porcentaje duplica la tasa de concesión nacional que para ese período se sitúa en 2,8%. Por ende, estas cifras exponen de qué manera el Estado chileno ha respondido a la demanda de protección.

Los NNA reconocidos en Chile como refugiados son de diversas nacionalidades (Afganistán, Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Israel, Kenia, Nigeria, Palestina, República del Congo, Rusia, Sierra Leona, Siria, Turquía, Ucrania y Venezuela), destacando Colombia, que representa el 60%; una cifra no menor, en especial comparando con su proporción en las solicitudes de NNA, que es de 41%.

**Gráfico 4** – Nacionalidad de NNA refugiados en Chile de 2010 a 2022



**Fuente:** elaboración propia en base a estadísticas del SERMIG.

Como muestra el gráfico anterior, en NNA refugiados sobresale en particular Colombia con 139 NNA refugiados, después viene Siria con 39 NNA refugiados y

<sup>39</sup> FEDDERSEN, Mayra et al. *Ley de Refugio en Chile: nudos críticos, desafíos urgentes y alternativas hacia el futuro*. Santiago: Centro de Políticas Migratorias, 2023. Disponible en: [https://www.politicas-migratorias.org/\\_files/ugd/78ba0f\\_a73723d32a7843bcb6103cdad-dc6aa58.pdf?index=true](https://www.politicas-migratorias.org/_files/ugd/78ba0f_a73723d32a7843bcb6103cdad-dc6aa58.pdf?index=true). Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>40</sup> ACNUR. *Política del ACNUR sobre los niños refugiados*. 1993. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/50ab8e6d2.html>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>41</sup> ACNUR. *Directrices de Protección Internacional: solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 2009. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7763.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.

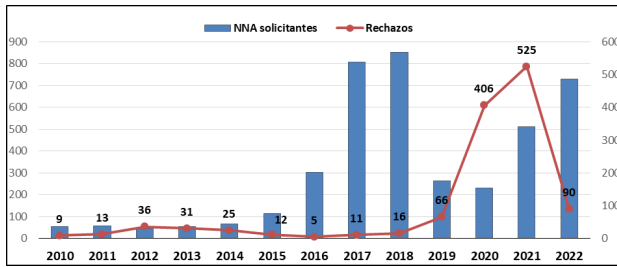
<sup>42</sup> CHILE. *Ley n. 20.430, de 2010*. Establece disposiciones sobre protección de refugiados. Disponible en: <https://www.acnur.org/media/chile-ley-n-20-430-de-2010-establece-disposiciones-sobre-proteccion-de-refugiados>. Acceso en: 06 nov. 2023.



Turquía con 12 NNA. Por su parte, los restantes colectivos de extranjeros no superan el 5%.

En cuanto al rechazo, del total de solicitudes de refugio de 2010 a 2022, se han rechazado 1.245, lo que equivale a un 31% de las solicitudes formalizadas, un porcentaje similar que la tasa nacional de 28%. Si se desglosa anualmente, el 75% de los rechazos se produjeron en 2020 y 2021, tal como se visualiza a continuación:

**Gráfico 5** – NNA solicitantes de refugio y rechazos en Chile de 2010 a 2022



**Fuente:** elaboración propia en base a estadísticas del SERMIG.

Es evidente que en Chile los rechazos no están en línea con las solicitudes presentadas. Durante el período analizado, se observa que el gobierno desde el 2020 ha gestionado las solicitudes de refugio respondiendo con una mayor celeridad en cuanto al número de rechazos.

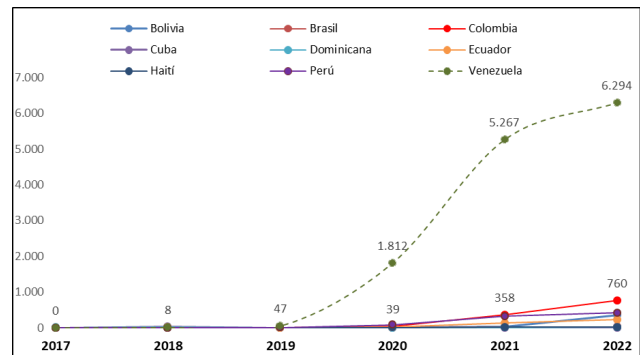
Al panorama de aumento de los rechazos de solicitudes de refugio y escasa respuesta estatal a solicitudes de protección hay que adicionarle la imposición de visas consulares en 2018 y 2019 a venezolanos y haitianos, lo que ha dificultado su ingreso regular, por su escasa concesión, prolongada tramitación y suspensión en pandemia<sup>43</sup>. Asimismo, la gestión del COVID-19 y las restricciones impuestas a la movilidad han incidido en una mayor vulnerabilidad de los desplazamientos y el aumento de las entradas clandestinas<sup>44</sup>.

En este escenario es fundamental tener presente que las personas que huyen de situaciones de persecución, violencia o conflictos, en muchas ocasiones, se ven conminadas a recurrir a pasos no habilitados para ingre-

sar a otros países. Existe una multiplicidad de motivos para que quienes se desplazan a la fuerza entren por vías clandestinas, tales como, la dificultad de acceder al procedimiento de refugio, el escaso otorgamiento de protección, las condiciones propias de las travesías que imposibilitan largos tiempos de espera, la falta de conocimiento y de recursos económicos para seguir los procedimientos regulares, la situación crítica en sus países de origen, entre otros. Estas barreras que se visualizan en Chile en materia de movilidad forzada<sup>45</sup>, ha incidido para que quienes se encuentran en este contexto acudan a otras vías para ingresar al país.

Esta política migratoria, como plantea Thayer<sup>46</sup>, ha institucionalizado la precarización de las travesías. Lo que es aún más acuciante en el caso de NNA, pues como se señaló, constituyen personas en situación de vulnerabilidad interseccional. Si se analizan las estadísticas, se percata que en NNA la irregularidad en el ingreso se concentra principalmente en los años 2021 y 2022 y respecto de NNA de nacionalidad venezolana, como se exhibe:

**Gráfico 6** – NNA con ingreso irregular a Chile de 2017 a 2022 según nacionalidad



**Fuente:** elaboración propia en base a información remitida por Carabineros ante solicitud de transparencia N° AD009W 0066063 de 16 de marzo de 2023.

Como se grafica las entradas clandestinas aumentan con el tiempo, especialmente las de NNA venezolanos, así se percibe que mientras en 2017 no se reporta nin-

<sup>43</sup> COCIÑA-CHOLAKY, Martina. Contradicciones de la política migratoria chilena (2018-2022). *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, v. 89, p. 229-260, 2022. Disponible en: [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0251-34202022000200229](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202022000200229). Acceso en: 06 nov. 2023.

<sup>44</sup> STEFONI, Carolina; CABIESES, Báltica; BLUKACZ, Alice. Migraciones y COVID-19: Cuando el discurso securitista amenaza el derecho a la salud. *Simbiótica*, Goiabeiras, v. 8, n. 2, p. 38-66, 2021. Disponible en: <https://periodicos.ufes.br/simbiotica/article/view/36378/23828>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>45</sup> COCIÑA-CHOLAKY, Martina. El refugio en Chile: panorama de la última década. En: RAVETLLAT, Isaac; MONDACA, Alexis. (eds.) *Extranjería y migración en el sistema jurídico chileno. Comentarios a la Ley de Migración y Extranjería*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 85-122. p. 111-117.

<sup>46</sup> THAYER, Luis. Puertas cerradas y huellas abiertas: migración irregular, trayectorias precarias y políticas restrictivas. *Migraciones Internacionales*, Tijuana, v. 12, p. 1-21, 2021. Disponible en: <https://migracionesinternacionales.colef.mx/index.php/migracionesinternacionales/article/view/2270>. Acceso en: 22 jun. 2023.

gún ingreso irregular de NNA venezolano, en tres años aumenta a más de 1.800, en 2021 supera los 5 mil y en 2022 llega a los 6.294. En efecto, el incremento de entradas irregulares de NNA a Chile es exorbitante en los dos últimos años, en particular de venezolanos, lo que es manifiesto de 2019 a 2020 en que sube 38 veces y de 2020 a 2021 en que casi se triplica. Hay una multiplicidad de causas que pueden explicar esta alza, tales como: la profunda crisis venezolana que ha forzado a millones de personas a huir, la imposición de visas consulares que dificultaron su entrada regular al territorio, en tanto como se señaló, su otorgamiento es muy bajo (en torno al 8-10%), su tramitación extensa y los documentos exigidos difíciles de obtener.

Si se compara con otras comunidades de NNA extranjeros, otras nacionalidades como la colombiana experimentan una subida en los últimos años, pero es de carácter leve en relación con los venezolanos. Por ejemplo, las entradas irregulares de NNA colombianos de 2020 a 2021 aumentan 9 veces y de 2021 a 2022 se duplican.

### 3.2 Más allá de la normativa: desafíos prácticos en la regularización de NNA que ingresan por pasos no habilitados

En el proceso de regularización de NNA que ingresan por pasos no habilitados, se identifican al menos tres desafíos que dificultan el acceso efectivo de los NNA a sus derechos:

- a) la titularidad para solicitar los permisos;
- b) la limitación de extender el proceso de regularización al grupo familiar del NNA; y,
- c) la solicitud de documentos que en la práctica resultan imposibles de cumplir.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 45 del Decreto 177 de 2022 que establece las categorías migratorias de residencia temporal, se regula la obligación del Estado de otorgar permiso a NNA que se encuentren en territorio nacional, independientemente de la situación administrativa de sus progenitores o personas encargadas de su cuidado. Un primer desafío es que la titularidad se otorga a los progenitores y/o representantes del NNA, desconociendo la eventual capacidad del NNA de realizarlo de forma autónoma, cuando el NNA reúna las condiciones necesarias para hacerlo. So-

bre el particular se reconoce a partir del principio de autonomía progresiva, un campo de acción propio que se basa en la dignidad intrínseca de cada ser humano y en el desarrollo libre de su personalidad, principios que respaldan especialmente una interpretación amplia de la capacidad de actuación, equiparándola a la capacidad natural, y, por consiguiente, una interpretación restrictiva en cuanto a sus limitaciones<sup>47</sup>. En este sentido, Ravetllat y Mondaca proponen la implementación de una presunción *iuris tantum* de capacidad en favor de los individuos mayores de 14 años para que puedan iniciar personalmente los trámites de visas<sup>48</sup>.

El segundo desafío se relaciona con la imposibilidad expresa de extender el proceso de regularización al resto del grupo familiar del NNA, desconociendo que la protección del núcleo familiar constituye *prima facie* una protección de la niñez migrante<sup>49</sup>. A mayor abundamiento, resulta desproporcionado en relación con los derechos del NNA a la unidad familiar en consideración a su ISDN, adoptar medidas de expulsión de sus referentes familiares por la comisión de una infracción migratoria<sup>50</sup>.

El tercer desafío dice relación con la exigencia de requisitos imposibles de cumplir para ciertos grupos. Aunque desde el 12 de septiembre de 2022 el SERMIG habilitó en su plataforma digital la categoría de solicitud de visa de NNA que ingresan por pasos no habilitados, dicho trámite exige contar con: la imagen del pasaporte o constancia del mismo en trámite, el certificado de nacimiento del NNA, los documentos de identificación y nacimiento de padres o tutores y la declaración jurada de expensas o custodia firmada ante notario. Asimismo, se requiere la apostilla y legalización de dichos documentos<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> ASCENSIO, Miguel. *Patria potestad minoría de edad y derecho a la salud*. Madrid: Editorial Dykinson, 2012. p. 31.

<sup>48</sup> RAVETLLAT, Isaac; MONDACA, Alexis. Niños, niñas y adolescentes migrantes ¿También primeros en la fila? *En*: MONDACA, Alexis; ILLANES, Alejandra (eds.). *Lecciones de derecho de la infancia y la adolescencia*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2021. p. 197-219. p. 208-209.

<sup>49</sup> PELACANI, Gracy. Niñez migrante en Colombia: grises del aclamado estatuto temporal de protección. *Foro Revista de Derecho*, Quito, n. 37, p. 33-51, 2022. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8289162>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>50</sup> DIAZ, Juliana; LUCERO, Jairo. Interés Superior del Niño/a en la nueva regulación migratoria en Chile: desafíos en las medidas de expulsión, reconducción y retorno asistido. *En*: BOBADILLA, L. (ed.). *Niñez en Clave Migratoria*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2022, p. 83-106. p. 102.

<sup>51</sup> INFOMIGRA. *Habilitada solicitud de residencia temporal para menores*

Aunque la habilitación del trámite constituye un avance, en tanto es positivo contar con un procedimiento establecido, un porcentaje relevante de NNA que entran a Chile no tienen la posibilidad de contar con esos documentos y por ende acceder a regularizarse. Precisamente el requerimiento de documentos de identidad como el pasaporte (apostillado) resultan imposibles de cumplir para una mayoría de los NNA que ingresan por pasos no habilitados a Chile. Según el informe de la “Campaña por una Niñez con Derechos Sin Fronteras”,

más de la mitad de los casos registrados, no cuentan con pasaporte de sus países de origen (57,8%) y aunque un 98% cuenta con partida, acta o registro de nacimiento, solo un 40% de estos se encuentran apostillados o legalizados<sup>52</sup>.

En efecto, como evidencia la literatura especializada la falta de un certificado de nacimiento apostillado es un problema grave, ya que impide acceder a la regularización, además, en este país los procesos de regularización experimentan demoras significativas y tiempos excesivos de tramitación, por lo que la regularización “en la práctica ha tenido problemas de aplicación que terminan por desproteger a NNA”<sup>53</sup>, pues la exigencia documental se ha transformado en un obstáculo insuperable, que impide garantizar el pleno acceso de los derechos de NNA.

Además, exigir estos documentos contraría el artículo 45 del Decreto 177 de 2022 que dispone que la ausencia de documento de identidad o pasaporte no puede constituir un obstáculo para su regularidad, haciendo una remisión expresa al artículo 14 del Decreto 296 de 2022. Por ende, ante la ausencia de documentación, las entidades estatales y particularmente el SERMIG, se encuentran en la obligación de gestionar los documentos a través de la comunicación con el consulado del país de nacionalidad o residencia del NNA.

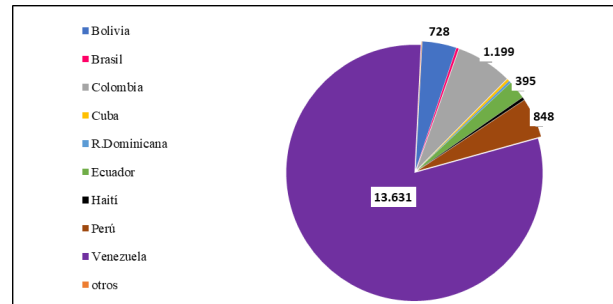
de edad que hicieron ingreso por paso no habilitado al país. 2022. Disponible en: <https://www.infomigra.org/habilitada-solicitud-de-residencia-temporal-para-menores-de-edad-que-hicieron-ingreso-por-paso-no-habilitado-al-pais/>. Acceso en: 12 jun. 2023.

<sup>52</sup> CORPORACIÓN COLECTIVO SIN FRONTERAS Y LA COORDINADORA NACIONAL DE INMIGRANTES DE CHILE. *Niñez migrante en contexto de ingreso irregular y sus derechos*: informe de la Campaña por una Niñez con Derechos Sin Fronteras, 2021-2022. Santiago: Editorial Aun creemos en los sueños, 2022. p. 64.

<sup>53</sup> VARGAS, Francisca; CÁRDENAS, Massiel. La visa temporaria de niños, niñas y adolescentes: de la teoría a la práctica. En: RAVETLLAT, Isaac; BOBADILLA, María. (eds.). *Niñez, Familia, migración y derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 181-204.

Si se revisan las estadísticas, se observa que en Chile los ingresos por pasos no habilitados de NNA se concentran en un 80% en NNA de nacionalidad venezolana, tal como se grafica a continuación:

**Gráfico 7** – NNA con ingreso irregular a Chile según nacionalidad de 2017 a 2022



**Fuente:** elaboración propia en base a información remitida por Carabineros ante solicitud de transparencia N° AD009W 0066063 de 16 de marzo de 2023.

Como se exhibe, en el período analizado Venezuela detenta el mayor número de entradas clandestinas, Colombia el 7% y Bolivia un 4%, estas tres comunidades detentan el 87% del total de ingresos irregulares de NNA a Chile. Ante la magnitud que alcanzan los NNA venezolanos en esta categoría, se debe considerar, que estudios referidos a migración venezolana en Chile destacan las “dificultades para regularizar los papeles debido a una serie de restricciones que operan en el país de origen y en el de llegada”<sup>54</sup>. En el caso de los NNA venezolanos les resulta muy complejo obtener o renovar los documentos para optar a la regularización y/o hacerlo tiene un costo muy elevado, lo que los conmina a una situación de irregularidad indefinida, intensificando sus condiciones de precariedad. Por lo mismo, atendido a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran estos NNA, se requiere implementar respuestas flexibles y adaptadas al contexto de movilidad forzada.

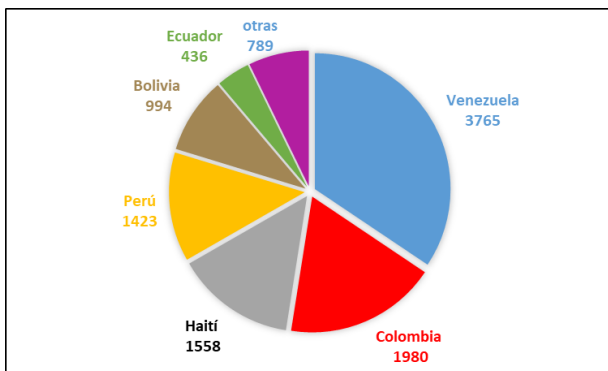
Entonces, considerando las dificultades de acceder a documentos de identidad, así como los riesgos de extraviarlos durante su travesía y el panorama de desplazamiento forzado, resulta indispensable que la institucionalidad chilena promueva la generación de nuevas estrategias que permitan la regularización de NNA. Con

<sup>54</sup> STEFONI, Carolina; SILVA, Claudia; BRITO, Sebastián. Migración venezolana en Chile: la (des)esperanza de los jóvenes. En: GANDINI, Luciana; LOZANO, Fernando; PRIETO, Victoria. *Crisis y migración de población venezolana: entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, p. 259-284. p. 259.

ello, no se pretende desestimar la necesidad de acreditar la identidad de NNA y sus referentes adultos para prevenir el tráfico y explotación, sino enfatizar la necesidad de establecer procesos no formalistas, no restrictivos y con enfoque de niñez<sup>55</sup>. Una de las soluciones sería flexibilizar los requisitos de documentación que obstaculizan su regularización.

Ahora si se examinan los registros administrativos, en Chile se han concedido en 2022 10.945 permisos de residencia temporal por razones humanitarias a NNA<sup>56</sup>. Un número no menor, teniendo en cuenta que corresponde a un único año. No obstante, es una cifra insuficiente para afrontar la magnitud de la migración por pasos no habilitados. Estas visas se han otorgado a NNA de las siguientes comunidades de extranjeros:

**Gráfico 8** – Permisos de residencia temporal otorgados en 2022 a NNA por razones humanitarias según principales comunidades de extranjeros



**Fuente:** elaboración propia en base a cifras de SERMIG (2023).

Como se muestra más de un tercio de estas visas han sido concedidas a NNA venezolanos, luego viene Colombia (18%), Haití (14%) y Perú (13%), estos cuatro colectivos concentran el 80% de los permisos otorgados a NNA por razones humanitarias, lo que resulta coincidente con las principales nacionalidades que des-

<sup>55</sup> En este sentido, se ha planteado la posibilidad de acreditar la identidad de NNA a través de pruebas de ADN. GREENE, Tomás. Identidad y filiación para evitar vulneraciones de niños, niñas y adolescentes que ingresan a Chile por pasos no habilitados. *El Mostrador*, 2022. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2022/10/14/identidad-y-filiacion-para-evitar-vulneraciones-de-ninos-ninas-y-adolescentes-que-ingresan-a-chile-por-pasos-no-habilitados/#:~:text=Debemos%20tener%20en%20cuenta%20que,les%20exige%20contar%20con%20ellos>. Acceso en: 12 jun. 2023.

<sup>56</sup> SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES. *Estadísticas generales registro administrativo*: reporte 1. 2023. Disponible en: <https://serviciomigraciones.cl/wp-content/uploads/2023/05/230529-Reporte-1-Estadísticas-SERMIG.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.

tacan en la movilidad forzada de infancia y adolescencia en Chile.

### 3.3 Reconducción de niños, niñas y adolescentes: algunas luces a partir de la Resolución Exenta N° 17.548 del SERMIG

Otro escenario que se genera frente a NNA que ingresan por pasos no habilitados es la posibilidad de ser sometidos a reconducción o devolución inmediata (artículo 131 de la Ley 21.325). Bajo este precepto, los extranjeros que sean sorprendidos por la autoridad contralora, intentado ingresar eludiendo el control migratorio, deberán ser inmediatamente reembarcados a la frontera por la cual se intentó entrar.

En la reconducción se distinguen dos momentos: uno en el que se discutía la posibilidad de su aplicación frente a NNA y un segundo momento generado a partir de la Resolución exenta N° 39798 del SERMIG de 28 de abril de 2022<sup>57</sup> que zanja la discusión.

En ese primer momento surgieron cuestionamientos sobre:

- la naturaleza de la reconducción y la posibilidad de aplicarla frente a NNA;
- el impacto de la aplicación de la reconducción frente a la unidad familiar del NNA, y,
- la aplicación de la garantía del ISDN en el procedimiento contemplado para la reconducción<sup>58</sup>.

Para comprender adecuadamente el mecanismo de reconducción, es importante comenzar por precisar su naturaleza. Si la reconducción ostenta un carácter sancionatorio no podrá aplicarse a NNA, en tanto el poder sancionador del Estado se encuentra limitado. *A contrario sensu*, descartado su carácter sancionador, se podría aplicar a NNA.

Ante la posibilidad de aplicar la reconducción a NNA, se debe acudir a la función hermenéutica del ISDN, que exige optar por aquella interpretación que

<sup>57</sup> SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES. *Resolución exenta N° 39798/2022*. Disponible en: [https://drive.google.com/file/d/1sAPg0ZSil7pW\\_8MVGdQmg38oCFgWlqM0/view](https://drive.google.com/file/d/1sAPg0ZSil7pW_8MVGdQmg38oCFgWlqM0/view). Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>58</sup> DIAZ, Juliana; LUCERO, Jairo. Interés Superior del Niño/a en la nueva regulación migratoria en Chile: desafíos en las medidas de expulsión, reconducción y retorno asistido. En: BOBADILLA, L. (ed.). *Niñez en Clave Migratoria*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2022, p. 83-106. p. 92 y ss.

genere una mayor garantía a los derechos de NNA y por ende, una menor limitación a los mismos<sup>59</sup>. Así, se advertía que, dada la posible naturaleza sancionatoria de la medida, ésta no puede ser aplicada a NNA.

A mayor abundamiento, hay que considerar la postura similar adoptada por el Tribunal Constitucional que llevó a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 132 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería<sup>60</sup>, que contemplaba el retorno asistido de NNA no acompañados y separados de sus referentes familiares, en tanto suponía reconocer una vulneración integral de sus derechos, por lo que la devolución tampoco debiese ser aceptada. Bajo el argumento esbozado por el Tribunal, es posible afirmar que, ante NNA que ingresan al país por pasos no habilitados y derivada de su vulnerabilidad interseccional, se exige un mecanismo integral de protección que no se satisface a través de la aplicación de la devolución, en tanto, “se aleja de la certeza jurídica mínima y contribuye a una indeterminación que incrementa la vulnerabilidad sobre -su- situación”<sup>61</sup>.

Lo segundo es en torno al impacto que la aplicación de la reconducción pudiera tener frente al derecho a la unidad familiar del NNA. Particularmente problemático cuando el NNA se encuentre viajando con sus progenitores o referentes familiares, y aunque inicialmente la medida no fuese aplicable al NNA, su aplicación a sus referentes familiares generaría un impacto profundo en el derecho a la unidad familiar, y consecuentemente una vulneración mayor.

Finalmente se cuestionaba la posibilidad de aplicación de la reconducción por parte de funcionarios, cuyas decisiones carecían de motivación y de un análisis exhaustivo del ISDN<sup>62</sup>. En efecto, la implementación de

esta medida sin la intervención de una entidad veedora de la garantía de los derechos de NNA que podrían ser vulnerados durante dicho procedimiento, así como la falta de consideración del ISDN en relación a los escenarios que podrían surgir, constituía una transgresión a la Ley N° 21.325, desconociendo las exigencias devenidas de su artículo cuarto.

Estos cuestionamientos fueron resueltos por la Resolución exenta N° 39798 del SERMIG que complementa la Resolución exenta N° 17.548 que aprobó el Protocolo de instrucciones para la reconducción de extranjeros<sup>63</sup>. Bajo esta resolución se termina por reconocer que la reconducción no puede ser aplicada a NNA, ni a sus referentes familiares que lo acompañen, debiendo permitir su ingreso al territorio nacional<sup>64</sup>.

En Chile, desde la existencia del mecanismo de reconducción a abril de 2023, se registra la reconducción de una niña de nacionalidad boliviana en la Región de Tarapacá en el año 2022. Esta cifra remitida por Carabineros ante solicitud por Ley de Transparencia advierte que, entre febrero de 2022 y abril de 2023, de 6.563 extranjeros sometidas al procedimiento de reconducción inmediata, una corresponde a una persona menor de 18 años<sup>65</sup>. Lo que no debería haberse efectuado, en especial a la luz del respeto de los derechos de los NNA, materia, que como se señaló, ya se pronunció el Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad de la disposición referida a “Retorno asistido de niños, niñas y adolescentes”, en tanto estimó que no cumplía con el estándar nacional e internacional de protección de NNA<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO/A. *Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*: artículo 3, párrafo 1. 2013. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>60</sup> CHILE. *Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de diversas disposiciones contenidas en el Proyecto de Ley de migración y extranjería*, boletín N° 8.970-06, Rol 9930-2020. 29 ene. 2021. Disponible en: [https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/01/STC\\_9930\\_20\\_CPT.pdf](https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/01/STC_9930_20_CPT.pdf). Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>61</sup> CHILE. *Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de diversas disposiciones contenidas en el Proyecto de Ley de migración y extranjería*, boletín N° 8.970-06, Rol 9930-2020. 29 ene. 2021. Disponible en: [https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/01/STC\\_9930\\_20\\_CPT.pdf](https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/01/STC_9930_20_CPT.pdf). Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>62</sup> DIAZ, Juliana; LUCERO, Jairo. Interés Superior del Niño/a en la nueva regulación migratoria en Chile: desafíos en las medidas de

expulsión, reconducción y retorno asistido. En: BOBADILLA, L. (ed.). *Niñez en Clave Migratoria*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2022, p. 83-106. p. 92-93.

<sup>63</sup> SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES. *Resolución exenta N° 17548/2022*. Disponible en: [https://drive.google.com/file/d/18WnjkcG\\_M-2dbuZMzATSNSW28ODhWITp/view](https://drive.google.com/file/d/18WnjkcG_M-2dbuZMzATSNSW28ODhWITp/view). Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>64</sup> SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES. *Resolución exenta N° 39798/2022*. Disponible en: [https://drive.google.com/file/d/1sAPg0ZSil7pW\\_8MVGdQmg38oCFgWlqM0/view](https://drive.google.com/file/d/1sAPg0ZSil7pW_8MVGdQmg38oCFgWlqM0/view). Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>65</sup> Según datos remitidos por Carabineros de Chile ante solicitud de información AD010T0020482 de 2023.

<sup>66</sup> CHILE. *Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de diversas disposiciones contenidas en el Proyecto de Ley de migración y extranjería*, boletín N° 8.970-06, Rol 9930-2020. 29 ene. 2021. Disponible en: [https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/01/STC\\_9930\\_20\\_CPT.pdf](https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/01/STC_9930_20_CPT.pdf). Acceso en: 22 jun. 2023.

La información remitida requiere ser corroborada, pues un periódico digital chileno de circulación nacional, publicó en abril de 2022, que “Otras cifras que entregó Interior, corresponde a los niños, niñas y adolescentes (NNA) que acompañan a los adultos que son parte de los procedimientos de reconducción. El total corresponde a 2.512 NNA”<sup>67</sup>.

Este número comprendería el período de febrero a mediados abril de 2022, esto es, desde la vigencia de la medida de reconducción hasta la publicación de la noticia. Este dato expone un escenario mucho más gravoso en cuanto a NNA afectados en Chile por la reconducción, ya que no se trataría de una niña, sino de más de 2000 NNA. Precisamente con el fin de aclarar la gran brecha entre lo divulgado en prensa y lo remitido por Carabineros, se efectuó una nueva solicitud de información pidiendo enviar el número de NNA reconducidos solos o que acompañan procesos de reconducción de adultos<sup>68</sup>. En septiembre de 2023 la Policía de Investigaciones respondió que no contaba con la información en los términos solicitados, por lo que no mandó cifra alguna, así que no fue posible saber si lo anunciado en el periódico es verídico. Lo que, sin duda, es de la mayor preocupación considerando que se trata de datos vitales para comprender la magnitud de la reconducción en infancia y adolescencia.

Eso sí, debido a otra solicitud de información, en que se pidió el número de causas de niñas, niños y adolescentes por ingreso irregular a Chile<sup>69</sup>, se facilitó el acceso al “Informe nacional actualizado al 30 de abril del 2023 sobre órdenes de búsquedas de niños, niñas y/o adolescentes con medida de protección referida a ingresos residenciales”, el que registra 4.295 NNA con ingreso a centros residenciales y 252 NNA con orden de búsqueda, lo que permite vislumbrar la alta cantidad de NNA en situación de vulneración o riesgo de afectación de sus derechos.

A lo anterior, cabe adicionarle que

<sup>67</sup> PÉREZ, Graciela. *Macrozona Norte*: 85% de reconducciones de extranjeros que ingresaron de forma irregular fueron rechazadas. 2023. <https://latercera.com/nacional/noticia/macrozona-norte-85-de-reconducciones-de-extranjeros-que-ingresaron-de-forma-irregular-fueron-rechazadas/N32OZMUPNZG2XDQGMWPL-F64A4/>. Acceso en: 06 oct. 2023.

<sup>68</sup> Según datos remitidos por la Policía de Investigaciones ante solicitud de información AD010T0021980 de 25 de agosto de 2023.

<sup>69</sup> Solicitud de información NR001T0008561 de 12 de septiembre de 2023 efectuada al Poder Judicial.

Según las cifras del Servicio Nacional de Migración de Panamá, desde 2019 ya han cruzado más de 16 mil niños chilenos por la Selva del Darién: 515 en 2019, 531 en 2020, 9.587 en 2021 (año peak), 1.805 en 2022 y 4.062 hasta agosto del presente año [2023]<sup>70</sup>.

Lo que podría dar cuenta, por una parte, de la dificultad de regularizarse en Chile, y por otra parte, expone que otorgar una protección parcializada al NNA como individuo no perteneciente a un grupo familiar es insuficiente. Justamente esta política termina por generar fenómenos como el de la migración de NNA chilenos por el Darién, una peligrosa travesía de muerte y vulnerabilidad extrema, que no hace más que agudizarse, en especial si se considera que

Según cifras de Migración Panamá, 52.773 niños, niñas y adolescentes ya han cruzado la inhóspita selva del Darién en los primeros siete meses de 2023, comparado con los 10.407 niños que pasaron en el mismo periodo del año pasado<sup>71</sup>.

## 4 El Interés Superior del Niño/a y estándares de protección de los derechos de NNA migrantes

De forma previa a abordar los estándares internacionales sobre la protección reforzada de NNA migrantes, se debe considerar la vulnerabilidad interseccional de NNA migrantes en situación irregular, que deviene en una exigencia de especial protección por parte de los Estados.

### 4.1 Vulnerabilidad interseccional de NNA migrantes en situación irregular

La vulnerabilidad interseccional dice relación con la interacción de múltiples factores que incrementan el riesgo de sufrir discriminación y vulneración de derechos, así como la forma en la que interactúan dichos ele-

<sup>70</sup> ASCENCIO, Cristián. 16 mil niños chilenos cruzaron el paso de la muerte del Darién para llegar irregularmente a EE.UU. *El Mostrador*, 2023. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2023/10/05/16-mil-ninos-chilenos-cruzaron-el-paso-de-la-muerte-del-darien-para-llegar-ilegalmente-a-eeuu/> Acceso en: 06 oct. 2023.

<sup>71</sup> CORREA, Alexandra. Vulnerabilidad extrema: los niños que atraviesan el Darién. *DW*, 2023. Disponible en: <https://www.dw.com/es/vulnerabilidad-extrema-cada-vez-m%C3%A1s-ni%C3%B1os-atravesan-el-dari%C3%A9n/a-66828077>. Acceso en: 06 oct. 2023.

mentos<sup>72</sup>. Los NNA migrantes están sujetos a una vulnerabilidad interseccional, relacionada con el factor etario, el estatus administrativo, las condiciones socioeconómicas, entre otros, que intensifican las consecuencias de estas travesías<sup>73</sup>. Lo que se verifica particularmente frente a NNA extranjeros que ingresan irregularmente en Chile, en tanto, se adicionan categorías como la edad, la situación administrativa, el género y otros elementos contextuales, que terminan por afectar el goce efectivo de sus derechos.

En efecto, los NNA migrantes que entran por pasos no habilitados ostentan *per se* una triple condición de vulnerabilidad: en su calidad de sujetos menores de edad, por ser migrantes y por su irregularidad. Derivado de ello, se exige a los Estados una protección reforzada a través de la incorporación del enfoque de niñez en la política migratoria. Dicha perspectiva insta a la consideración primordial de la condición de NNA en su tratamiento, con la consecuente prevalencia de sus derechos sobre la seguridad y control migratorio.

El factor cronológico genera una necesidad de mayor protección por ser sujetos en desarrollo, lo que puede acentuar las consecuencias dañinas devenidas de la separación de su entorno familiar y la movilidad forzada. Aunado a ello, la situación irregular expone a NNA a riesgos de detención y explotación, tanto por agentes estatales como no estatales. A su vez, el género puede intensificar también algunas formas de violencia a la que están expuestas mayoritariamente las niñas, mujeres y disidencias sexuales como la violencia de género, abuso y explotación sexual y acceso limitado a servicios de salud sexual y reproductiva. Finalmente, las condiciones económicas precarias incrementan los riesgos de marginalización y falta de acceso a servicios básicos<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> CRENSHAW, Kimberly. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, Chicago, v. 8, n. 1, p. 139-167, 1989. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>. Acceso en: 22 jun. 2023; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015.

<sup>73</sup> COCINA-CHOLAKY, Martina. El refugio en Chile: panorama de la última década. En: RAVETLLAT, Isaac; MONDACA, Alexis. (eds.) *Extranjería y migración en el sistema jurídico chileno. Comentarios a la Ley de Migración y Extranjería*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 85-122. p.151.

<sup>74</sup> ACNUR. *Global Report 2020*. 2021. Disponible en: [https://reporting.unhcr.org/sites/default/files/gr2020/pdf/GR2020\\_English\\_Full\\_lowres.pdf](https://reporting.unhcr.org/sites/default/files/gr2020/pdf/GR2020_English_Full_lowres.pdf). Acceso en: 22 jun. 2023.

## 4.2 Los estándares nacionales e internacionales del ISDN de NNA migrantes

Explicitadas las condiciones de vulnerabilidad de NNA que ingresan irregularmente, se identificarán las manifestaciones del ISDN y los estándares de protección en el ámbito interno e internacional.

El ISDN se incorpora expresamente mediante el artículo 4 de la Ley 21.325, que reconoce que en todas las medidas adoptadas en las que se vean involucrados intereses de NNA se deberá asegurar el pleno goce de sus derechos, desde su ingreso al país y con independencia de su situación administrativa. En este sentido, el ISDN exige del Estado una protección reforzada de los NNA migrantes, circunstancia que se traduce en una serie de obligaciones adicionales frente a las autoridades administrativas y judiciales. En efecto, la normativa incorpora disposiciones destinadas a:

- I. limitar la aplicación de ciertas medidas frente a NNA,
- II. eliminar ciertos requisitos para el acceso a un derecho y,
- III. promover disposiciones que exigen un tratamiento prioritario de NNA.

a) Un primer reflejo del límite del poder del Estado impuesto por el ISDN se encuentra en el artículo cuarto que establece que los NNA que incurran en alguna infracción migratoria no podrán ser sujetos a las sanciones que dispuestas por la ley. Similar sentido, dispone el artículo 134 que impide la aplicación de las medidas de expulsión frente a NNA. Estas disposiciones van en línea con lo dispuesto por el Comité de los Derechos del Niño que reconoce que la detención o aplicación de medidas sancionatorias dirigidas contra NNA a causa de su situación migratoria o la de sus padres, constituye una violación de sus derechos, supera el requisito de necesidad, resulta desproporcionada y contraviene el ISDN<sup>75</sup>. No obstante, la protección brindada por el estándar internacional es mayor, por cuanto no solo limita el poder sancionatorio del Estado frente al NNA, sino también a sus referentes familiares.

<sup>75</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO/A. *Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*: artículo 3, párrafo 1. 2013. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.

Por lo tanto, el ISDN exige que la intervención estatal a través de su poder sancionador, se limite al mínimo posible, siendo además la separación del entorno familiar una medida de *ultima ratio* y excepcional<sup>76</sup>. Ello, considerando que medidas que restringen la libertad personal obstaculizan sistemáticamente el ejercicio de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en contextos de privación de la libertad<sup>77</sup>.

b) Una segunda manifestación del ISDN en las disposiciones de la Ley de Migración, se evidencian al eliminar ciertas condiciones exigidas para el goce de algún derecho. Así sucede con el artículo 16 sobre acceso a seguridad social y beneficios de cargo fiscal, que incorpora un tratamiento diferencial frente a NNA, al disponer que, frente a NNA no operan los requisitos de tiempo de permanencia mínimo en el país (24 meses) para gozar de las prestaciones y beneficios de seguridad social no contributivos financiados en su totalidad con recursos fiscales. Sin embargo, la disposición incorpora una paradoja, en tanto si bien reconoce el derecho de NNA de acceder a una serie de derechos sociales, éstos requieren la legitimación de sus representantes legales, los que, al encontrarse en irregularidad, no podrán postular a dichos beneficios, puesto que no cuentan con la exigencia de cédula de identidad vigente<sup>78</sup>.

Esa manifestación del ISDN se encuentra íntimamente ligada con el principio de no discriminación, que consagra que todos los NNA tienen derecho a disfrutar de sus derechos humanos sin discriminación de ningún tipo. Por lo que los Estados no solo ostentan una obligación de carácter pasiva (no hacer), sino también la exigencia de adoptar medidas encaminadas a garantizar que todos los NNA tengan igualdad efectiva para el disfrute de sus derechos<sup>79</sup>, incluidos los NNA migrantes,

con independencia de su nacionalidad, estatus administrativo o cualquier otra característica.

A su vez, la protección reforzada que exige el ISDN frente a los NNA se relaciona con la idea de los derechos humanos como universales, interdependientes e indivisibles. Es a partir de esa exigencia que el ordenamiento jurídico chileno ha adoptado medidas en el ámbito educativo<sup>80</sup> y sanitario, para que NNA puedan acceder a estos derechos con independencia de su situación administrativa.

Cabe comprender que las medidas implementadas por el Estado chileno resultan insuficientes si no se logra la regularización, condición básica para el derecho integral de los derechos. Así, se debe considerar verbigracia, que la falta de regularización de NNA puede impactar su derecho a optar por beneficio de gratuidad, el cual, como establece el artículo 103 de la Ley 21.091, exige como requisito *sine qua non* contar con residencia temporal (en caso de haber egresado de la enseñanza media en Chile) o con residencia permanente. Por ende, los NNA que no han alcanzado a regularizarse quedarían automáticamente excluidos de optar por este beneficio, constituyéndose en un obstáculo para acceder a la educación superior.

a) La tercera manifestación del ISDN se concreta en la exigencia de promoción y protección prioritaria de los derechos de NNA. Lo que se refleja en el artículo 19 de la ley 21.325 que establece que frente a las solicitudes de reunificación familiar de NNA, se exige una tramita-

General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial: artículo 3, párrafo 1. 2013. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>80</sup> A partir del 2017 el Ministerio de Educación entrega un documento de identificación denominado identificador provisorio escolar "IPE", que permite incorporarse al sistema escolar, correspondiente a educación parvulario, básica y media; así como un identificador de provisorio de apoderado "IPA" destinado a aquellos extranjeros que no contando con RUN deseen incorporarse como apoderados en el sistema de admisión escolar. CHILE. Ministerio de Educación Nacional. *Ord. No. 329 complementa oficio ORD. No. 894 de 7 de noviembre de 2016 de la subsecretaría de Educación, en materias que se explicitan*. 2017. Disponible en: <https://migrantes.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/88/2018/06/Lineamientos-internos-para-favorecer-la-inclusi%C3%B3n-de-estudiantes-extranjeros.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023; CHILE. Ministerio de Educación Nacional. *Ord. No. 915 complementa oficios Ords. Nos. 894 de 2016 y 329 de 2017, ambas de la subsecretaría de Educación, en el sentido que se indica*. 2018. Disponible en: [https://migrantes.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/88/2020/10/ORD-915\\_2018-Actualizaci%C3%B3n-SAE-IPE-IPA.pdf](https://migrantes.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/88/2020/10/ORD-915_2018-Actualizaci%C3%B3n-SAE-IPE-IPA.pdf). Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>76</sup> CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. En: GARCÍA, Emilio (ed.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá: Editorial Temis, 1998, p. 70-85. p. 83.

<sup>77</sup> DIAZ, Juliana. La aleatoriedad de la condición de víctimas y/o victimarios de la infancia y adolescencia en el conflicto armado colombiano. *Revista CES Derecho*, v. 10, n. 2, p. 566-590, 2019. Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S2145-77192019000200566&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S2145-77192019000200566&script=sci_abstract&tlng=es). Acceso en: 06 nov. 2023.

<sup>78</sup> CORPORACIÓN COLECTIVO SIN FRONTERAS Y LA COORDINADORA NACIONAL DE INMIGRANTES DE CHILE. *Niñez migrante en contexto de ingreso irregular y sus derechos: informe de la Campaña por una Niñez con Derechos Sin Fronteras, 2021-2022*. Santiago: Editorial Aún creemos en los sueños, 2022. p. 25.

<sup>79</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO/A. *Observación*



ción prioritaria; así sucede también en el artículo 22 que exige en la definición de la política migratoria la consideración primordial de aquellos grupos en situación de vulnerabilidad, entre los que se encuentran los NNA.

Lo anterior de conformidad a lo establecido por el artículo 10 de la Convención sobre los derechos del niño/a que señala que las solicitudes de reunificación familiar deben procesarse de forma “positiva, humanitaria y expeditiva”. En el mismo sentido, lo reitera el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en conjunto con el Comité de los Derechos del Niño/a<sup>81</sup>. En una línea similar, la literatura especializada subraya la necesidad de crear mecanismos simples y transparentes en la gestión de la movilidad<sup>82</sup>, especificando que por la vulnerabilidad de la infancia y adolescencia el Estado requiere otorgar una protección y atención especial<sup>83</sup>.

Por consiguiente, la normativa nacional ostenta plena correspondencia con los estándares internacionales que consagra el derecho a la protección de la vida familiar como un derecho humano, que demanda de los Estados el respeto, protección y aplicación sin ningún tipo de discriminación. Esta garantía tiene dos dimensiones: una negativa relativa a la limitación de los poderes del Estado en la adopción de medidas que provoquen la separación del entorno familiar, y una dimensión positiva relacionada con la necesidad de implementar medidas que permitan mantener la vida familiar, incluida la reunificación familiar<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general conjunta núm. 4 y núm. 23, sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, 16 de noviembre de 2017-a*. Documento CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5bd788294.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>82</sup> DIAS, Marcelo *et al.* O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 254-266, 2017. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/4682/pdf>. Acceso en: 05 nov. 2023.

<sup>83</sup> SICOCHÉ, Bernardo. O direito internacional e a proteção dos direitos de crianças e de adolescentes em conflito com a lei em Moçambique. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 667-683, 2015. Disponible en: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3565>. Acceso en: 05 nov. 2023.

<sup>84</sup> COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general conjunta núm. 4 y núm. 23, sobre las obligaciones de los*

Adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño ha reconocido que la protección a la unidad familiar no puede interpretarse de forma restringida, debiendo incluir no solo a los progenitores (biológicos, adoptivos o de acogida), sino también a los miembros de familia ampliada y comunitaria, de conformidad con la costumbre local<sup>85</sup>.

Con todo, cabe advertir que además de las manifestaciones expresas del ISDN en las disposiciones de la ley, su carácter es transversal a todas las medidas adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, los órganos legislativos, y las autoridades administrativas, incluido el SERMIG. Así lo dispuso la Excelentísima Corte Suprema, cuando señaló que el ISDN es un principio:

[...] de vigencia transversal en nuestro ordenamiento jurídico, el que si bien presenta un contenido indeterminado sujeto a la comprensión y la extensión de cada sociedad y su momento histórico le asignen, puede sostenerse que alude o dice relación con la satisfacción integral de sus derechos, en todos los ámbitos de su desarrollo [...] <sup>86</sup>.

Es precisamente en este contexto, que reconociendo la obligación de protección y promoción reforzada de los Estados frente a los derechos de NNA, se desprende que la consideración del ISDN supera ampliamente cualquier decisión fundada en el control general de la migración. De este modo, los estándares internacionales reconocen el principio de no devolución y la prohibición de la expulsión colectiva como garantías implícitas de los derechos humanos.

Bajo el principio de no devolución se limita a los Estados la posibilidad de expulsar a NNA, ante la eventual posibilidad de sufrir un daño irreparable al regresar. Entonces, los Estados no debieran rechazar a un NNA en frontera cuando exista un peligro de daño irreparable, con independencia del actor al que le sea imputa-

*Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, 16 de noviembre de 2017-a*. Documento CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5bd788294.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>85</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO/A. *Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*: artículo 3, párrafo 1. 2013. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.

<sup>86</sup> CORTE SUPREMA DE CHILE. *Sentencia Rol No. 2246-2009*. Disponible en: <https://vlex.cl/vid/planella-goyta-marcos-zubia-pinto-amaya-60054103>. Acceso en: 22 jun. 2023.

ble la vulneración de derechos (actores no estatales, por omisión o acción de los propios Estados). Aunado a lo anterior, se genera la prohibición de efectuar expulsiones colectivas, en tanto, no permiten el cumplimiento efectivo de las garantías procesales, acceso a la justicia, y tratándose de NNA, la aplicación *in concreto* del ISDN<sup>87</sup>.

En este escenario aparece la imposibilidad de aplicar medidas como la devolución a NNA, circunstancia que, atendiendo a la importancia de la unidad familiar, exige extenderse a los referentes familiares que acompañen al NNA, como lo dispone la Resolución Exenta N° 39798 del SERMIG<sup>88</sup>.

## 5 A modo de conclusión

La movilidad humana en los últimos años se ha incrementado en la región Latinoamericana y en Chile. Este aumento de las travesías ha ido en conjunto del alza de los desplazamientos forzados. En Chile en el período 2010-2022 se registran 4.087 solicitudes de refugio de NNA, de las que 232 han sido concedidas, 1.245 rechazadas y el restante (2.610) se encuentra en tramitación o desistidas, es decir, el 64% de las solicitudes no ha obtenido una respuesta por parte del Estado y apenas a un 6% de las solicitudes formalizadas se les ha otorgado refugio. Por ende, el refugio como mecanismo de protección es casi inexistente en este país, en particular en los últimos años. La situación no se ha modificado a pesar de que el escenario migratorio regional ha variado, en especial por la crisis venezolana, que a nivel histórico constituye uno de los mayores desplazamientos contemporáneos en la región.

Por tanto, Chile se encuentra al debe en términos de protección a NNA en contexto de movilidad forzada, lo que se torna más acuciante si se considera el marco regional actual marcado por el incremento del volumen de los flujos y su precarización. A pesar de que la niñez y la infancia requieran resguardo adicional por su situación particular de vulnerabilidad, lo que se observa es la escasa concesión del refugio, extensos tiempos de tra-

mitación de las solicitudes y requisitos adicionales a los legales. Frente a este panorama, aumentan los ingresos por pasos no habilitados y la irregularidad migratoria.

En este contexto se debe considerar que en virtud del ISDN el Estado chileno tiene la obligación reforzada de promoción y protección de los derechos de los NNA que residen en Chile, sin importar su situación migratoria. En particular frente a NNA que han ingresado por pasos no habilitados, el Estado debe regularizar su situación administrativa, en tanto la irregularidad constituye el primer obstáculo para el ejercicio de los demás derechos fundamentales.

Además, se debe tener presente que el principio de ISDN limita el poder sancionatorio del Estado frente a NNA. Por ello, tanto el poder sancionatorio como las facultades de control migratorio de los Estados ceden terreno a las necesidades de protección de NNA. Así sucede con la imposibilidad de aplicar sanciones por infracciones migratorias, así como la excepción a la aplicación de devolución de NNA y sus referentes familiares.

Aunque en este país se han adoptado ciertas medidas encaminadas a la protección de NNA con independencia de su situación administrativa, persisten importantes desafíos en la materia, tal como la dificultad para regularizarse que, aunque es plausible normativamente, *de facto* resulta complejo para la gran mayoría de NNA de nacionalidad venezolana que no cuentan con los documentos para la tramitación del permiso. Por lo mismo, una de las posibles líneas de investigación a desarrollar en un futuro es indagar en mecanismos de regularización flexibles al contexto de la movilidad de NNA, atendiendo a sus necesidades de protección y a las obligaciones emanadas del ISDN.

## Referencias

ACNUR. *Directrices de Protección Internacional: solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. 2009. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7763.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.

ACNUR. *Global Report 2020*. 2021. Disponible en: <https://reporting.unhcr.org/sites/default/files/>

<sup>87</sup> Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y Comité de los Derechos del Niño/OG 3-22 (2017), § 45-47.

<sup>88</sup> SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES. *Resolución exenta N° 39798/2022*. Disponible en: [https://drive.google.com/file/d/1sAPg0ZSil7pW\\_8MVGdQmg38oCFgWlqM0/view](https://drive.google.com/file/d/1sAPg0ZSil7pW_8MVGdQmg38oCFgWlqM0/view). Acceso en: 22 jun. 2023.

- gr2020/pdf/GR2020\_English\_Full\_lowres.pdf. Acceso en: 22 jun. 2023.
- ACNUR. *Informe semestral de tendencias*. 2022. Disponible en: <https://www.acnur.org/media/65312>. Acceso en: 12 jun. 2023.
- ACNUR. *Informe semestral de tendencias: Américas 2022*. 2022. Disponible en: <https://www.acnur.org/media/65879>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- ACNUR. *Política del ACNUR sobre los niños refugiados*. 1993. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/50ab8e6d2.html>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- ACNUR. *Tendencias globales de desplazamiento forzado en 2018*. 2019. Disponible en: <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/desplazados/refugiados-tendencias-globales-2018> Acceso en: 13 jun. 2023
- ACNUR. *Tendencias globales de desplazamiento forzado en 2020*. 2021. Disponible en: <https://www.unhcr.org/flagship-reports/es/tendenciasglobales/>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- ACNUR. *Tendencias globales de desplazamientos forzados en 2021*. 2022. Disponible en: <https://www.acnur.org/media/tendencias-globales-de-acnur-2021>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- ACNUR. *Tendencias globales desplazamiento forzado en 2018*. 2019. Disponible en: <https://www.acnur.org/media/tendencias-globales-de-desplazamiento-forzado-en-2018>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- ASCENSIO, Miguel. *Patria potestad minoría de edad y derecho a la salud*. Madrid: Editorial Dykinson, 2012.
- BOWEN, Glenn. Document analysis as a qualitative research method. *Qualitative Research Journal*, Cardiff, v. 9, n. 2, p. 27-40, 2009. Disponible en: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.3316/QRJ0902027/full/html>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- CHILE. *Ley n. 20.285, de 20 de agosto de 2008*. Acceso a la información pública. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=276363>. Acceso en: 06 nov. 2023.
- CHILE. *Ley n. 20.430, de 2010*. Establece disposiciones sobre protección de refugiados. Disponible en: <https://www.acnur.org/media/chile-ley-n-20-430-de-2010-establece-disposiciones-sobre-proteccion-de-refugiados>. Acceso en: 06 nov. 2023.
- CHILE. *Ley n. 21.325, 11 de abril de 2021*. Migración y Extranjería. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1158549>. Acceso en: 06 nov. 2023.
- CHILE. Ministerio de Educación Nacional. *Ley 21.091 sobre educación superior, del 29 de mayo de 2018*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1118991>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- CHILE. Ministerio de Educación Nacional. *Ord. No. 329 complementa oficio ORD. No. 894 de 7 de noviembre de 2016 de la subsecretaría de Educación, en materias que se explicitan*. 2017. Disponible en: <https://migrantes.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/88/2018/06/Lineamientos-internos-para-favorecer-la-inclusi%C3%B3n-de-estudiantes-extranjeros.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- CHILE. Ministerio de Educación Nacional. *Ord. No. 915 complementa oficios Ords. Nos. 894 de 2016 y 329 de 2017, ambas de la subsecretaría de Educación, en el sentido que se indica*. 2018. Disponible en: [https://migrantes.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/88/2020/10/ORD-915\\_2018-Actualiza-informaci%C3%B3n-SAE-IPE-IPA.pdf](https://migrantes.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/88/2020/10/ORD-915_2018-Actualiza-informaci%C3%B3n-SAE-IPE-IPA.pdf). Acceso en: 22 jun. 2023.
- CHILE. *Requerimiento de inconstitucionalidad respecto de diversas disposiciones contenidas en el Proyecto de Ley de migración y extranjería, boletín N° 8.970-06, Rol 9930-2020*. 29 ene. 2021. Disponible en: [https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/01/STC\\_9930\\_20\\_CPT.pdf](https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/01/STC_9930_20_CPT.pdf). Acceso en: 22 jun. 2023.
- CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. En: GARCÍA, Emilio (ed.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá: Editorial Temis, 1998, p. 70-85.
- COCINA-CHOLAKY, Martina. Contradicciones de la política migratoria chilena (2018-2022). *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, v. 89, p. 229-260, 2022. Disponible en: [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0251-34202022000200229](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202022000200229). Acceso en: 06 nov. 2023.
- COCINA-CHOLAKY, Martina. El refugio en Chile: panorama de la última década. En: RAVE'TLLAT, Isaac; MONDACA, Alexis. (eds.) *Extranjería y migración en el sistema jurídico chileno. Comentarios a la Ley de Migración y Extranjería*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 85-122.

- COCIÑA-CHOLAKY, Martina. El refugio en niños, niñas y adolescentes en Chile. *En: BOBADILLA, María; RAVETLLAT, Isaac. (eds.). Niñez, familia, migración y derechos.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, p. 147-180.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución 2/18 Migración forzada de personas venezolanas.* 2018. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO/A. *Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial:* artículo 3, párrafo 1. 2013. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general conjunta núm. 4 y núm. 23, sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, 16 de noviembre de 2017-a.* Documento CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5bd788294.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- CORPORACIÓN COLECTIVO SIN FRONTERAS Y LA COORDINADORA NACIONAL DE INMIGRANTES DE CHILE. *Niñez migrante en contexto de ingreso irregular y sus derechos: informe de la Campaña por una Niñez con Derechos Sin Fronteras, 2021-2022.* Santiago: Editorial Aún creemos en los sueños, 2022.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. Los métodos particulares de la investigación jurídica. *En: CORRAL TALCIANI, Hernán. Cómo hacer una tesis en derecho: curso de metodología de la investigación jurídica.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- CORREA, Alexandra. Vulnerabilidad extrema: los niños que atraviesan el Darién. *DW*, 2023. Disponible en: <https://www.dw.com/es/vulnerabilidad-extremacada-vez-m%C3%A1s-ni%C3%B1os-atraviesan-el-dari%C3%A9n/a-66828077>. Acceso en: 06 oct. 2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lhuy y otros Vs. Ecuador: excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.* Sentencia de 1 de septiembre de 2015.
- CORTE SUPREMA DE CHILE. *Sentencia Rol No. 2246-2009.* Disponible en: <https://vlex.cl/vid/planella-goyta-marcos-zubia-pinto-amaya-60054103>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- COURTIS, Corina. Niños, niñas y adolescentes refugiado/as en Chile: un cuadro de situación. *En: ACNUR; OIM; UNICEF. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile.* Santiago: Andros editores, 2012, p. 159-190.
- CRENSHAW, Kimberly. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics. *University of Chicago Legal Forum*, Chicago, v. 8, n. 1, p. 139-167, 1989. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=ucf>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- DEZORDI, Maiquel. A criminalização dos imigrantes em situação irregular na Itália: biopolítica e direito penal do autor. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 369-387, 2017. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4583>. Acceso en: 05 nov. 2023.
- DEZORDI, Maiquel. Direito penal (do autor) e imigração irregular na União Europeia. *Revista de Direito Internacional*, v. 8, n. 2, p. 167-204, 2011. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/1548/1433>. Acceso en: 05 nov. 2023.
- DIAS, Marcelo *et al.* O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 254-266, 2017. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/4682/pdf>. Acceso en: 05 nov. 2023.
- DIAZ, Juliana. La aleatoriedad de la condición de víctimas y/o victimarios de la infancia y adolescencia en el conflicto armado colombiano. *Revista CES Derecho*, v. 10, n. 2, p. 566-590, 2019. Disponible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S2145-77192019000200566&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S2145-77192019000200566&script=sci_abstract&tlng=es). Acceso en: 06 nov. 2023.
- DIAZ, Juliana; LUCERO, Jairo. Interés Superior del Niño/a en la nueva regulación migratoria en Chile: desafíos en las medidas de expulsión, reconducción y retorno asistido. *En: BOBADILLA, L. (ed.). Niñez en*

*Clave Migratoria*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2022, p. 83-106.

FEDDERSEN, Mayra *et al.* *Ley de Refugio en Chile*: nudos críticos, desafíos urgentes y alternativas hacia el futuro. Santiago: Centro de Políticas Migratorias, 2023. Disponible en: [https://www.politicasmigratorias.org/\\_files/ugd/78ba0f\\_a73723d32a7843bcb6103cdaddc6aa58.pdf?index=true](https://www.politicasmigratorias.org/_files/ugd/78ba0f_a73723d32a7843bcb6103cdaddc6aa58.pdf?index=true). Acceso en: 22 jun. 2023.

FERNÁNDEZ, José; ANDRADE, Claudio. Niñas, niños y adolescentes migrantes y refugiados, no acompañados o separados en Chile: Contextualización y consideraciones para la intervención social. *Señales*, Santiago, v. 21, n. 12, p. 66-81, 2019.

GREENE, Tomás. Identidad y filiación para evitar vulneraciones de niños, niñas y adolescentes que ingresan a Chile por pasos no habilitados. *El Mostrador*, 2022. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2022/10/14/identidad-y-filiacion-para-evitar-vulneraciones-de-ninos-ninas-y-adolescentes-que-ingresan-a-chile-por-pasos-no-habilitados/#:~:text=Debemos%20tener%20en%20cuenta%20que,les%20exige%20contar%20con%20ellos>. Acceso en: 12 jun. 2023.

GUTIÉRREZ, Fernanda; CHARLES, Claudia. Derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas: ¿procedimientos ordenados, seguros y regulares? medidas administrativas en migración y asilo bajo los estándares de los derechos humanos. *En*: VARGAS, Francisca (ed.). *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2019*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2019, p. 193-243.

INE. *Características de la inmigración internacional en Chile*, Censo 2017. 2018. Disponible en: <http://www.censo2017.cl/inmigracion/>. Acceso en: 13 jun. 2023.

INE; DEM. *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre 2020*: informe metodológico. 2021. Disponible en: [https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/demografia-y-migracion/publicaciones-y-anuarios/migraci%C3%B3n-internacional/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2018/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2020-metodolog%C3%ADa.pdf?sfvrsn=48d432b1\\_4](https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/demografia-y-migracion/publicaciones-y-anuarios/migraci%C3%B3n-internacional/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2018/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2020-metodolog%C3%ADa.pdf?sfvrsn=48d432b1_4). Acceso en: 12 jun. 2023.

INE; SERMIG. *Informe de resultados de la estimación de personas extranjeras residentes en Chile al 31 de diciembre de 2021*: desagregación nacional, regional y principales comunas.

2022. Disponible en: <https://www.ine.gob.cl/estadisticas/sociales/demografia-y-vitales/demografia-y-migracion>. Acceso en: 12 jun. 2023.

INFOMIGRA. *Habilitada solicitud de residencia temporal para menores de edad que hicieron ingreso por paso no habilitado al país*. 2022. Disponible en: <https://www.infomigra.org/habilitada-solicitud-de-residencia-temporal-para-menores-de-edad-que-hicieron-ingreso-por-paso-no-habilitado-al-pais/>. Acceso en: 12 jun. 2023.

LUCERO, Jairo; DÍAZ, Juliana. Niños, niñas y adolescentes como víctimas de desplazamiento ambiental. Propuestas para su protección. *Revista de Derecho Ambiental*, Santiago, v. 18, n. 2, p. 231-260, 2022. Disponible en: <https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/68289/72693>. Acceso en: 06 nov. 2023.

MALTA, João; NILSEN, Eugênia. Gestão migratória e integração regional: uma análise sobre a regulamentação normativa dos fluxos migratórios irregulares na Inição Europeia à luz do novo Pacto Europeu sobre migração e asilo. *Revista de Direito Internacional*, v. 18, n. 3, p. 212-231, 2021, Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/7860/pdf>. Acceso en: 05 nov. 2023.

OBSERVATORIO DE MIGRACIONES Y MOVILIDAD HUMANA. *Chile ante la crisis humanitaria y los desplazamientos forzados*: propuestas para abordar la situación de personas en búsqueda de protección internacional. Santiago: Observatorio de Migraciones y Movilidad Humana, 2022. Disponible en: <https://www.observatoriomigraciones.cl/publicaciones/>. Acceso en: 22 jun. 2023.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *La Alta Comisionada Adjunta para los Refugiados solicita más apoyo para América Latina*. 2023. Disponible en: <https://www.acnur.org/noticias/comunicados-de-prensa/la-alta-comisionada-adjunta-para-los-refugiados-solicita-mas-apoyo>. Acceso en: 22 jun. 2023.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Refugiados y migrantes*. 2023. Disponible en: <https://refugeesmigrants.un.org/es/definitions>. Acceso en: 13 jun. 2023.

PELACANI, Gracy. Niñez migrante en Colombia: grises del aclamado estatuto temporal de protección. *Foro Revista de Derecho*, Quito, n. 37, p. 33-51, 2022.

- Disponibile en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8289162>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- PEÑA, Tania; PIRELA, Johan. La complejidad del análisis documental. *Información, cultura y sociedad*, Buenos Aires, v. 16, p. 55-81, 2007. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=263019682004>. Acceso en: 13 jun. 2023.
- PÉREZ, Graciela. *Macrozona Norte*: 85% de reconducciones de extranjeros que ingresaron de forma irregular fueron rechazadas. 2023. <https://latercera.com/nacional/noticia/macrozona-norte-85-de-reconducciones-de-extranjeros-que-ingresaron-de-forma-irregular-fueron-rechazadas/N32OZMUPNZG2XDQG-MAWPLF64A4/>. Acceso en: 06 oct. 2023.
- PIOVESAN, Flávia; LOPES, Ana. Tolerância e refugio: um ensaio a partir do acordo EU-Turquia. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, p. 216-235, 2017. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4490>. Acceso en: 05 nov. 2023.
- PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *Chile: de un vistazo (13 diciembre 22)*. 2022. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/chile/chile-de-un-vistazo-13-diciembre-22>. Acceso en: 13 jun. 2023.
- PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *Plan de respuesta para refugiados y migrantes*. 2023. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/rmrp2023-2024>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *América Latina y el Caribe, refugiados y migrantes venezolanos en la región*. 2023. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- PLATAFORMA REGIONAL DE COORDINACIÓN INTERAGENCIAL PARA REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA. *Reporte de movimientos: primer trimestre 2023*. 2023. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/movements-report-q1-2023-esp>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- RAVETLLAT, Isaac; MONDACA, Alexis. Niños, niñas y adolescentes migrantes ¿También primeros en la fila? *En: MONDACA, Alexis; ILLANES, Alejandra (eds.). Lecciones de derecho de la infancia y la adolescencia*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2021. p. 197-219.
- RIVA, Ariel; LAWSON, Delfina. Estándares internacionales en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugio de niños, niñas y adolescentes: garantías y medidas de cuidado. *En: ACNUR; OIM; UNICEF. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile*. Santiago: Andros editores, 2012, p. 51-88.
- SERVICIO JESUITA DE MIGRANTES. *Migración en Chile: aprendizajes y desafíos para los próximos años*. 2022. Disponible en: <https://www.observatoriomigraciones.cl/wp-content/uploads/2022/07/ANUARIO-2022.pdf?swcfcpc=1>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES. *Estadísticas generales registro administrativo: reporte 1*. 2023. Disponible en: <https://serviciomigraciones.cl/wp-content/uploads/2023/05/230529-Reporte-1-Estadisticas-SERMIG.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES. *Resolución exenta N° 17548/2022*. Disponible en: [https://drive.google.com/file/d/18WnjkcG\\_M-2dbuZMzATSNSW28ODhWITp/view](https://drive.google.com/file/d/18WnjkcG_M-2dbuZMzATSNSW28ODhWITp/view). Acceso en: 22 jun. 2023.
- SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES. *Resolución exenta N° 39798/2022*. Disponible en: [https://drive.google.com/file/d/1sAPg0ZSil7pW\\_8MVGdQmg38oCFgWlqM0/view](https://drive.google.com/file/d/1sAPg0ZSil7pW_8MVGdQmg38oCFgWlqM0/view). Acceso en: 22 jun. 2023.
- SICOICHE, Bernardo. O direito internacional e a proteção dos direitos de crianças e de adolescentes em conflito com a lei em Moçambique. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 667-683, 2015. Disponible en: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/3565>. Acceso en: 05 nov. 2023.
- STEFONI, Carolina; CABIESES, Báltica; BLUKACZ, Alice. Migraciones y COVID-19: Cuando el discurso securitista amenaza el derecho a la salud. *Simbiótica*, Goiabeiras, v. 8, n. 2, p. 38-66, 2021. Disponible en: <https://periodicos.ufes.br/simbiotica/article/view/36378/23828>. Acceso en: 22 jun. 2023.
- STEFONI, Carolina; SILVA, Claudia; BRITO, Sebastián. Migración venezolana en Chile: la (des)esperanza de los jóvenes. *En: GANDINI, Luciana; LOZANO, Fernando; PRIETO, Victoria. Crisis y migración de po-*

*blación venezolana: entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019, p. 259-284.

TANTALEÁN, Reinaldo. Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, Lima, v. 13, n. 43, p. 1-37, 2016. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456267.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2023.

THAYER, Luis. Puertas cerradas y huellas abiertas: migración irregular, trayectorias precarias y políticas restrictivas. *Migraciones Internacionales*, Tijuana, v. 12, p. 1-21, 2021. Disponible en: <https://migracionesinternacionales.colef.mx/index.php/migracionesinternacionales/article/view/2270>. Acceso en: 22 jun. 2023.

VARGAS, Francisca. Derechos de las personas migrantes y refugiadas: cambios en materia migratoria en Chile. En: VIAL, Tomás (ed.). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2018, p. 233-266. Disponible en: <https://derechoshumanos.udp.cl/publicacion/derechos-de-las-personas-migrantes-y-refugiadas-cambios-en-materia-migratoria-en-chile/>. Acceso en: 13 jun. 2023.

VARGAS, Francisca; CANESSA, Martín. Derechos de las personas migrantes y refugiadas: la desprotección colectiva. En: VARGAS, Francisca (ed.). *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2021*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2021, p. 305-344.

VARGAS, Francisca; CÁRDENAS, Massiel. La visa temporaria de niños, niñas y adolescentes: de la teoría a la práctica. En: RAVETLLAT, Isaac; BOBADILLA, María. (eds.). *Niñez, Familia, migración y derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 181-204.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Protection and preservation of traditional cultural expressions & traditional knowledge in handicraft industry:** advocating the need for a global cultural policy framework

**Proteção e preservação de expressões culturais tradicionais e conhecimentos tradicionais na indústria de artesanato:** defendendo a necessidade de um quadro de política cultural global

Anuttama Ghose

S. M. Aamir Ali

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION



# Protection and preservation of traditional cultural expressions & traditional knowledge in handicraft industry: advocating the need for a global cultural policy framework\*

## Proteção e preservação de expressões culturais tradicionais e conhecimentos tradicionais na indústria de artesanato: defendendo a necessidade de um quadro de política cultural global

Anuttama Ghose\*\*

S. M. Aamir Ali\*\*\*

### Abstract

To protect cultural heritage, advance sustainable lives and economic growth, and promote environmental sustainability, traditional knowledge (TK) and traditional cultural expressions (TCE) in the handicraft industry must be protected. Additionally, the handicraft trade encourages cross-cultural dialogue and mutual respect, highlighting the importance of each community's distinctive contributions to the world's cultural heritage. The preservation of the cultural legacy and sustainable lifestyles of indigenous people become more important as the cross-border interchange of commodities and ideas grows. This study will focus exclusively on qualitative doctrinal analysis, examining handicrafts from various regions worldwide. It will employ a systematic approach to analyze relevant legal documents, legislation, case laws, and academic literature. The paper highlights the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples' (UNDRIP) initiatives related to protecting TK and TCE within the framework of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization's (UNESCO) policy and action on tangible and intangible cultural heritage. It further focuses on the limits of the present intellectual property systems in addressing the particular difficulties encountered by indigenous communities and craftspeople, especially in India. It promotes the need for a thorough global framework for a cultural policy that acknowledges these groups' collective rights to their TCE and TK and protects them from commercially motivated actors in the handicraft industry. The paper also explores the function of domestic, regional, and global legal frameworks in safeguarding TCE and TK, highlighting instances of effective sui generis systems and their potential advantages. The article concludes by advocating a comprehensive and inclusive global framework for cultural policy in order to successfully protect TCE and TK in the handicraft industry.

\* Recebido em 30/05/2023  
Aprovado em 05/07/2023

\*\* Assistant Professor of Law at the School of Law, Dr. Vishwanath Karad MIT World Peace University, Pune, India. She has completed her B.A LL.B (IPR Hons.) from School of Law, KIIT University, Bhubeshwar, India and LL.M with specialization in the field of Intellectual Property Laws from Symbiosis Law School, Pune. She has completed her Ph.D from School of Law and Justice, Adamas University, Kolkata, India.  
Email: anuttamaghose@gmail.com

\*\*\* Assistant Professor of Law, Faculty-in-charge of the Human Right Specialization LL.M and Human Right Cell at Symbiosis Law School, Pune, Symbiosis International (Deemed University) Pune, Maharashtra, India. He has previously worked at Indian Institute of Legal Studies, Siliguri, West Bengal. He is currently pursuing his PhD from West Bengal National University of Juridical Science (WBNUJS), Kolkata and has completed his LL.M from National Law School of India University (NLSIU), Bengaluru, with specialization in Human Right Laws and B.A. LL.B from Aligarh Muslim University, Murshidabad Campus.  
Email: smaamiraliofficial@gmail.com

**Keywords:** community rights; cultural heritage; handicraft industry; intellectual property rights; traditional cultural expression (TCE); traditional knowledge (TK).

## Resumo

Para proteger o patrimônio cultural, promover vidas sustentáveis e crescimento econômico e promover a sustentabilidade ambiental, o conhecimento tradicional (TK) e as expressões culturais tradicionais (TCE) na indústria de artesanato devem ser protegidos. Além disso, o comércio de artesanato incentiva o diálogo intercultural e o respeito mútuo, destacando a importância das contribuições distintas de cada comunidade para o patrimônio cultural mundial. A preservação do legado cultural e dos estilos de vida sustentáveis dos povos indígenas torna-se mais importante à medida que cresce o intercâmbio transfronteiriço de mercadorias e ideias. Este estudo se concentrará exclusivamente na análise doutrinária qualitativa, examinando o artesanato de várias regiões do mundo. Ele empregará uma abordagem sistemática para analisar documentos legais relevantes, legislação, jurisprudência e literatura acadêmica. O documento destaca as iniciativas da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP) relacionadas à proteção de CT e TCE no âmbito da política e ação da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) sobre o patrimônio cultural tangível e imaterial. Além disso, enfoca os limites dos atuais sistemas de propriedade intelectual em lidar com as dificuldades específicas encontradas pelas comunidades indígenas e artesãos, especialmente na Índia. Promove a necessidade de uma estrutura global completa para uma política cultural que reconheça os direitos coletivos desses grupos ao seu TCE e CT e os proteja de atores motivados comercialmente na indústria de artesanato. O documento também explora a função dos quadros jurídicos domésticos, regionais e globais na proteção de TCE e CT, destacando instâncias de sistemas *sui generis* eficazes e suas potenciais vantagens. O artigo conclui defendendo uma estrutura global abrangente e inclusiva para a política cultural, a fim de proteger com sucesso o TCE e o CT na indústria de artesanato.

**Palavras-chave:** direitos comunitários; patrimônio cultural; indústria do artesanato; direitos de propriedade

intelectual; expressão cultural tradicional (ECT); conhecimento tradicional (CT).

## 1 Introduction

The topic of multiculturalism, specifically in societies that have both indigenous and immigrant communities, raises concerns regarding cultural diversity. In order to achieve a balance between preserving cultural expressions and promoting the free exchange of cultural experiences, it is necessary to implement cultural regulations. This holds particular significance in nations where there exist both autochthonous and migrant populations. It is crucial to acknowledge the multifaceted nature and communal significance of customary resources and their transmission and to present an equitable, precise, and commensurate depiction of these resources and their cultural milieu within the legal system. The term Traditional Cultural Expression (TCE) encompasses various modes of artistic expression, such as music, dance, rituals, crafts, visual arts, and other cultural practices. These forms of creative expression are cultivated, preserved, and transmitted across successive generations within specific communities or societies. Traditional Knowledge (TK) encompasses the collective wisdom, inventive solutions, customary practices, and acquired expertise that have been cultivated and safeguarded by indigenous and local communities throughout generations. Both TCE and TK are integral components of the cultural and intellectual legacy of communities, serving as manifestations of their distinct viewpoints and contributions to society.

Traditional handicraft encompasses the creation of handcrafted items or crafts employing conventional methodologies, techniques, and proficiencies that have been transmitted across successive generations. These crafts frequently exhibit a strong connection to the cultural heritage of a specific community or region, serving as a platform for artisans to demonstrate their artistic expression, creativity, and craftsmanship. The utilization of TCE and TK holds great importance in the international handicraft industry, serving as a representation of the cultural legacy of numerous indigenous communities across the globe.<sup>1</sup> TCE encompasses both

<sup>1</sup> DRAHOS, Peter; FRANKEL, Susy. Indigenous peoples' innovation and intellectual property: the issues. *In*: DRAHOS, Peter;

material and immaterial manifestations of indigenous knowledge, including but not limited to visual arts, performing arts, handicrafts, oral traditions, and folklore, which have been transmitted across successive generations. Conversely, TK pertains to the erudition, advancements, and methodologies of these societies that are frequently linked with the utilization of environmental resources, such as therapeutic flora, farming, and manual dexterity in crafting. The practice of traditional craftsmanship requires the utilization of specialized and time-honored methodologies, proficiencies, and cognizance that have been transmitted across successive lineages. Therefore, the international handicraft industry has emerged as a crucial means of financial support for numerous societies that depend on TCE and TK as their primary source of sustenance. The commercialization of cultural expressions has elicited concerns regarding the potential misappropriation, misuse, and exploitation of indigenous intellectual property.<sup>2</sup>

Thus, it is imperative to safeguard and conserve TCE and TK while ensuring that the advantages derived from their commercial exploitation are justly distributed among the originating communities. This paper aims to identify proposals and solutions for the legal protection of TCE and TK in order to prevent their misuse, misappropriation, or any other form of illicit exploitation of traditional handicrafts. The WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, TK and Folklore (IGC) is presently engaged in discussions pertaining to the development of a sui generis international legal instrument aimed at safeguarding TCE and TK. The objective of these negotiations is to tackle the interconnections between the intellectual property framework and the interests of holders of TCE and TK. Several nations and territories have established their own sui generis frameworks to safeguard TCE and TK. The author posits that artisans and handicraft organizations can utilize extant intellectual property rights, including trademarks, geographical indications, copyright, industrial designs, and patents, to advance their objectives. This paper aims to conduct a comprehensive analysis of the current intellectual pro-

perty systems, with a specific focus on India, in order to identify and assess their limitations in effectively protecting TK and TCE within the handicraft industry. The scope of this study will not extensively encompass economic or market-based analyses of the handicraft sector. Instead, it will primarily focus on advocating for the necessity of a comprehensive and inclusive global cultural policy framework. The objective of this framework is to safeguard and maintain the intangible cultural heritage of indigenous people and artisans across the globe. The present study aims to explore feasible and readily available approaches, frequently rooted in local communities, for leveraging the extant intellectual property framework to achieve optimal acknowledgement, safeguarding, administration, promotion, and monetization of conventional artisanal products as valuable cultural and economic resources.<sup>3</sup>

## 2 Understanding the conceptual framework

### 2.1 Traditional knowledge (TK)

The concept of TK encompasses the cognitive, practical, and cultural expertise of various indigenous and local communities across the globe. Oral transmission is the primary means by which TK is transferred intergenerationally. Srinivas argues that this knowledge is derived from the accumulated wisdom of previous generations and is contextualized by the unique cultural and environmental factors of a given locality.<sup>4</sup> He further adds that transmission of cultural knowledge has been traditionally conveyed through various forms of artistic expression, such as singing, dancing, painting, carving, chanting, and performance, resulting in an “oral tradition” that has been passed down from generation to generation. TK is highly valuable in various

FRANKEL, Susy (ed.). *Indigenous peoples' innovation: intellectual property pathways to development*. ANU Press, 2012. p. 1-28. Available at: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt24hfgx.7>. Accessed on: 28 Apr. 2023.

<sup>2</sup> SUNDER, Madhavi. The invention of traditional knowledge. *Law and Contemporary Problems*, v. 70, n. 2, p. 97-124, 2007. Available at: <http://www.jstor.org/stable/27592181>. Accessed on: 28 Apr. 2023.

<sup>3</sup> BRATSPIES, R. M. The new discovery doctrine: some thoughts on property rights and traditional knowledge. *American Indian Law Review*, v. 31, n. 2, p. 315-340, 2006. Available at: <https://doi.org/10.2307/20070790>. Accessed on: 29 Apr. 2023.

<sup>4</sup> KRISHNA, Ravi Srinivas. Intellectual property rights and traditional knowledge: the case of yoga. *Economic and Political Weekly*, v. 42, n. 27/28, p. 2866-2871, 2007. Available at: <https://www.epw.in/journal/2007/27-28/commentary/intellectual-property-rights-and-traditional-knowledge.html>. Accessed on: 29 Apr. 2023.

domains such as agriculture, fishing, health, horticulture, forestry, and environmental management.<sup>5</sup>

Currently, there is a growing recognition of the value of historical knowledge. This information not only confers advantages to its daily users but also holds relevance in modern-day manufacturing and agriculture.<sup>6</sup> The utilization of TK is exemplified by the production of medicinal and cosmetic products derived from plants, in addition to other health and beauty aids.<sup>7</sup> TK is utilized to produce agricultural and non-timber forest products as well as handicrafts, which are highly valued commodities. The integration of traditional wisdom may prove advantageous for the advancement of sustainable development. Morgera, also adds that the majority of the global genetic resources are situated in areas where the native and regional communities hold sway.<sup>8</sup> Numerous societies have engaged in the long-term cultivation and utilization of biological diversity for several centuries. The local biodiversity has experienced an increase, and ecosystem health has been sustained through a variety of activities undertaken by the concerned parties. Indigenous and local communities not only serve as natural resource managers but also play a crucial role in safeguarding biodiversity and promoting sustainable utilization. The expertise and methodologies of these professionals hold immense value for the international community, serving as a crucial resource for information and as a model for policies related to biodiversity. Moreover, indigenous populations and nearby communities are highly involved in conservation efforts and sustainable utilization due to their proximity and extensive understanding of the local ecosystems.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> KRISHNA, Ravi Srinivas. Intellectual property rights and traditional knowledge: the case of yoga. *Economic and Political Weekly*, v. 42, n. 27/28, p. 2866-2871, 2007. Available at: <https://www.epw.in/journal/2007/27-28/commentary/intellectual-property-rights-and-traditional-knowledge.html>. Accessed on: 29 Apr. 2023.

<sup>6</sup> FOLKE, Carl. Traditional knowledge in social-ecological systems. *Ecology and Society*, v. 9, n. 3, 2004. Available at: <http://www.jstor.org/stable/26267675>. Accessed on: 29 Apr. 2023.

<sup>7</sup> EILAND, Murray Lee. Patenting traditional medicine. In: EILAND, Murray (ed.). *Patenting traditional medicine*. Nomos Verlagsgesellschaft MbH & Co., 2018. p. 7-46. Available at: <http://www.jstor.org/stable/j.ctv941s7z.3>. Accessed on: 30 Apr. 2023.

<sup>8</sup> MORGERA, Elisa; TSIOUMANI, Elsa; BUCK, Matthias. Access to traditional knowledge associated with genetic resources. In: MORGERA, Elisa; TSIOUMANI, Elsa; BUCK, Matthias (ed.). *Unraveling the Nagoya Protocol: a commentary on the Nagoya Protocol on access and benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*. Brill, 2015. p. 170-177. Available at: <http://www.jstor.org/stable/10.1163/j.ctt1w76vvq.14>. Accessed on: 30 Apr. 2023.

<sup>9</sup> MORGERA, Elisa; TSIOUMANI, Elsa; BUCK, Matthias. Ac-

## 2.2 Traditional cultural expression (TCE)

To define the extent of protection, it is imperative to scrutinize the categories of creations that could potentially be classified as TCE. As per the definition provided by the World Intellectual Property Organization (WIPO), TCE refers to the various forms of expression that are deeply rooted in the traditional culture of a particular community. These expressions are considered to be integral to the social and cultural identity and heritage of the local communities and are typically preserved and developed by the holders of such expressions. Furthermore, TCEs are known to be subject to ongoing change and evolution over time. TCEs are in two forms, tangible and intangible. These include:

- “Verbal expressions or symbols (stories, epics, legends, tales, riddles, etc.)
- Musical expressions (songs, instrumental music)
- Expressions by action (dance form, play, ritual, etc.)
- Tangible expressions (drawings, designs, paintings, body art, carvings, sculptures, pottery, terracotta, warli painting, mosaic, woodwork, rockwork, metal work, jewellery, basket, needlework, glassware, textiles, carpets, etc.)
- Intangible expressions reflecting traditional thought forms
- Architectural forms.”<sup>10</sup>

Christoph states that the ownership of TCEs is attributed to the community rather than an individual, and this attribution is based on established precedent. The initiator of a TCE frequently remains unidentified, and the TCE has attained the status of “Public Domain” through recurrent usage.<sup>11</sup> Nanda adds that In-

cess to traditional knowledge associated with genetic resources. In: MORGERA, Elisa; TSIOUMANI, Elsa; BUCK, Matthias (ed.). *Unraveling the Nagoya Protocol: a commentary on the Nagoya Protocol on access and benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*. Brill, 2015. p. 170-177. Available at: <http://www.jstor.org/stable/10.1163/j.ctt1w76vvq.14>. Accessed on: 30 Apr. 2023.

<sup>10</sup> ANTONS, Christoph. Asian borderlands and the legal protection of traditional knowledge and traditional cultural expressions. *Modern Asian Studies*, v. 47, n. 4, p. 1403-1433, 2013. Available at: <http://www.jstor.org/stable/24494202>. Accessed on: 30 Apr. 2023.

<sup>11</sup> ANTONS, Christoph. Asian borderlands and the legal protec-

dia is characterized by a remarkable degree of diversity, encompassing a multitude of indigenous communities and cultural identities that are distinguished by unique features such as cuisine, clothing, language, and social structure. The handicraft industry is frequently associated with TCE and serves as a significant contributor to the preservation and propagation of cultural heritage, job creation, and economic growth in local communities.<sup>12</sup>

### 2.3 Traditional handicraft: whether a subject matter of protection under TK and TCE?

Handicrafts are commonly known as artisanal products, craft products, traditional creative crafts, or works of artistic or traditional craftsmanship. The incorporation of artistic elements into utilitarian activities, such as handicrafts, can indicate a society's cultural sophistication in everyday tasks and demonstrate the society's cultural sensitivity towards material transformations. Handicrafts are a means of preserving cultural heritage by incorporating regional and traditional motifs. The presence of artistic elements within a primarily functional pursuit, such as handicrafts, can indicate the level of cultural sophistication present in a society's everyday practices. This can serve as a reflection of society's cultural responsiveness to material shifts and highlights their sensitivity to such changes. Handicrafts are a means of preserving cultural heritage by incorporating regional and traditional motifs. The aesthetic value of handicrafts is not solely determined by their physical appearance or conceptual design. The artistic value and significance of the final object are derived from the entirety of its ultimate conception. The beauty of it arises from the synergy between both. The ancient craftsmen of India possessed a natural understanding of the utilization of diverse art elements, including design, color, and texture, as well as their interdependence. This is due to the fact that no individual art form exists in isolation from the impact of other forms. The Indian craftsmen's developed sense of abstraction can be traced back to their innate spirituality and religiosity. This

tion of traditional knowledge and traditional cultural expressions. *Modern Asian Studies*, v. 47, n. 4, p. 1403-1433, 2013. Available at: <http://www.jstor.org/stable/24494202>. Accessed on: 30 Apr. 2023.

<sup>12</sup> NANDA, S. K. Cultural nationalism in a multi-national context: the case of India. *Sociological Bulletin*, v. 55, n. 1, p. 24-44, 2006. Available at: <http://www.jstor.org/stable/23620521>. Accessed on: 2 May 2023.

is demonstrated by the notable surge in stone sculpture production during Emperor Ashoka's reign, where they were utilized to spread the teachings of Buddhism.

The term "handicrafts" lacks a universally accepted definition. However, certain shared characteristics can be discerned:

- Artisans create these products either entirely by hand or with the assistance of hand tools or machinery, as long as the artisan's direct manual input remains the primary element of the final product;
- They are emblematic expressions or representations of the culture from which the craftsman hails;
- Products manufactured from raw materials may be utilitarian, aesthetically pleasing, artistically innovative, culturally significant, aesthetically pleasing, aesthetically innovative, ornamental, useful, traditionally significant, or religiously and socially symbolic and important;
- There are no limits on the number that may be made, and each item is unique.<sup>13</sup>

Deepak, in his article, discusses that the practice of traditional craftsmanship necessitates the utilization of specialized and customary methodologies, aptitudes, and erudition, frequently of a significant age, which is passed down from one generation to the next.<sup>14</sup> He further argues that handicrafts possess the potential to represent TCEs through their design, appearance, and style. Additionally, they may encapsulate TK in the form of the techniques and expertise employed in their creation. TK and TCEs, which encompass handicrafts, hold significant cultural, social, and historical value for the communities that preserve, practice, and enhance them.<sup>15</sup> Additionally, they serve as economic assets that

<sup>13</sup> WORLD INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. *Intellectual Property and Traditional Handicrafts*. 2016. Available at: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_tk\\_5.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_tk_5.pdf). Accessed on: 2 May 2023.

<sup>14</sup> DEEPAK, Sai J. Protection of traditional handicrafts under Indian intellectual property laws. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 13, p. 197-207, May 2008. Available at: [https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013\(3\)%20\(2008\)%20197-207.pdf](https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013(3)%20(2008)%20197-207.pdf). Accessed on: 2 May 2023.

<sup>15</sup> DEEPAK, Sai J. Protection of traditional handicrafts under Indian intellectual property laws. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 13, p. 197-207, May 2008. Available at: <https://nopr.niscpr.res.in/>

can be utilized, exchanged, or licensed to generate income and promote economic growth. Regrettably, conventional methodologies, along with the distinctiveness, prestige, and aesthetics linked to artisanal crafts, are susceptible to replication and unauthorized usage. There has been an increasing inclination towards artisanal and conventional commodities in various regions of the globe, and endeavours are being undertaken to endorse and sustain this sector. The preservation and promotion of local traditions and identities are significant aspects of cultural heritage, in which TCE and the Handicraft Industry hold a crucial position.<sup>16</sup>

The paper further delves into examining the challenges pertaining to Traditional Handicraft Industry and asserts its impact on indigenous communities. The handicraft industry encompasses a wide range of activities including the production, manufacturing, marketing, and commercialization of handicraft products. The stakeholders involved in this industry encompass a diverse range of individuals and entities, including artisans, craftsmen, designers, manufacturers, exporters, wholesalers, retailers, and consumers. The handicraft industry encompasses the complete range of activities within the value chain, starting from the procurement of raw materials to the production of crafts, their distribution, and subsequent sale in both domestic and international markets. The handicraft industry assumes a prominent role in the preservation of cultural traditions, the bolstering of local economies, the advocacy of sustainable practices, and the exhibition of the artistic heritage inherent to a particular region. The aforementioned activities play a significant role in fostering job creation, enhancing skill acquisition, and facilitating the advancement of cultural tourism. Handicrafts are frequently regarded as distinctive, genuine, and superior commodities that manifest the cultural essence and imaginative prowess of the artisans engaged in their creation.

bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013(3)%20(2008)%20197-207.pdf. Accessed on: 2 May 2023.

<sup>16</sup> MATHUR, Ajeet. Who owns traditional knowledge? *Economic and Political Weekly*, v. 38, n. 42, p. 4471-4481, 2003. Available at: <https://www.epw.in/journal/2003/42/special-articles/who-owns-traditional-knowledge.html>. Accessed on: 2 May 2023.

### 3 UNESCO'S interpretation of cultural heritage and traditional handicraft

Prior to delving into the confluence of the two domains, it is imperative to acquire a comprehensive understanding of the notion of "Cultural Heritage". The cultural legacy of a group of individuals is comprised of their collective knowledge and skills in a particular domain, which is perpetuated through their routine application of said knowledge and skills in their daily activities, as well as their intentional and public display of this expertise through established symbols. The term "Tangible Cultural Heritage" pertains to material objects that are created, preserved, and passed down from one generation to another within a given society. The term encompasses a range of cultural artifacts, including works of art, architectural structures, and other tangible manifestations of human ingenuity that hold cultural value within a given community.<sup>17</sup>

Numerous international human rights treaties incorporate provisions that are closely intertwined or indirectly advocate for the preservation and promotion of cultural heritage. The inclusion of a broader entitlement to engage in the cultural activities of one's community was integrated into Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and later reaffirmed in Article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR).<sup>18</sup> The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) ensures the right to partake in one's own culture, as stated in Article 27.<sup>19</sup> This provision specifically safeguards the rights of minority individuals to engage in their cultural practices, exercise their religious beliefs, and utilize their native language. The United Nations Declaration

<sup>17</sup> BLUMENFIELD, Tami. Recognition and misrecognition: the politics of intangible cultural heritage in southwest China. In: MAAGS, Christina; SVENSSON, Marina (ed.). *Chinese heritage in the making: experiences, negotiations and contestations*. Amsterdam: University Press, 2018. p. 169-194. Available at: <https://doi.org/10.2307/j.ctt2204rz8.10>. Accessed on: 3 May 2023.

<sup>18</sup> Article 27, which read as "everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits". UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. 1948. Available at: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights#:~:text=Article%2027,scientific%20advancement%20and%20its%20benefits>. Accessed on: 5 Jul. 2023. *See also*, Article 15, UNITED NATIONS. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*.

<sup>19</sup> Article 27, UNITED NATIONS. *International Covenant on Civil and Political Rights*.

on the Rights of Indigenous Peoples, along with the International Labour Organization's Convention No 169, commonly known as the Indigenous and Tribal Peoples Convention of 1989, provide explicit protection for these rights. This text encompasses a range of provisions pertaining to cultural rights in a general sense, while also placing emphasis on the promotion of cultural heritage in a more specific manner. The concept of cultural heritage is closely intertwined with fundamental human rights, including human dignity and identity. Moreover, it plays a significant role in upholding the right of individuals and communities to self-determination. The importance of education in promoting the appreciation of diverse cultural heritages and expressions cannot be overstated. Given that a significant portion of cultural heritage is intertwined with religious beliefs, the right to freedom of thought and religion is highly pertinent to ensuring access to and enjoyment of cultural heritage.<sup>20</sup> The summit meeting of the Council of Europe Heads of State in 1993 established a clear connection between cultural heritage and human rights. It is evident that the global community is placing growing emphasis on the significance of cultural heritage as a fundamental element of thriving cultural diversity, with particular relevance to human rights and a broader perspective on peace and stability.<sup>21</sup>

UNESCO introduced an initial draft of Article 15 of ICESCR, which primarily pertained to the safeguarding and advancement of tangible cultural heritage. UNESCO's preparatory documents for Article 15 embraced "folk arts, folklore and popular traditions in literature, religion, mythology, philosophy, architecture and the visual arts, music and dancing, drama, crafts, etc."<sup>22</sup> The Universal Declaration on Cultural Diversity was adopted by the Member States at the UNESCO General Conference in November 2001. The aforementioned initiatives by UNESCO have taken into account the significance of culture, cultural policy, and cultural rights within the framework of the challenges posed by globalization, pluralism, and diversity. The establish-

ment of a comprehensive and specialized international agreement addressing the protection of intangible cultural heritage did not occur until October 2003. This significant milestone was achieved through the adoption of the International Convention on the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage by the UNESCO General Conference.<sup>23</sup>

Article 2 of the UNESCO's Convention for Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, 2003, defines "intangible cultural heritage" as "the practices, representations, expressions, knowledge, skills – as well as the instruments, objects, artifacts, and cultural spaces associated therewith that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage."<sup>24</sup> Cultural heritage can manifest in tangible artifacts as well as intangible phenomena. Tangible heritage encompasses historical texts, objects, and structures, while intangible heritage comprises cultural practices, folktales, songs, and musical compositions. The definition also encompasses the notion that it should solely encompass intangible heritage that has endured over time, as indicated by the phrase "transmission from generation to generation."<sup>25</sup> Article 2 also incorporates the Turin recommendation, which emphasizes that the protection of intangible cultural heritage should adhere to the international human rights framework and should not be employed to promote intolerance or the destruction of other cultural heritages.<sup>26</sup> The pottery of Oaxaca represents a significant aspect of Mexico's cultural heritage that has been transmitted across successive generations. The artifacts are crafted utilizing conventional methodologies and patterns that mirror the cultural distinctiveness of the native societies responsible for their creation. Moroccan carpets represent a noteworthy instance of a palpable cultural legacy within the handicraft industry.<sup>27</sup> The Moroccan handwo-

<sup>23</sup> BROUDE, Tomer. Mapping the potential interactions between UNESCO's intangible cultural heritage regime and world trade law. *International Journal of Cultural Property*, v. 25, n. 4, p. 419-448, 2018.

<sup>24</sup> UNESCO. *2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*. 2011. Available at: <https://ich.unesco.org/doc/src/15164-EN.pdf>. Accessed on: 3 May 2023.

<sup>25</sup> UNITED NATIONS. *UNESCO Doc.CLT-2002/CONF.203/5*, p. 3, para. C.

<sup>26</sup> UNITED NATIONS. *UNESCO Doc.161 EX/15*, Annex, p. 3, para. 11.

<sup>27</sup> SACHASINH, Rachna. Mexico's 'pottery of the night' is perfect for day of the dead. *National Geographic*, 2021. Available at: <https://www.nationalgeographic.com/travel/article/artisans-are-reviving-oaxaca-ancient-pottery-of-the-night>. Accessed on: 3 May 2023.

<sup>20</sup> KIRCHMAIR, Lindo. A 100 years institutionalized cultural heritage protection: from the institutionalized international cooperation intellectuelle to the human right to the cultural heritage. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 95-108, 2020. Available at: <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i3.6952>. Accessed on: 5 Jul. 2023.

<sup>21</sup> BLAKE, Janet. On defining the cultural heritage. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, n. 1, p. 61-85, 2000. Available at: <http://www.jstor.org/stable/761578>. Accessed on: 5 Jul. 2023.

<sup>22</sup> UNITED NATIONS. *UNESCO Doc.CUA/42*, 9-10.

ven products are created utilizing conventional methods and patterns that are indicative of the country's cultural legacy.<sup>28</sup>

The recognition of the significance of protecting intangible cultural heritage for the purpose of promoting cultural diversity played a crucial role in the development of the instrument, leading to its focus on fostering international collaboration (Part IV). It is recognized that the involvement of the local, national, and international levels is necessary for the promotion of awareness and appreciation.<sup>29</sup> The significance of the States' role persists, however, they are required to actively pursue the involvement of communities, groups, and pertinent non-governmental organizations, as stipulated in Article 11(b).<sup>30</sup> Furthermore, it is worth noting that under specific circumstances outlined in Article 33, self-governing groups within states have the ability to become parties to the convention.

Since its establishment, UNESCO has designated numerous cultural heritages from various countries as intangible cultural heritage for humanity. Examples of these include the traditional music known as "Baul Songs" and the traditional skill of Jamdani weaving from Bangladesh, the Mak Yong theatre from Malaysia, the skills of Chinese seal engraving, the sericulture and silk craftsmanship of China, and the traditional skills of carpet weaving in Fars from Iran, among others. Moreover, UNESCO has identified several intangible cultural heritages that require urgent safeguarding. These include the "Ala-kiyiz and Shyrdak" (Skills of Kyrgyz traditional felt carpets) of Kyrgyzstan, the "Earthenware pottery-making skills" of Botswana, the "Noken multifunctional knotted or woven bag" (Handicraft of the people of Papua)" of Indonesia, the "Al Sadu (Traditional weaving skills) of the United Arab Emirates, the "Traditional Li textile techniques: spinning, dyeing, weaving and embroidering" of China, and the "Black

pottery manufacturing process" of Portugal, among others.<sup>31</sup>

The two most prominent forms of intellectual property rights are economic property rights and copyright-based rights. Given their cognitive provenance, they are not amenable to tactile manipulation or grasp. Industrial property rights encompass patents, industrial designs, and trademarks, while copyright pertains to original creative works such as books, sculptures, films, and poetry. The examination of cultural heritage by means of the perspective of intellectual property (IP) is commonly approached through two perspectives: TCE and TK. The issue at hand pertains to the absence of a universally accepted characterization of TCE and TK at the international level. For a cultural element to be classified as a TCE, it is necessary for it to possess a defining characteristic of a tradition and to have endured as a living tradition within a community. The implementation of legal safeguards has been a long-standing aspiration among indigenous communities. This measure would enable them to derive economic benefits from the transmission of their TK across generations while also ensuring that unauthorized use of such knowledge is prevented.

Further, UNESCO/ITC International symposium on 'crafts and the international market' defined 'artisanal products' as follows:

Artisanal products are those produced by artisans, either completely by hand or with the help of hand-tools or even mechanical means, as long as the direct manual contribution of the artisan remains the most substantial component of the finished product. These are produced without restriction in terms of quantity and using raw materials from sustainable resources. The special nature of artisanal products derives from their distinctive features, which can be utilitarian, aesthetic, artistic, creative, culturally attached, decorative, functional, traditional, religiously and socially symbolic and significant.<sup>32</sup>

However, here, Deepak argues that the definition elucidates the fundamental attributes that typify conventional handicrafts and the dialectical elements inhe-

<sup>28</sup> AFRIKESH. *The unique history of Moroccan rugs*. Available at: <https://afrikesh.com/the-unique-history-of-moroccan-rugs/>. Accessed on: 3 May 2023.

<sup>29</sup> UNITED NATIONS. *UNESCO Doc.CLT-2002/CONF.203/5*, paras. 9 and 10.

<sup>30</sup> GKANA, Alik. Peoples' heritage or states' heritage? sovereignty in the UNESCO mechanism for the safeguarding of intangible cultural heritage. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 40-60, 2020. Available at: <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i3.7192>. Accessed on: 5 Jul. 2023.

<sup>31</sup> UNESCO. *Browse the Lists of Intangible Cultural Heritage and the Register of good safeguarding practices*. Available at: <https://ich.unesco.org/en/lists>. Accessed on: 5 Jul. 2023.

<sup>32</sup> UNESCO. *International Symposium on Crafts and the International Market: trade and customs codification: final report*. Manila, 1997. Available at: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000111488\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000111488_spa). Accessed on: 5 May 2023.



rent in ongoing discourse.<sup>33</sup> Specifically, it highlights the aesthetic representation that serves as a symbolic manifestation of the artisans' culture, as well as the distinct manual contribution that reflects individual innovation. He further believed that while there is a significant amount of literature discussing the interdependent and representative connection between customary crafts and culture, only a limited number of analysts have acknowledged the necessity of establishing a system of incentives that would acknowledge and encourage individual ingenuity and originality in a primarily communal pursuit.<sup>34</sup>

#### 4 Scope of UN Declaration on Rights of Indigenous People (UNDRIP) for protecting traditional handicrafts

Commercialization of handicrafts not only gives Indigenous Peoples a forum to promote and preserve their ancestral knowledge but also aids in their economic well-being. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) aims to preserve and defend Indigenous Peoples' rights, as well as their cultural legacy and TCE.<sup>35</sup> The focus of this section of the article is on the interaction between UNDRIP and TCE in the handicraft industry, illustrating the importance of protecting Indigenous Peoples' rights via illustrative instances. An international document that acknowledges the rights, dignity, and cultural identity of Indigenous Peoples across the globe is the UNDRIP adopted in 2007. It has 46 articles and covers a wide range of topics, including self-determination, land rights, rights to education, rights to health, and rights to culture. Articles 11 and 31 notably address the preservation of TCE, intellectual property, and the re-

turn of cultural heritage among its provisions.<sup>36</sup> These clauses support the acknowledgement, maintenance, and protection of TK and TCE of Indigenous Peoples, especially their handicrafts, which act as outward symbols of their cultural identity.

The Navajo community, an indigenous group residing in the Southwestern region of the United States, is renowned for its elaborate and vividly-hued woven fabrics, commonly referred to as Navajo rugs. The rugs in question possess considerable cultural and spiritual significance, serving as a representation of the weaver's expertise and commitment. The safeguarding and advancement of customary Navajo weaving methodologies are crucial in upholding the cultural legacy of the Navajo people.<sup>37</sup> The UNDRIP serves to acknowledge and safeguard customary practices, thereby guaranteeing the Navajo community's entitlement to their cultural manifestations. Further, the art of wood carving holds significant cultural value for the Maori people in New Zealand, as it serves as a means of representing ancestral ties and narratives through the use of intricate designs. Maori wood carvings are commonly employed in the construction of edifices, watercraft, and diverse forms of objects.<sup>38</sup> The Kuna ethnic group residing in Panama is renowned for their elaborate and vivid molas, which are textile works of art produced through a reverse appliqué methodology.<sup>39</sup> The Molas hold significant importance in the Kuna community as they serve as a crucial element of their cultural and personal identity. They are frequently utilized to embellish various articles such as clothing, bags, and other accessories. It is crucial to safeguard the rights of individuals to create and gain financial benefits from their customary handicrafts. The Ainu, an Indigenous community in Japan, possess a diverse heritage of textile art, encompassing embroidery and appliqué methods, which feature designs that symbolize fauna, flora, and natural occurrences. UNDRIP serves as a means for individuals belonging to indigenous communities to safeguard their TCE and conserve

<sup>33</sup> DEEPAK, Sai J. Protection of traditional handicrafts under Indian intellectual property laws. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 13, p. 197-207, May 2008. Available at: [https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013\(3\)%20\(2008\)%20197-207.pdf](https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013(3)%20(2008)%20197-207.pdf). Accessed on: 2 May 2023.

<sup>34</sup> DEEPAK, Sai J. Protection of traditional handicrafts under Indian intellectual property laws. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 13, p. 197-207, May 2008. Available at: [https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013\(3\)%20\(2008\)%20197-207.pdf](https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013(3)%20(2008)%20197-207.pdf). Accessed on: 2 May 2023.

<sup>35</sup> BIOCULTURAL HERITAGE. *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Available at: <https://biocultural.iiied.org/un-declaration-rights-indigenous-peoples>. Accessed on: 3 May 2023.

<sup>36</sup> UNITED NATIONS. *UN Doc. 61/295*. United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. 13 Sep. 2007. Available at: [https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP\\_E\\_web.pdf](https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf). Accessed on: 3 May 2023.

<sup>37</sup> KENT, Kate Peck. *Navajo weaving: three centuries of change*. Santa Fe: School of American Research Press, 1985.

<sup>38</sup> NEICH, Roger. *Carved histories: Rotorua Ngāti Tarāwhai wood-carving*. Auckland: Auckland University Press, 2001.

<sup>39</sup> TICE, Karin E. *Kuna crafts, gender, and the global economy*. Austin: University of Texas Press, 1995.

their cultural legacy by promoting their entitlements to regulate and reap advantages from their customary textile craftsmanship. In India, there are notable examples of traditional art and handicraft forms that reflect the rich cultural heritage of the region. One such example is the intricate Phulkari embroidery from Punjab, which features vibrant and detailed patterns.<sup>40</sup> Another example is the Warli art, a tribal art form from Maharashtra, which is characterized by unique geometric designs that depict the daily life and culture of the Warli people.<sup>41</sup>

The UNDRIP is an essential tool for safeguarding the cultural legacy of Indigenous societies, encompassing the safeguarding of TCE within the handicraft industry. The recognition of the entitlements of Indigenous Peoples to uphold, govern, and benefit from their cultural manifestations, as stipulated in UNDRIP, serves to safeguard cultural distinctiveness and advance Indigenous wisdom. The acknowledgement of traditional handicrafts can have a positive impact on the economic prosperity of local communities by generating revenue, providing employment opportunities, and promoting cultural tourism. Article 31 of the UNDRIP contains provisions aimed at safeguarding intellectual property. These provisions serve to deter external entities from engaging in the unauthorized use or commercialization of traditional handicrafts.<sup>42</sup> The utilization of Navajo weaving techniques, Maori wood carving, Kuna molas, and Ainu textile art exemplify the efficacy of the UNDRIP in safeguarding the rights of Indigenous Peoples. This ensures the preservation and flourishing of their diverse cultural heritage in the context of an increasingly interconnected world. Through the promotion and observance of the rights enshrined in the UNDRIP, the global community can cultivate increased recognition and comprehension of Indigenous cultures, as well as

provide backing for their endeavours to preserve their distinct customs and means of subsistence.<sup>43</sup>

## 5 Exploitation of traditional handicrafts by commercial players: theoretical and consequential overview

The conventional handicraft industry, characterized by its abundant cultural legacy and distinct artistic manifestations, has been a crucial element of numerous Indigenous and regional societies for a considerable period. The phenomenon of globalization and the growing commodification of cultural products has resulted in the exploitation of the conventional handicraft industry by commercial entities.

In regard to the traditional handicraft industry, the term “commercialization” pertains to the conversion of customary crafts and artisanal goods into marketable commodities. The concept encompasses the implementation of corporate methodologies, promotional tactics, and efficient manufacturing processes with the aim of optimizing financial gains and expanding the scope of customer outreach. Conversely, within the traditional handicraft industry, the term “exploitation” pertains to the inequitable or unethical treatment of artisans and their crafts by commercial entities. This encompasses various issues such as the utilization of traditional layouts or techniques without appropriate acknowledgement or remuneration, inadequate wages or unjust trade practices, violation of intellectual property rights, and the prioritization of commercial interests over the cultural authenticity and long-term viability of traditional crafts.

This study seeks to provide a comprehensive examination of the theoretical and practical aspects surrounding the exploitation of traditional handicrafts by commercial entities. The primary objective is to analyze the adverse consequences and implications associated

<sup>40</sup> MASKIELL, Michelle. Embroidering the past: phulkari textiles and gendered work as ‘tradition’ and ‘heritage’ in colonial and contemporary punjab. *The Journal of Asian Studies*, v. 58, n. 2, p. 361-388, 1999. Available at: <https://doi.org/10.2307/2659401>. Accessed on: 28 May 2023.

<sup>41</sup> PEREIRA, Winin. The sustainable lifestyle of the Warlis. *India International Centre Quarterly*, v. 19, n. 1/2, p. 188-204, 1992. Available at: <http://www.jstor.org/stable/23002229>. Accessed on: 28 May 2023.

<sup>42</sup> UNITED NATIONS. *UN Doc. 61/295*. United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. 13 Sep. 2007. Available at: [https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP\\_E\\_web.pdf](https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf). Accessed on: 3 May 2023.

<sup>43</sup> GARBER, Christoph B.; LAI, Jessica C. Indigenous cultural heritage and fair trade: voluntary certification standards in the light of WIPO and WTO law and policy-making. In: DRAHOS, Peter; FRANKEL, Susy (ed.). *Indigenous peoples' innovation: intellectual property pathways to development*. ANU Press, 2012. p. 95-120. Available at: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt24hfgx.11>. Accessed on: 5 May 2023.

with these exploitative practices. This study investigates the socio-economic implications experienced by artisans, the gradual deterioration of cultural heritage, and the imperative to implement strategies that safeguard and empower traditional craftsmen in response to the influences of commercialization.

### 5.1 Overview of theoretical factors towards exploitation of indigenous communities by commercial entities

As multinational corporations and businesses continue to pursue financial gain through the utilization of Indigenous knowledge, cultural expressions, and natural resources, Indigenous communities frequently experience adverse effects. The objective of this segment of the paper is to establish a theoretical structure that facilitates comprehension of the aforementioned exploitation. This will be achieved by analyzing the fundamental power dynamics, market forces, and cultural dimensions that propel these interactions. It further endeavours to elucidate the mechanisms of exploitation and proffer potential solutions by scrutinizing the works of prominent scholars and theorists.

The phenomenon of commercial actors exploiting Indigenous communities can be analyzed from the perspectives of neo-colonialism and dependency theory. According to Kwame Nkrumah's definition, neo-colonialism pertains to the persistent hegemony of developed nations over developing nations, notwithstanding their formal attainment of political autonomy<sup>44</sup>. The manifestation of dominance is evident through various means, such as economic, cultural, and political channels, which enable the extraction of resources and wealth from the periphery to the core. The theory of dependency, as posited by notable academics including Andre Gunder Frank and Immanuel Wallerstein, contends that the state of underdevelopment experienced by nations in the Global South is a consequence of imbalanced global economic structures and associations.<sup>45</sup>

From this perspective, it can be argued that Indigenous communities are subject to marginalization and disempowerment, as their customary knowledge, resources, and cultural manifestations are co-opted and commercialized by business entities.

Capitalism is an economic system and mode of production that places emphasis on the acquisition of capital and the pursuit of profit. The commodification of Indigenous knowledge and cultural expressions is driven by market forces within this system, resulting in their transformation into commodities that are exchanged and consumed.<sup>46</sup> The process of commodification frequently leads to the distortion and depreciation of Indigenous cultures, whereby their customary practices and beliefs are condensed into marketable commodities.<sup>47</sup>

The cultural aspects of the exploitation of Indigenous communities by commercial entities can be analyzed through the theoretical frameworks of Orientalism and cultural imperialism. According to Edward Said's definition, Orientalism pertains to the act of constructing and portraying the "Other" as being exotic, enigmatic, and of lower status.<sup>48</sup> The aforementioned process frequently entails the act of appropriating and fetishizing Indigenous cultures, whereby they are portrayed as captivating and consumable commodities for Western viewership. Herbert Schiller's discourse on cultural imperialism pertains to the phenomenon wherein a particular culture exercises dominance and impact over another culture, mainly by propagating and advocating its principles, convictions, and customs. According to Schiller, the facilitation of cultural domination is achieved through the control of mass media, communication systems, and cultural industries.<sup>49</sup> These entities frequently mirror the interests and viewpoints of dominant powers, particularly multinational corporations and Western nations. Cultural imperialism, within the framework of commercial exploitation of Indigenous communities, refers to the imposition of Western values and aesthetics onto Indigenous cultures.<sup>50</sup> Additio-

<sup>44</sup> NKUMAH, Kwame. *Neo-colonialism: the last stage of imperialism*. London: Thomas Nelson & Sons, 1965.

<sup>45</sup> FRANK, Andre Gunder. The development of underdevelopment. *Monthly Review*, v. 18, n. 4, p. 17-31, 1966. Available at: [https://doi.org/10.14452/MR-018-04-1966-08\\_3](https://doi.org/10.14452/MR-018-04-1966-08_3). Accessed on: 5 May 2023. See also, WALLERSTEIN, Immanuel. *The modern World-System I: capitalist agriculture and the origins of the European world-economy in the sixteenth century*. Berkeley; Los Angeles: University of California Press, 2011.

<sup>46</sup> HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

<sup>47</sup> COMAROFF, John L.; COMAROFF, Jean. *Ethnicity, Inc*. Chicago: University of Chicago Press, 2009.

<sup>48</sup> SAID, Edward W. *Orientalism*. New York: Pantheon Books, 1978.

<sup>49</sup> SCHILLER, Herbert I. *Communication and cultural domination*. White Plains: International Arts and Sciences Press, 1976.

<sup>50</sup> SCHILLER, Herbert I. *Communication and cultural domination*. White Plains: International Arts and Sciences Press, 1976.

nally, it encompasses the commercialization and commodification of their TK, resources, and expressions. The process frequently entails the co-optation and misrepresentation of Indigenous cultures, whereby their customary practices and convictions are simplified into commodifiable goods that appeal to the predilections and inclinations of Western purchasers. The act of cultural imperialism not only results in the devaluation and erosion of Indigenous cultural heritage but also poses a threat to the self-determination and autonomy of Indigenous communities.<sup>51</sup>

This study has endeavoured to offer a comprehensive comprehension of the mechanisms of exploitation that impact Indigenous communities by utilizing these references and engaging with the presented theoretical perspectives. Collaboration among stakeholders is imperative to formulate effective strategies that enhance the agency of Indigenous communities and safeguard their entitlements, cultural legacy, and ecological habitats. The aforementioned actions may encompass the promotion of ethical business practices and fair trade, the advocacy for legal recognition of Indigenous intellectual property rights, and the cultivation of cross-cultural dialogue and comprehension. The resolution of the exploitation of Indigenous communities by commercial entities necessitates a multifaceted strategy that recognizes the intricate interplay of power, economy, and culture involved in these engagements.

## 5.2 Instances of exploitation of the traditional handicraft industry by commercial actors: a global outlook

Several commercial entities, including multinational corporations and clothing companies, have been engaging in the exploitation of the traditional handicraft industry through practices such as cultural appropriation, intellectual property infringement, and unfair labour practices. The act of exploiting traditional crafts frequently leads to the depreciation of such crafts, financial difficulties for the artisans involved, and the gradual erosion of their cultural identity.

The Shipibo-Conibo ethnic group residing in the Amazonian region of Peru boasts a culturally signifi-

cant artistic heritage, which is exemplified by their exquisite craftsmanship in the domain of elaborately designed ceramics.<sup>52</sup> The past few years have witnessed an increasing fascination with Shipibo-Conibo pottery among both tourists and collectors, resulting in the commercialization of the designs for financial gain. According to Greene's (2009) findings, there have been numerous instances where Shipibo-Conibo patterns have been replicated without authorization and utilized in the production of various items, including clothing, accessories, and home décor.<sup>53</sup> These reproductions are frequently created outside of the community and without providing any form of remuneration to the original craftsmen.<sup>54</sup> The phenomenon of cultural appropriation has resulted in not only financial detriment for artisans belonging to the Shipibo-Conibo community but has also sparked apprehension regarding the potential erosion of their cultural legacy. Initiatives aimed at safeguarding the rights of Shipibo-Conibo artisans encompass educational programs targeting consumers to raise awareness about the significance of authenticity and equitable trade practices, alongside advocacy efforts to secure the protection of their intellectual property rights.<sup>55</sup>

The Ban Chiang site, which has been recognized as a United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) World Heritage Site, is widely recognized for its unique pottery that is distinguished by its red and black painted patterns.<sup>56</sup> The extensive looting of archaeological sites due to the high commercial demand for Ban Chiang pottery has resulted in the loss of significant cultural heritage and has caused a disturbance in the conventional pottery industry, as per Joyce's research in 2013.<sup>57</sup> Additionally, dishonest actors

<sup>52</sup> ROE, Peter G. *The cosmic syzygy: cosmology in the Amazon basin*. New Brunswick: Rutgers University Press, 1988.

<sup>53</sup> GREENE, Shane. *Customizing indigeneity: paths to a visionary politics in Peru*. Stanford: Stanford University Press, 2009.

<sup>54</sup> CHOCANO, Daniel Morales; BAQUERIZO, Ana Mujica; WEBER, Ronald L.; COLAIANNI, Sarah Welsh. Continuity and change among the Shipibo-Conibo: prehistory to modernity. *Fiel-diana. Anthropology*, n. 45, p. 9-20, 2016. Available at: <https://www.jstor.org/stable/44744607>. Accessed on: 5 May 2023.

<sup>55</sup> GREENE, Shane. *Customizing indigeneity: paths to a visionary politics in Peru*. Stanford: Stanford University Press, 2009.

<sup>56</sup> WHITE, Joyce C. *Ban Chiang: discovery of a lost Bronze Age*. Philadelphia: University of Pennsylvania Museum of Archaeology and Anthropology, 1982.

<sup>57</sup> WHITE, Joyce C.; HAMILTON, Elizabeth G. The metal age of Thailand and Ricardo's law of comparative advantage. *Archaeological Research in Asia*, v. 27, p. 1-23, 2021. Available at: <https://doi>

<sup>51</sup> DASH, Manjusmita; MISHRA, Bidhu Bhusan. Problems of handicraft artisans: an overview. *International Journal of Managerial Studies and Research*, v. 9, n. 5, p. 29-38, 2021. Available at: <https://doi.org/10.20431/2349-0349.0905004>. Accessed on: 5 May 2023.

have created and sold imitation Ban Chiang pottery to unwary collectors, further devaluing the genuine art form. The implementation of national and international legislation to safeguard cultural assets, as well as the promotion of sustainable tourism and ethical collection procedures, are all efforts to stop the exploitation of Ban Chiang pottery.<sup>58</sup> According to Ross, Kente cloth, a fabric that is characterized by its vibrant hues and elaborate designs, holds significant cultural value for both the Akan people in Ghana and the Ewe people in Ghana and Togo.<sup>59</sup> The Kente cloth is a customary handcrafted textile that holds profound cultural importance, wherein each design conveys a distinct connotation. The act of commercial actors appropriating Kente cloth designs and replicating them on fabrics in large quantities, frequently without giving due credit to the cultural origins of the designs, has been observed.<sup>60</sup> The act of appropriation has caused a depreciation in the value of genuine Kente fabric and has also given rise to financial predicaments for customary weavers. In order to tackle this matter, measures such as the formation of the Ghana Kente Weavers and Sellers Association have been put in place to safeguard the entitlements of Kente weavers, advance the worth of genuine Kente fabric, and enlighten customers on the cultural implication of the patterns.<sup>61</sup>

The Wayuu community, an aboriginal population hailing from Colombia and Venezuela, are renowned for their distinctive mochila bags. These bags are meticulously crafted by hand, utilizing customary methods and featuring vibrant designs.<sup>62</sup> The worldwide desire for Wayuu mochila bags has resulted in the exploitation of the artisans by commercial entities, who frequently offer inadequate compensation for the bags and subsequently vend them at significantly elevated prices in global markets.<sup>63</sup> The aforementioned exploitation has

led to adverse economic consequences for numerous Wayuu craftsmen, who encounter difficulties in obtaining equitable remuneration for their arduous labor. Efforts have been made to promote equitable compensation and improved working conditions for Wayuu artisans through the implementation of measures such as the creation of fair trade cooperatives and partnerships with ethical fashion brands.<sup>64</sup> Further, the Otavalo community in Ecuador has a rich tradition of textile production and weaving, characterized by the creation of vivid and intricate fabrics featuring elaborate designs. The increasing global demand for conventional textiles has led to the exploitation of Otavalo weavers by various commercial entities who have utilized their designs without authorization and produced low-cost replicas on a large scale, frequently in underpaid manufacturing facilities located in Asia.<sup>65</sup> The inability of consumers to distinguish between genuine and replicated Otavalo textiles has resulted in a depreciation of the former. Consequently, a considerable number of Otavalo artisans have encountered financial difficulties, endeavoring to contend with less expensive, factory-made replicas. Measures aimed at safeguarding the rights of the Otavalo weavers encompass the establishment of cooperatives and the advocacy of equitable trade practices to guarantee just remuneration for their labor.<sup>66</sup>

It has also been observed in the case of the Banjara community of India, who are renowned for their meticulous embroidery craftsmanship. According to Lal, fast fashion companies have incorporated Banjara-style embroidery into their products, frequently subcontracting manufacturing to facilities with substandard labor practices and inadequate compensation.<sup>67</sup> The aforementioned phenomenon has resulted in the depreciation of customary craftsmanship and the mistreatment of skilled workers, who encounter difficulties in vying for market share. Upon analysis of these case studies,

org/10.1016/j.ara.2021.100305. Accessed on: 6 May 2023.

<sup>58</sup> UNESCO. *Ban Chiang Archaeological Site*. Available at: <https://whc.unesco.org/en/list/575/>. Accessed on: 6 May 2023.

<sup>59</sup> ROSS, Doran. *Wrapped in pride: Ghanaian Kente and african american identity*. Los Angeles: Fowler Museum at UCLA, 2001.

<sup>60</sup> HALE, Sjarief. Kente cloth of Ghana. *African Arts*, v. 3, n. 3, p. 26-29, 1970. Available at: <https://doi.org/10.2307/3334492>. Accessed on: 28 May 2023.

<sup>61</sup> KRAAMER, Malika. Ghanaian interweaving in the nineteenth century: a new perspective on ewe and asante textile history. *African Arts*, v. 39, n. 4, p. 36-95, 2006.

<sup>62</sup> SAAVEDRA, S. C. N. Wayuu culture and traditional weaving. *Journal of Arts and Design Studies*, v. 39, p. 35-37, 2016.

<sup>63</sup> ERAZO SANTANILLA, Laura. History in threads: exploring Wayuu Mochilas. *Textile Arts Center*, 18 Aug. 2017. Available at:

<https://textileartscenter.com/feature/history-in-threads-exploring-wayuu-mochilas/>. Accessed on: 28 May 2023.

<sup>64</sup> INDI ARTS. *The Wayuus artisans*. Available at: <https://www.indiartscollective.com/pages/the-wayus>. Accessed on: 7 May 2023.

<sup>65</sup> MEISCH, Lynn A. *Andean entrepreneurs: otavalo merchants and musicians in the global arena*. Austin: University of Texas Press, 2002.

<sup>66</sup> KOROVKIN, Tanya. Commodity production and ethnic culture: Otavalo, northern Ecuador. *Economic Development and Cultural Change*, v. 47, n. 1, p. 125-154, 1998. Available at: <https://doi.org/10.1086/452389>. Accessed on: 28 May 2023.

<sup>67</sup> LAL, B. Suresh. *Globalisation and adivasis an empirical study in Telangana*. New Delhi: Adhyayan Publishers & Distributors, 2022.

it is evident that commercial entities engage in diverse methods to exploit conventional handicraft industries, including but not limited to cultural appropriation, infringement of intellectual property rights, and unjust labor practices. The exploitative practices frequently result in adverse outcomes for the artisans and their communities, such as the depreciation of their crafts, financial difficulties, and the deterioration of their cultural heritage.

### 5.3 Evaluating the impact and consequences on the indigenous communities

The commercialization of traditional handicraft industries has noteworthy repercussions on indigenous communities, impacting diverse facets of their socio-economic and cultural existence. The subsequent discourse pertains to an in-depth analysis of the repercussions experienced by indigenous communities as a result of the aforementioned exploitation.

#### 5.3.1 Economic implications

The economic challenges faced by local artisans due to the competition posed by mass-produced imitations and inexpensive reproductions often result in the exploitation of traditional handicraft industries.<sup>68</sup> The proliferation of inexpensive and substandard merchandise in the marketplace erodes the worth of genuine, artisanal goods, resulting in a decline in both the desire for and financial gain of skilled craftspeople. The aforementioned circumstance may lead to a deprivation of means of subsistence for numerous craftsmen, compelling them to pursue alternative avenues of revenue, frequently in positions that offer meagre compensation and lack job security.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> KASIH, Desak Putu Dewi *et al.* The exploitation of indigenous communities by commercial actors: traditional knowledge and traditional cultural expression. *Journal of Ethnic and Cultural Studies*, v. 8, n. 4, p. 91-108, 2021. Available at: <https://www.jstor.org/stable/48710096>. Accessed on: 7 May 2023.

<sup>69</sup> JOHNSON, Daphne Zografos. The branding of traditional cultural expressions: to whose benefit? In: DRAHOS, Peter; FRANKEL, Susy (ed.). *Indigenous peoples' innovation: intellectual property pathways to development*. ANU Press, 2012. p. 147-164. Available at: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt24hfgx.13>. Accessed on: 7 May 2023.

#### 5.3.2 Loss of cultural identity

The act of taking over and commercializing customary handicrafts may lead to the weakening and gradual disappearance of cultural distinctiveness among indigenous societies. The act of commercial actors adopting traditional designs without recognition of their cultural significance results in the removal of handicrafts from their initial context, significance, and worth. The aforementioned phenomenon has the potential to result in a detachment between the craftsmen and their cultural legacy, alongside a decline in self-esteem and communal identification.<sup>70</sup>

#### 5.3.3 Environmental implications

The commercialization of traditional handicrafts through mass production can result in environmental degradation, as profit-driven entities prioritize economic gain over sustainable and environmentally conscious practices. The aforementioned phenomenon may lead to the depletion of natural resources, including but not limited to raw materials and water, and the production of waste and pollution. The adverse ecological consequences have the potential to influence the general welfare and health of nearby societies, in addition to the enduring viability of their customary artisanal sectors.<sup>71</sup>

#### 5.3.4 Intellectual property violation

The unauthorized utilization of traditional handicraft industries frequently results in the infringement of intellectual property rights, as commercial entities employ customary designs, patterns, and methodologies without obtaining consent or remuneration.<sup>72</sup> The aforementioned action not only has the potential to di-

<sup>70</sup> GEISMAR, Haidy. Copyright in context: carvings, carvers, and commodities in Vanuatu. *American Ethnologist*, v. 32, n. 3, p. 437-459, 2005. Available at: <http://www.jstor.org/stable/3805295>. Accessed on: 7 May 2023.

<sup>71</sup> KASIH, Desak Putu Dewi *et al.* The exploitation of indigenous communities by commercial actors: traditional knowledge and traditional cultural expression. *Journal of Ethnic and Cultural Studies*, v. 8, n. 4, p. 91-108, 2021. Available at: <https://www.jstor.org/stable/48710096>. Accessed on: 7 May 2023.

<sup>72</sup> KASIH, Desak Putu Dewi *et al.* The exploitation of indigenous communities by commercial actors: traditional knowledge and traditional cultural expression. *Journal of Ethnic and Cultural Studies*, v. 8, n. 4, p. 91-108, 2021. Available at: <https://www.jstor.org/stable/48710096>. Accessed on: 7 May 2023.

minish the entitlements of skilled craftsmen and indigenous societies but also diminishes the worth of their expertise and imaginative inputs. The absence of legal safeguards and acknowledgement for customary handicrafts exacerbates the problem, rendering craftsmen susceptible to exploitation and misappropriation.

### 5.3.5 Disruption of social structures

The utilization of customary handicraft industries has the potential to cause disturbance to social frameworks within indigenous communities. The challenges faced by artisans in sustaining their livelihoods through traditional crafts may necessitate their relocation to urban centers in pursuit of more favorable economic prospects, resulting in separation from their familial and communal ties. The potential consequence of this phenomenon is the disruption of customary social networks and support structures, alongside the forfeiture of significant expertise and wisdom that is transmitted intergenerationally.<sup>73</sup>

### 5.3.6 Undermining community empowerment

The utilization of the conventional handicraft industry has the potential to impede endeavors towards enhancing the autonomy of indigenous communities and fostering self-governance. The perpetuation of systems of inequality and marginalization is observed when commercial actors benefit from the labor and creativity of artisans without offering fair compensation or recognition. The aforementioned circumstance may hinder the capacity of indigenous communities to exert authority over their cultural patrimony and financial assets, ultimately impacting their holistic welfare and advancement.<sup>74</sup>

Local communities' economic, social, cultural, and environmental well-being are all negatively impacted when commercial players exploit traditional handicraft

industries. In order to protect the rights, respect, and long-term viability of artisans and their communities, it is crucial to take action in the form of governmental interventions, consumer education, and ethical corporate practices.

## 5.4 A close look at commercial exploitation of the traditional handicraft industry in India and its impact

Many indigenous communities in India rely on the traditional handicraft industry as a significant source of income to produce distinctive and culturally significant goods using the skills and knowledge that have been passed down through the generations. However, concerns have been raised about the potential harm that the commercial exploitation of these handicrafts could do to these communities' well-being, their cultural heritage, and their intellectual property rights. Artisans in India encounter numerous challenges in the realm of marketing. Due to limited financial resources and the relatively small scale of their operations, artisans are unable to engage in advertising and publicity activities. The Corporation ought to intervene in order to alleviate the artisans from the exploitative grasp of intermediaries, by procuring handicrafts directly from the artisans at fair prices and ensuring timely remuneration. One potential factor contributing to India's limited market share in the global handicraft industry is the insufficient practical application of government policies and initiatives towards supporting handicraft exporters.<sup>75</sup> A significant proportion of handicraft exporters exhibit limited awareness regarding government initiatives aimed at promoting the handicraft industry. The government has implemented various schemes and initiatives aimed at promoting the industry. However, these efforts have not been met with significant enthusiasm from exporters due to a lack of awareness among them. The level of export incentives provided by governments of various handicraft exporting nations is a significant factor contributing to the intense competition observed at the international level. The provision of subsidies in sectors such as power, transportation, raw materials, and duty drawbacks confers a competitive advantage upon India's

<sup>73</sup> PUTRA, N. H.; SUTARTO, J.; YUSUF, A. Influence of organizational climate towards polyglot Indonesia members intercultural communication skill mediated by self motivation. *Journal of Non-formal Education*, v. 7, n. 1, p. 14-22, 2021. Available at: <https://doi.org/10.15294/jne.v7i1.26790>. Accessed on: 8 May 2023.

<sup>74</sup> RIHAB, Ben Atiallah; LOTFI, Ben Jedidia. Socio-cultural heritage and financial decisions: an empirical study. *Educational Research*, v. 2, n. 11, p. 1685-1707, 2011. Available at: <https://www.interesjournals.org/articles/sociocultural-heritage-and-financial-decisions-an-empirical-study.pdf>. Accessed on: 8 May 2023.

<sup>75</sup> DATTA, D. B.; BHATTACHARYYA, Sankhadip. An analysis on problems and prospects of Indian handicraft sector. *Asian Journal of Management*, v. 7, n. 1, p. 5-16, 2016. Available at: <https://doi.org/10.5958/2321-5763.2016.00002.0>. Accessed on: 5 Jul. 2023.

rivals in their interactions with buyers. In comparison to the subsidies and incentives provided by governments of other competing nations, the Indian government's measures pertaining to incentives and subsidies on handicraft exports have not garnered as much satisfaction among handicraft exporters in comparison to their international counterparts.<sup>76</sup>

For instance, Pashmina shawls, which have their origins in the Kashmir region of India, are renowned for their superior quality, intricate patterns, and delicate artistry. The increasing worldwide demand for Pashmina shawls has resulted in the proliferation of counterfeit and machine-produced shawls in the market, leading to substantial financial setbacks for conventional craftsmen.<sup>77</sup> Thus, not only was the traditional brand image of Kashmir Pashmina tarnished but the competitive edge that had been passed down to traditional items due to their distinctive character was also lost. The locally produced hand-woven pashmina couldn't compete with the internationally exported, mechanically manufactured pashmina sold under the brand name "Cashmere".<sup>78</sup> Painting in the Madhubani style, which is an indigenous art form that originated in the Mithila area of Bihar, India, has a long history and has been practiced by the female population for a number of decades, if not centuries. Traditional craftsmen are facing a variety of obstacles as a result of the spread of commercialization. These issues include, but are not limited to, the replication of their work by artists who are not indigenous to the area, restricted access to markets, and inadequate acknowledgement of the trade that they practice.<sup>79</sup> Similarly, the Banaras (Varanasi) region in Uttar Pradesh, India, is renowned for producing Banarasi silk sarees, which are distinguished by their elaborate patterns and exceptional artistry. Silk production in Varanasi dates back almost to the same time as the world's oldest con-

tinuously inhabited city. Over 2,500 years have passed since its inception, making it the oldest historic cottage enterprise in the world. The body of the Buddha is said to have been wrapped in fabric made in Kashi, which is now known as Varanasi, according to the scriptures of Buddhism. These sarees have become an iconic product of the region.<sup>80</sup> The introduction of mechanized looms and the importation of Chinese silk resulted in a decrease in demand for the handwoven products of the Banarasi weavers. Another contributor to the demise of this art form is the prevalence of unethical business activities. Many times, merchants would pass off sarees that were woven on a power loom as having been woven by hand. Because of the presence of intermediaries, the weavers sometimes do not get a fair price for their finished product. This led to the loss of traditional weaving techniques and an economic downturn within the community.<sup>81</sup>

The tribal communities residing in the eastern Indian states of West Bengal, Odisha, and Chhattisgarh have been engaging in the practice of Dokra, an ancient metal craft. In recent times, the Dokra craftsmen, renowned for their exceptional metal sculptures, have encountered several obstacles, such as inadequate market accessibility, scarcity of raw materials, and insufficient compensation for their labor.<sup>82</sup> In order to tackle the aforementioned concerns, social enterprises such as Banglanatak Dot Com and Baowala have intervened to aid the Dokra artisans. This assistance includes provisions such as training, raw materials, and opportunities to access both domestic and international markets, thereby guaranteeing equitable compensation for their merchandise.<sup>83</sup> The aforementioned interventions have

<sup>76</sup> HASHMI, Syed Khalid. Market for Indian handicrafts. *Excel Journal of Engineering Technology and Management Science*, v. 1, n. 1, p. 1-7, 2012. Available at: [https://warwick.ac.uk/fac/arts/history/ghcc/eac/oralhistoryproject/resources/bibliography/market\\_for\\_indian\\_handicrafts1.pdf](https://warwick.ac.uk/fac/arts/history/ghcc/eac/oralhistoryproject/resources/bibliography/market_for_indian_handicrafts1.pdf). Accessed on: 5 Jul. 2023.

<sup>77</sup> BARKER, Aldred F. The textile industries of Kashmir. *Journal of the Royal Society of Arts*, v. 80, n. 4134, p. 309-326, 1932. Available at: <http://www.jstor.org/stable/41358971>. Accessed on: 28 May 2023.

<sup>78</sup> MIR, Yaseer Ahmad; DARZI, Mushtaq Ahmad. Kashmir Pashmina: a journey of standardization through geographical indication. *International Journal of Applied Research*, v. 3, n. 5, p. 1-12, 2017.

<sup>79</sup> NIRALA, Narendra Narayan Sinha. Madhubani: a contemporary history (1971-2011). *Proceedings of the Indian History Congress*, v. 71, p. 1243-1250, 2010. Available at: <http://www.jstor.org/stable/44147593>. Accessed on: 28 May 2023.

<sup>80</sup> SHUKLA, Pravina. Evaluating saris: social tension and aesthetic complexity in the textile of modern India. *Western Folklore*, v. 67, n. 2/3, p. 163-178, 2008. Available at: <http://www.jstor.org/stable/25474912>. Accessed on: 28 May 2023.

<sup>81</sup> CHATTERJEE, Ashoke. India's handloom challenge: anatomy of a crisis. *Economic and Political Weekly*, v. 50, n. 32, p. 34-38, 2015. Available at: <http://www.jstor.org/stable/24482525>. Accessed on: 28 May 2023.

<sup>82</sup> MUKHERJEE, Diya. Dokra art and artisans: an ethnoarchaeological study from Burdwan District, West Bengal. *Bulletin of the Deccan College Research Institute*, v. 74, p. 141-152, 2014. Available at: <http://www.jstor.org/stable/26264693>. Accessed on: 28 May 2023.

<sup>83</sup> MOHANTA, Aatreyee. Festival puts dokra, kantha and other Bengal folk arts in the spotlight. *Telegraph*, 2021. Available at: <https://www.telegraphindia.com/my-kolkata/lifestyle/ripples-festival-hosted-by-banglanatak-dot-com-and-british-council-celebrates-bengals-dokra-and-kantha-artisans/cid/1842883>. Accessed on: 28 May 2023.



effectively conserved the customary knowledge and competencies linked with Dokra metal craft while simultaneously augmenting the economic opportunities of the involved artisans. The aforementioned specific instances serve to elaborate on the influence of commercial exploitation on the conventional handicraft industry in India, as well as the diverse approaches utilized to tackle these obstacles. Through safeguarding the genuineness of customary handicrafts, extending assistance to craftsmen, and advancing the cultural importance of their creations, these measures make a valuable contribution towards establishing a handicraft industry in India that is both sustainable and impartial, thereby conserving the exceptional cultural legacy of native communities.

## 6 Protection available to traditional handicrafts under the existing IPR regime in India

TK and TCE are significant cultural and economic assets that may be used for profit. These innovations may inspire other inventors to create new technologies without benefiting the original community. Due to the aforementioned reasons, it has been deemed imperative to safeguard TK and TCE via various legal measures. Two paradigms have been utilized in the context of Intellectual Property Protection.<sup>84</sup>

Firstly, the Positive Protection approach within the intellectual property system is formulated to provide holders with the ability to obtain intellectual property rights for their TK and TCE, should they choose to do so. In brief, positive protection refers to the provision of legal entitlements that empower communities and indigenous groups to advance their TK and TCE, regulate their utilization, forestall unauthorized usage by external parties, and derive economic gains from their commercialization. Secondly, the concept of defensive protection.<sup>85</sup> The objective of this particular approach

within the IP system is to impede the acquisition of intellectual property rights over TK by third parties who are not members of the community. This approach could potentially serve as a means of protecting culturally significant and traditional expressions, such as names, symbols, or words, from being subjected to trademark registration. This implies that a diverse range of intellectual property tools may be employed for safeguarding TK and TCE. Positive protection involves utilizing tools for their intended purposes, while defensive protection involves restricting access to these tools if it conflicts with the interests of TK and TCE holders.

### 6.1 Scope of protection under geographical indications of goods (Registration and Protection) Act, 1999

Geographical indications (GIs) are descriptors that serve to identify products that originate from a specific geographic region, where the product's quality, reputation, or other distinguishing characteristics are primarily linked to that region. GI serve as a mechanism for safeguarding the communal entitlements, often referred to as brand rights, pertaining to the shared heritage of a given community. Additionally, GIs function to ensure the protection of the interests of consumers. Do GIs confer any advantages or acknowledgments to an individual within the community who has made a noteworthy enhancement to an established product, such as handicrafts, that are subject to GI protection? Do GI prevent the coexistence of individual intellectual property rights, such as copyrights or industrial designs, in the context of traditional handicrafts? The GI Act of 1999, which was implemented on September 15th, 2003, establishes a framework for the registration of GI and defines the roles of authorized users and registered proprietors, who are both empowered to take legal action in cases of infringement.

The Geographical Indications Registry of India bestowed the GI designation upon the Kashmir Pashmina in 2006, thereby facilitating the differentiation of genuine handmade Pashmina shawls from spurious merchandise. The GI label has been instrumental in safeguarding the welfare of native craftsmen and conserving the customary expertise and techniques linked

<sup>84</sup> DEEPAK, Sai J. Protection of traditional handicrafts under Indian intellectual property laws. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 13, p. 197-207, May 2008. Available at: [https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013\(3\)%20\(2008\)%20197-207.pdf](https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013(3)%20(2008)%20197-207.pdf). Accessed on: 2 May 2023.

<sup>85</sup> DEEPAK, Sai J. Protection of traditional handicrafts under Indian intellectual property laws. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 13, p. 197-207, May 2008. Available at: [https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013\(3\)%20\(2008\)%20197-207.pdf](https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013(3)%20(2008)%20197-207.pdf). Accessed on: 2 May 2023.

with the manufacturing of Pashmina shawls.<sup>86</sup> Further, the Kancheepuram silk sarees, which have their origins in the Kancheepuram district of Tamil Nadu, India, are widely recognized for their opulent hues, elaborate patterns, and superior artistry. The rise in popularity of these sarees resulted in the proliferation of counterfeit merchandise, frequently produced utilizing substandard materials and methods, which had an adverse effect on the subsistence of conventional weavers.<sup>87</sup> The year 2005 marked the official recognition of Kancheepuram silk sarees with the GI tag, which conferred legal protection to the original handwoven sarees and prohibited the sale of spurious merchandise. The GI label has played a crucial role in preserving customary weaving methods and promoting the financial prosperity of the Kancheepuram weavers.<sup>88</sup>

The presented case studies showcase the efficacy of focused interventions, such as the implementation of Geographical Indications and provision of support programs for artisans, in safeguarding the customary knowledge, expertise, and means of subsistence of native populations engaged in India's handicraft industry.

## 6.2 Protection provisions under the Designs Act, 2000 and Copyright Act, 1957

Design pertains to the visual or aesthetic features of a product, encompassing its form, patterns, contours, and hues, and can manifest in various artisanal commodities. Designs may be protected based on various aspects, such as the shape of a basket, the design of a necklace, or the ornamentation of a vase. The Designs Act of 2000 offers legal safeguarding for novel designs that are implemented to articles through indus-

trial procedures.<sup>89</sup> Through the registration of a design under this particular Act, artisans are able to inhibit the unauthorized replication and commercial utilization of their customary handicrafts. Further, the Copyright Act of 1957 provides safeguarding for innovative artistic creations, encompassing conventional handicrafts. Although TK is not explicitly addressed in the Act, artisans have the ability to utilize the Act's provisions to safeguard their handicrafts as unique artistic creations.<sup>90</sup>

A primary obstacle encountered by artisans pertains to their insufficient knowledge regarding intellectual property rights and the legal avenues accessible to safeguard their customary handicrafts. A significant number of craftsmen face challenges in accessing the necessary expertise and materials to effectively navigate the intricate legal procedures associated with design registration and copyright safeguarding. Furthermore, conventional handicrafts frequently depend on techniques and designs that have been transmitted through generations for centuries. The task of proving the authenticity of their creations can pose a difficulty for craftsmen, which is a necessary condition for securing legal safeguards under the Designs Act and the Copyright Act. In addition, the inadequate recording of customary knowledge and methodologies poses a challenge for craftsmen to establish their proprietorship and pursue lawful safeguarding.<sup>91</sup>

Furthermore, it is possible that the focus on individual rights within the Designs Act and the Copyright Act may not sufficiently account for the distinctive requirements and considerations of conventional handicraft communities. In order to surmount these obstacles, it is imperative to enhance the knowledge and skill set of craftsmen and establish a legal structure that is more comprehensive and inclusive, catering to the dis-

<sup>86</sup> SRIVASTAVA, Suresh C. Geographical indications and legal framework in India. *Economic and Political Weekly*, v. 38, n. 38, p. 4022-4033, 2003. Available at: <http://www.jstor.org/stable/4414050>. Accessed on: 28 May 2023.

<sup>87</sup> J., Dinal; SUNDARAM, Asha. A study on the rural development potential of the Gi-Tagged products with special reference to Kanchipuram Silk Sarees. *Baltic Journal of Law & Politics*, v. 15, n. 4, p. 800-807, 2022. Available at: <https://versita.com/menuscript/index.php/Versita/article/download/875/954>. Accessed on: 30 May 2023.

<sup>88</sup> J., Dinal; SUNDARAM, Asha. A study on the rural development potential of the Gi-Tagged products with special reference to Kanchipuram Silk Sarees. *Baltic Journal of Law & Politics*, v. 15, n. 4, p. 800-807, 2022. Available at: <https://versita.com/menuscript/index.php/Versita/article/download/875/954>. Accessed on: 30 May 2023.

<sup>89</sup> GUPTA, Niloy Kumar. Overview of the Indian industrial design law and practice. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 4, p. 16-21, Jan. 1999. Available at: <https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/19499/1/JIPR%204%281%29%2016-21.pdf>. Accessed on: 10 May 2023.

<sup>90</sup> THOMAS, Zakir. Overview of changes to the Indian copyright law. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 17, p. 324-334, Jul. 2012. Available at: [https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/14460/1/JIPR%2017\(4\)%20324-334.pdf](https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/14460/1/JIPR%2017(4)%20324-334.pdf). Accessed on: 10 May 2023.

<sup>91</sup> DEEPAK, Sai J. Protection of traditional handicrafts under Indian intellectual property laws. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 13, p. 197-207, May 2008. Available at: [https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013\(3\)%20\(2008\)%20197-207.pdf](https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013(3)%20(2008)%20197-207.pdf). Accessed on: 2 May 2023.

tinctive requirements and apprehensions of conventional handicraft societies.<sup>92</sup>

### 6.3 Scope of protection under the Patent Act, 1970

The Patent Act of India provides a clear definition of the position of TK within the patent legal framework. It stipulates that TK is a type of information that has been in existence, whether documented or not, and has been transmitted across generations by diverse communities. Section 3 (p) of the Patents Act, 1970 states that “an invention which, in effect, is traditional knowledge or which is an aggregation or duplication of known properties of traditionally known component or components.”<sup>93</sup>

This provision explicitly states that TK does not fall under the category of an invention or a novel concept as defined by the aforementioned legislation. The reasoning for this is that once the TK is recorded, it acquires the character of the prior art. The phrase “prior art” pertains to the complete range of information that is accessible to the general public prior to the submission date of an application for specific industrial property rights, such as patents, utility models, and industrial designs.<sup>94</sup> Inventions that involve TK are not granted patents if they lack novelty and inventive steps when compared to the relevant previous art. In-depth evaluation of applications for these property titles relies heavily on this identification of prior work. This means that once a TK is published on how to achieve prior art features, it is part of the public domain, and commercial use of this information is difficult to restrict or prevent.<sup>95</sup>

Patents have the potential to offer ancillary safeguarding to handicrafts through the safeguarding of the tools or techniques employed in their creation. This is

<sup>92</sup> SIMON, Bradford S. Intellectual property and traditional knowledge: a psychological approach to conflicting claims of creativity in international law. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 20, n. 4, p. 1613-1684, 2005. Available at: <http://www.jstor.org/stable/24117436>. Accessed on: 30 May 2023.

<sup>93</sup> Section 3 (p) of the Patents Act, 1970, INDIA.

<sup>94</sup> NARULS, Manish. Impact of Indian patent law on traditional knowledge. *International Journal of Advanced Research in Management and Social Science*, v. 3, n. 6, p. 46-58, Jun. 2014. Available at: <https://garph.co.uk/IJARMSS/June2014/6.pdf>. Accessed on: 10 May 2023.

<sup>95</sup> GUPTA, Achal. Intellectual property rights and protection of traditional knowledge: a general Indian perspective. *SCC Online Blog*, 2022. Available at: <https://www.sconline.com/blog/post/2020/06/22/intellectual-property-rights-and-protection-of-traditional-knowledge-a-general-indian-perspective/>. Accessed on: 10 May 2023.

particularly relevant in cases where an artisan has made significant enhancements to an existing process or has devised a novel technique that can be applied industrially.<sup>96</sup> Functional features of various items, including but not limited to woodworking tools, hand tools, brushes, paints, and musical instruments, may be eligible for patent protection. Similarly, significant functional enhancements to machines, looms, kilns, or furnaces utilized in the production of handicrafts may also be eligible for patent protection but for a limited period of not more than 20 years.

## 7 Arguing the need for sui generis protection to safeguard traditional handicrafts

The existing intellectual property rights framework is deemed inadequate and incapable of safeguarding TK due to several factors. The existing IPR legal framework facilitates the privatization of ownership by individuals or corporations, thereby promoting personal monopoly. Conversely, TK/TCEs are typically owned and held collectively by one or more communities. The concept of collective ownership rights remains unfamiliar to numerous intellectual property rights systems worldwide. Furthermore, it is worth noting that the safeguarding measures afforded by the extant intellectual property rights framework are frequently temporary in nature and must ultimately expire, whereas TK and TCEs are typically preserved indefinitely and transmitted intergenerationally. The intellectual property rights system has traditionally employed a narrow approach in its understanding of invention, requiring adherence to specific criteria such as novelty, industrial application, and inventive steps. Conversely, TK is characterized by its gradual, informal development over an extended period.

Repeatedly, discussions surrounding policy have emphasized the insufficiencies of current intellectual property regulations and the overarching legal framework that pertains to it, in fulfilling the needs and desires of those who possess TK and TCE. The issue

<sup>96</sup> TARUNIKA, J.; TAMILSELVI, J. Traditional knowledge and patent issues in India. *International Journal of Applied Mathematics*, v. 119, n. 17, p. 1249-1263, 2018. Available at: <https://acadpubl.eu/hub/2018-119-17/2/105.pdf>. Accessed on: 10 May 2023.

at hand pertains to the challenge of achieving a nuanced equilibrium between safeguarding the interests of native populations and the advantages stemming from the commercial exploitation of innovations related to TK. Despite multiple attempts, this balance has proven elusive.<sup>97</sup> The present moment necessitates the implementation of specific adjustments or alterations to the existing intellectual property rights system in order to effectively address the concerns and requirements of holders of TK and TCE. It is evident that there exists a consensus among the global community regarding the urgent necessity to acknowledge and preserve TK and to approach the safeguarding of TK and TCE comprehensively.<sup>98</sup>

The same has been observed in various instances. The legislation known as Law 20 of 2000 in Panama is a *sui generis* legal framework designed to safeguard the TK, innovations, and practices of indigenous communities, encompassing their customary handicrafts.<sup>99</sup> According to Ruiz, the legal system acknowledges the communal entitlements of indigenous societies with regard to their customary knowledge and establishes channels for the equitable distribution of profits arising from the commercial utilization of their traditional handicrafts.<sup>100</sup>

Indonesia, a country renowned for its multifarious traditional handicrafts, has encountered obstacles in preserving its cultural manifestations within the confines of the current intellectual property rights framework. Indonesia has implemented a *sui generis* system in reaction to the issue at hand, which is outlined in Law No. 28/2017, commonly referred to as the Protec-

tion of Traditional Cultural Expressions (TCE) Law.<sup>101</sup> The legal framework acknowledges the communal entitlements of indigenous and local communities to their customary cultural manifestations, such as handicrafts, and establishes a mechanism for the documentation and administration of these entitlements. In accordance with this legislation, the utilization of customary cultural expressions for commercial purposes necessitates the acquisition of authorization from the corresponding community and guaranteeing fair distribution of benefits.<sup>102</sup>

Similarly, The nation of Peru boasts a diverse cultural legacy and a thriving traditional handicraft industry. In order to safeguard the collective knowledge of indigenous communities pertaining to biological resources, including handicrafts, Peru has established a *sui generis* system pursuant to Law No. 27811 (2002).<sup>103</sup> The aforementioned legislation acknowledges the communal entitlements of indigenous groups with regard to their customary knowledge and establishes procedures to impede unapproved commercial utilization while guaranteeing fair distribution of benefits.<sup>104</sup> The legislation additionally institutes the National Registry of TK, which functions as a repository for the purpose of recording and safeguarding the customary knowledge and artisanal products of indigenous communities.

The term “*sui generis*” denotes a unique set of measures and legal framework designed to provide exclusive protection and address the distinct characteristics of a particular subject matter. The distinctiveness of an IP system lies in its customization and configuration of features to cater effectively to unique attributes and particular policy demands. A specialized instrument that is unique and specific in nature should be established to

<sup>97</sup> DEEPAK, Sai J. Protection of traditional handicrafts under Indian intellectual property laws. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 13, p. 197-207, May 2008. Available at: [https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013\(3\)%20\(2008\)%20197-207.pdf](https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013(3)%20(2008)%20197-207.pdf). Accessed on: 2 May 2023.

<sup>98</sup> DEEPAK, Sai J. Protection of traditional handicrafts under Indian intellectual property laws. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 13, p. 197-207, May 2008. Available at: [https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013\(3\)%20\(2008\)%20197-207.pdf](https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013(3)%20(2008)%20197-207.pdf). Accessed on: 2 May 2023.

<sup>99</sup> ANTONS, Christoph. *Traditional knowledge, traditional cultural expressions, and intellectual property law in the Asia-Pacific region*. Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

<sup>100</sup> OSEITUTU, Janewa J. A *sui generis* regime for traditional knowledge: the cultural divide in Intellectual Property Law. *Marquette Intellectual Property Law Review*, v. 15, n. 1, p. 149-215, 2011. Available at: <https://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol15/iss1/3/>. Accessed on: 10 May 2023.

<sup>101</sup> HAPSARI, Dwi Ratna *et al.* Protection of traditional cultural expressions as intellectual property in Indonesia: a juridical sociological review. *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, v. 590, p. 84-88, 2021. Available at: <https://www.atlantis-press.com/proceedings/inclar-21/125962459>. Accessed on: 10 May 2023.

<sup>102</sup> Law of the Republic of Indonesia Number 28 of 2014 on Copyrights.

<sup>103</sup> TOBIN, Brendan. Certificates of origin: a role for IPR regimes in securing prior informed consent. In: MUGABE, J. *et al.* (ed.). *Access to genetic resources: strategies for sharing benefits*. Nairobi: ACTS Press, 2004. p. 279-309.

<sup>104</sup> OSEITUTU, Janewa J. A *sui generis* regime for traditional knowledge: the cultural divide in Intellectual Property Law. *Marquette Intellectual Property Law Review*, v. 15, n. 1, p. 149-215, 2011. Available at: <https://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol15/iss1/3/>. Accessed on: 10 May 2023.

create a customized legal framework that will safeguard TK. This framework will also ensure that the rights of indigenous communities are upheld, thereby preventing any form of misuse or exploitation of TK. Ultimately, this will result in all the benefits of TK being accrued to the said community.

In contemporary times, India's economy is thriving and diversifying its growth prospects. However, it is noteworthy that the inherent potential of conventional handicrafts has not been comprehensively acknowledged. The crafts industry in India is a significant contributor to the country's economy, both in terms of foreign exchange earnings and employment. It is also the largest decentralized and unorganized sector in the country. The handicraft industry employs approximately 23 million individuals, positioning it as the second largest employment sector, following agriculture.<sup>105</sup> In India, cottage industries such as handicrafts have traditionally been utilized to mitigate poverty through the encouragement of rural entrepreneurship. The primary benefit lies in the fact that the artisanal industry has the lowest impact on cultural and social disparities.<sup>106</sup> The gradual displacement of conventional techniques in the production of handicrafts by swift mechanization necessitates the implementation of legal remedies and astute promotional strategies as the only viable means of preserving traditional methods. India has the potential to develop a more comprehensive strategy aimed at raising awareness and enhancing understanding among individuals who lack knowledge or have limited understanding of Intellectual Property Rights, TK, and the associated legal rights for traditional handicrafts.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> SOOD, Anubha. Crafts as sustainable livelihood option in rural India. *Asiainch*, 2002. Available at: <https://asiainch.org/article/crafts-as-sustainable-livelihood-option-in-rural-india/>. Accessed on: 10 May 2023.

<sup>106</sup> KUMARAPPA, J. C. Handicrafts and cottage industries. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 233, p. 106-112, 1944. Available at: <http://www.jstor.org/stable/1025828>. Accessed on: 30 May 2023.

<sup>107</sup> DEEPAK, Sai J. Protection of traditional handicrafts under Indian intellectual property laws. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 13, p. 197-207, May 2008. Available at: [https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013\(3\)%20\(2008\)%20197-207.pdf](https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013(3)%20(2008)%20197-207.pdf). Accessed on: 2 May 2023.

## 8 Conclusion

The advent of the new millennium and the dynamic nature of our world presents formidable obstacles and complexities in addressing the issue of safeguarding the customary knowledge and cultural heritage of local and indigenous communities through the framework of intellectual property rights and establishing novel global legal benchmarks in this regard. The treatment of TK as part of the public domain has resulted in its exploitation without due regard for the indigenous communities who have consistently endeavored to safeguard and advance it.

The preservation of traditional craft skills, while aesthetically pleasing, necessitates meticulous adaptation, rigorous quality control, precise sizing, and accurate costing in order to attain and maintain a position in the market. While the GI system in India has proven to be effective in safeguarding traditional handicrafts, it has not effectively fostered innovation among indigenous group members. This is a crucial aspect to prevent stagnation of imagination and creativity within these groups and to make sure that traditional handicrafts stay competitive in the market. Therefore, it is imperative to establish a distinct form of property that can offer incentives for innovations in TCEs, as elaborated in this paper. It would be beneficial if the authorities devise appropriate mechanisms to harness the potential of contemporary descendants of conventional communities to preserve traditional art forms. The instances of Panama's Law 20 of 2000, Indonesia's Protection of Traditional Cultural Expressions Law, and Peru's Law on the Protection of Indigenous Peoples' Collective Knowledge serve as illustrations of the prospective advantages of sui generis systems in acknowledging collective rights, averting unapproved commercial exploitation, and guaranteeing equitable remuneration for craftsmen. The development and implementation of such systems have the potential to safeguard the cultural heritage and sustenance of indigenous communities across the globe.

## References

- AFRIKESH. *The unique history of Moroccan rugs*. Available at: <https://afrikesh.com/the-unique-history-of-moroccan-rugs/>. Accessed on: 3 May 2023.
- ANTONS, Christoph. Asian borderlands and the legal protection of traditional knowledge and traditional cultural expressions. *Modern Asian Studies*, v. 47, n. 4, p. 1403-1433, 2013. Available at: <http://www.jstor.org/stable/24494202>. Accessed on: 30 Apr. 2023.
- ANTONS, Christoph. *Traditional knowledge, traditional cultural expressions, and intellectual property law in the Asia-Pacific region*. Netherlands: Kluwer Law International, 2009.
- BARKER, Aldred F. The textile industries of Kashmir. *Journal of the Royal Society of Arts*, v. 80, n. 4134, p. 309-326, 1932. Available at: <http://www.jstor.org/stable/41358971>. Accessed on: 28 May 2023.
- BIOCULTURAL HERITAGE. *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Available at: <https://biocultural.iied.org/un-declaration-rights-indigenous-peoples>. Accessed on: 3 May 2023.
- BLAKE, Janet. On defining the cultural heritage. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, n. 1, p. 61-85, 2000. Available at: <http://www.jstor.org/stable/761578>. Accessed on: 5 Jul. 2023.
- BLUMENFIELD, Tami. Recognition and misrecognition: the politics of intangible cultural heritage in southwest China. In: MAAGS, Christina; SVENSSON, Marina (ed.). *Chinese heritage in the making: experiences, negotiations and contestations*. Amsterdam: University Press, 2018. p. 169-194. Available at: <https://doi.org/10.2307/j.ctt2204rz8.10>. Accessed on: 3 May 2023.
- BRATSPIES, R. M. The new discovery doctrine: some thoughts on property rights and traditional knowledge. *American Indian Law Review*, v. 31, n. 2, p. 315-340, 2006. Available at: <https://doi.org/10.2307/20070790>. Accessed on: 29 Apr. 2023.
- BROUDE, Tomer. Mapping the potential interactions between UNESCO's intangible cultural heritage regime and world trade law. *International Journal of Cultural Property*, v. 25, n. 4, p. 419-448, 2018.
- BROWN, Carolyn Henning. Folk art and the art books: who speaks for the traditional artists? *Modern Asian Studies*, v. 16, n. 3, p. 519-522, 1982. Available at: <http://www.jstor.org/stable/312119>. Accessed on: 28 May 2023.
- CHATTERJEE, Ashoke. India's handloom challenge: anatomy of a crisis. *Economic and Political Weekly*, v. 50, n. 32, p. 34-38, 2015. Available at: <http://www.jstor.org/stable/24482525>. Accessed on: 28 May 2023.
- CHOCANO, Daniel Morales; BAQUERIZO, Ana Mujica; WEBER, Ronald L.; COLAIANNI, Sarah Welsh. Continuity and change among the Shipibo-Conibo: prehistory to modernity. *Fieldiana. Anthropology*, n. 45, p. 9-20, 2016. Available at: <https://www.jstor.org/stable/44744607>. Accessed on: 5 May 2023.
- COMAROFF, John L.; COMAROFF, Jean. *Ethnicity, Inc.* Chicago: University of Chicago Press, 2009.
- DASH, Manjusmita; MISHRA, Bidhu Bhusan. Problems of handicraft artisans: an overview. *International Journal of Managerial Studies and Research*, v. 9, n. 5, p. 29-38, 2021. Available at: <https://doi.org/10.20431/2349-0349.0905004>. Accessed on: 5 May 2023.
- DATTA, D. B.; BHATTACHARYYA, Sankhadip. An analysis on problems and prospects of Indian handicraft sector. *Asian Journal of Management*, v. 7, n. 1, p. 5-16, 2016. Available at: <https://doi.org/10.5958/2321-5763.2016.00002.0>. Accessed on: 5 Jul. 2023.
- DEEPAK, Sai J. Protection of traditional handicrafts under Indian intellectual property laws. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 13, p. 197-207, May 2008. Available at: [https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013\(3\)%20\(2008\)%20197-207.pdf](https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/1380/1/JIPR%2013(3)%20(2008)%20197-207.pdf). Accessed on: 2 May 2023.
- DRAHOS, Peter; FRANKEL, Susy. Indigenous peoples' innovation and intellectual property: the issues. In: DRAHOS, Peter; FRANKEL, Susy (ed.). *Indigenous peoples' innovation: intellectual property pathways to development*. ANU Press, 2012. p. 1-28. Available at: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt24hfgx.7>. Accessed on: 28 Apr. 2023.
- EILAND, Murray Lee. Patenting traditional medicine. In: EILAND, Murray (ed.). *Patenting traditional medicine*. Nomos Verlagsgesellschaft Mbh & Co., 2018. p. 7-46. Available at: <http://www.jstor.org/stable/j.ctv941s7z.3>. Accessed on: 30 Apr. 2023.
- ERAZO SANTANILLA, Laura. History in threads: exploring Wayuu Mochilas. *Textile Arts Center*, 18 Aug. 2017. Available at: <https://textileartscenter.com/feature>

- re/history-in-threads-exploring-wayuu-mochilas/. Accessed on: 28 May 2023.
- FOLKE, Carl. Traditional knowledge in social-ecological systems. *Ecology and Society*, v. 9, n. 3, 2004. Available at: <http://www.jstor.org/stable/26267675>. Accessed on: 29 Apr. 2023.
- FRANK, Andre Gunder. The development of underdevelopment. *Monthly Review*, v. 18, n. 4, p. 17-31, 1966. Available at: [https://doi.org/10.14452/MR-018-04-1966-08\\_3](https://doi.org/10.14452/MR-018-04-1966-08_3). Accessed on: 5 May 2023.
- GARBER, Christoph B.; LAI, Jessica C. Indigenous cultural heritage and fair trade: voluntary certification standards in the light of WIPO and WTO law and policy-making. In: DRAHOS, Peter; FRANKEL, Susy (ed.). *Indigenous peoples' innovation: intellectual property pathways to development*. ANU Press, 2012. p. 95-120. Available at: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt24hfgx.11>. Accessed on: 5 May 2023.
- GEISMAR, Haidy. Copyright in context: carvings, carvers, and commodities in Vanuatu. *American Ethnologist*, v. 32, n. 3, p. 437-459, 2005. Available at: <http://www.jstor.org/stable/3805295>. Accessed on: 7 May 2023.
- GKANA, Aliko. Peoples' heritage or states' heritage? sovereignty in the UNESCO mechanism for the safeguarding of intangible cultural heritage. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 40-60, 2020. Available at: <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i3.7192>. Accessed on: 5 Jul. 2023.
- GREENE, Shane. *Customizing indigeneity: paths to a visionary politics in Peru*. Stanford: Stanford University Press, 2009.
- GUPTA, Achal. Intellectual property rights and protection of traditional knowledge: a general Indian perspective. *SCC Online Blog*, 2022. Available at: <https://www.sconline.com/blog/post/2020/06/22/intellectual-property-rights-and-protection-of-traditional-knowledge-a-general-indian-perspective/>. Accessed on: 10 May 2023.
- GUPTA, Niloy Kumar. Overview of the Indian industrial design law and practice. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 4, p. 16-21, Jan. 1999. Available at: <https://nopr.niscaipr.res.in/bitstream/123456789/19499/1/JIPR%204%281%29%2016-21.pdf>. Accessed on: 10 May 2023.
- HALE, Sjarief. Kente cloth of Ghana. *African Arts*, v. 3, n. 3, p. 26-29, 1970. Available at: <https://doi.org/10.2307/3334492>. Accessed on: 28 May 2023.
- HAPSARI, Dwi Ratna *et al.* Protection of traditional cultural expressions as intellectual property in Indonesia: a juridical sociological review. *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, v. 590, p. 84-88, 2021. Available at: <https://www.atlantispress.com/proceedings/inclar-21/125962459>. Accessed on: 10 May 2023.
- HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- HASHMI, Syed Khalid. Market for Indian handicrafts. *Excel Journal of Engineering Technology and Management Science*, v. 1, n. 1, p. 1-7, 2012. Available at: [https://warwick.ac.uk/fac/arts/history/ghcc/eac/oralhistoryproject/resources/bibliography/market\\_for\\_indian\\_handicrafts1.pdf](https://warwick.ac.uk/fac/arts/history/ghcc/eac/oralhistoryproject/resources/bibliography/market_for_indian_handicrafts1.pdf). Accessed on: 5 Jul. 2023.
- INDI ARTS. *The Wayuus artisans*. Available at: <https://www.indiartscollective.com/pages/the-wayus>. Accessed on: 7 May 2023.
- INDONESIA. *Law of the Republic of Indonesia Number 28 of 2014 on Copyrights*.
- J., Dinal; SUNDARAM, Asha. A study on the rural development potential of the Gi-Tagged products with special reference to Kanchipuram Silk Sarees. *Baltic Journal of Law & Politics*, v. 15, n. 4, p. 800-807, 2022. Available at: <https://versita.com/menuscript/index.php/Versita/article/download/875/954>. Accessed on: 30 May 2023.
- JOHNSON, Daphne Zografos. The branding of traditional cultural expressions: to whose benefit? In: DRAHOS, Peter; FRANKEL, Susy (ed.). *Indigenous peoples' innovation: intellectual property pathways to development*. ANU Press, 2012. p. 147-164. Available at: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt24hfgx.13>. Accessed on: 7 May 2023.
- KASIH, Desak Putu Dewi *et al.* The exploitation of indigenous communities by commercial actors: traditional knowledge and traditional cultural expression. *Journal of Ethnic and Cultural Studies*, v. 8, n. 4, p. 91-108, 2021. Available at: <https://www.jstor.org/stable/48710096>. Accessed on: 7 May 2023.

- KENT, Kate Peck. *Navajo weaving: three centuries of change*. Santa Fe: School of American Research Press, 1985.
- KIRCHMAIR, Lindo. A 100 years institutionalized cultural heritage protection: from the institutionalized international cooperation intellectuelle to the human right to the cultural heritage. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 95-108, 2020. Available at: <https://doi.org/10.5102/rdi.v17i3.6952>. Accessed on: 5 Jul. 2023.
- KOROVKIN, Tanya. Commodity production and ethnic culture: Otavalo, northern Ecuador. *Economic Development and Cultural Change*, v. 47, n. 1, p. 125-154, 1998. Available at: <https://doi.org/10.1086/452389>. Accessed on: 28 May 2023.
- KRAAMER, Malika. Ghanaian interweaving in the nineteenth century: a new perspective on ewe and asante textile history. *African Arts*, v. 39, n. 4, p. 36-95, 2006.
- KRISHNA, Ravi Srinivas. Intellectual property rights and traditional knowledge: the case of yoga. *Economic and Political Weekly*, v. 42, n. 27/28, p. 2866-2871, 2007. Available at: <https://www.epw.in/journal/2007/27-28/commentary/intellectual-property-rights-and-traditional-knowledge.html>. Accessed on: 29 Apr. 2023.
- KUMARAPPA, J. C. Handicrafts and cottage industries. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 233, p. 106-112, 1944. Available at: <http://www.jstor.org/stable/1025828>. Accessed on: 30 May 2023.
- LAL, B. Suresh. *Globalisation and adivasis an empirical study in Telangana*. New Delhi: Adhyayan Publishers & Distributors, 2022.
- MASKIELL, Michelle. Embroidering the past: phulkari textiles and gendered work as 'tradition' and 'heritage' in colonial and contemporary punjab. *The Journal of Asian Studies*, v. 58, n. 2, p. 361-388, 1999. Available at: <https://doi.org/10.2307/2659401>. Accessed on: 28 May 2023.
- MATHUR, Ajeet. Who owns traditional knowledge? *Economic and Political Weekly*, v. 38, n. 42, p. 4471-4481, 2003. Available at: <https://www.epw.in/journal/2003/42/special-articles/who-owns-traditional-knowledge.html>. Accessed on: 2 May 2023.
- MEISCH, Lynn A. *Andean entrepreneurs: otavalo merchants and musicians in the global arena*. Austin: University of Texas Press, 2002.
- MIR, Yaseer Ahmad; DARZI, Mushtaq Ahmad. Kashmir Pashmina: a journey of standardization through geographical indication. *International Journal of Applied Research*, v. 3, n. 5, p. 1-12, 2017.
- MOHANTA, Aatreyee. Festival puts dokra, kantha and other Bengal folk arts in the spotlight. *Telegraph*, 2021. Available at: <https://www.telegraphindia.com/my-kolkata/lifestyle/ripples-festival-hosted-by-bangla-natak-dot-com-and-british-council-celebrates-bengals-dokra-and-kantha-artisans/cid/1842883>. Accessed on: 28 May 2023.
- MORGERA, Elisa; TSIUOMANI, Elsa; BUCK, Matthias. Access to traditional knowledge associated with genetic resources. In: MORGERA, Elisa; TSIUOMANI, Elsa; BUCK, Matthias (ed.). *Unraveling the Nagoya Protocol: a commentary on the Nagoya Protocol on access and benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*. Brill, 2015. p. 170-177. Available at: <http://www.jstor.org/stable/10.1163/j.ctt1w76vvq.14>. Accessed on: 30 Apr. 2023.
- MUKHERJEE, Diya. Dokra art and artisans: an ethno-archaeological study from Burdwan District, West Bengal. *Bulletin of the Deccan College Research Institute*, v. 74, p. 141-152, 2014. Available at: <http://www.jstor.org/stable/26264693>. Accessed on: 28 May 2023.
- NANDA, S. K. Cultural nationalism in a multi-national context: the case of India. *Sociological Bulletin*, v. 55, n. 1, p. 24-44, 2006. Available at: <http://www.jstor.org/stable/23620521>. Accessed on: 2 May 2023.
- NARULS, Manish. Impact of Indian patent law on traditional knowledge. *International Journal of Advanced Research in Management and Social Science*, v. 3, n. 6, p. 46-58, Jun. 2014. Available at: <https://garph.co.uk/IJARMSS/June2014/6.pdf>. Accessed on: 10 May 2023.
- NEICH, Roger. *Carved histories: Rotorua Ngāti Tarāwhai woodcarving*. Auckland: Auckland University Press, 2001.
- NIRALA, Narendra Narayan Sinha. Madhubani: a contemporary history (1971-2011). *Proceedings of the Indian History Congress*, v. 71, p. 1243-1250, 2010. Available at: <http://www.jstor.org/stable/44147593>. Accessed on: 28 May 2023.
- NKRUMAH, Kawame. *Neo-colonialism: the last stage of imperialism*. London: Thomas Nelson & Sons, 1965.



- OSEITUTU, Janewa J. A sui generis regime for traditional knowledge: the cultural divide in Intellectual Property Law. *Marquette Intellectual Property Law Review*, v. 15, n. 1, p. 149-215, 2011. Available at: <https://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol15/iss1/3/>. Accessed on: 10 May 2023.
- PEREIRA, Winin. The sustainable lifestyle of the Warlis. *India International Centre Quarterly*, v. 19, n. 1/2, p. 188-204, 1992. Available at: <http://www.jstor.org/stable/23002229>. Accessed on: 28 May 2023.
- PUTRA, N. H.; SUTARTO, J.; YUSUF, A. Influence of organizational climate towards polyglot Indonesia members intercultural communication skill mediated by self motivation. *Journal of Nonformal Education*, v. 7, n. 1, p. 14-22, 2021. Available at: <https://doi.org/10.15294/jne.v7i1.26790>. Accessed on: 8 May 2023.
- RIHAB, Ben Atiallah; LOTFI, Ben Jedidia. Socio-cultural heritage and financial decisions: an empirical study. *Educational Research*, v. 2, n. 11, p. 1685-1707, 2011. Available at: <https://www.interestjournals.org/articles/sociocultural-heritage-and-financial-decisions-an-empirical-study.pdf>. Accessed on: 8 May 2023.
- ROE, Peter G. *The cosmic zygote: cosmology in the Amazon basin*. New Brunswick: Rutgers University Press, 1988.
- ROSS, Doran. *Wrapped in pride: Ghanaian Kente and african american identity*. Los Angeles: Fowler Museum at UCLA, 2001.
- SAAVEDRA, S. C. N. Wayuu culture and traditional weaving. *Journal of Arts and Design Studies*, v. 39, p. 35-37, 2016.
- SACHASINH, Rachna. Mexico's 'pottery of the night' is perfect for day of the dead. *National Geographic*, 2021. Available at: <https://www.nationalgeographic.com/travel/article/artisans-are-reviving-oaxaca-ancient-pottery-of-the-night>. Accessed on: 3 May 2023.
- SAID, Edward W. *Orientalism*. New York: Pantheon Books, 1978.
- SCHILLER, Herbert I. *Communication and cultural domination*. White Plains: International Arts and Sciences Press, 1976.
- SHUKLA, Pravina. Evaluating saris: social tension and aesthetic complexity in the textile of modern India. *Western Folklore*, v. 67, n. 2/3, p. 163-178, 2008. Available at: <http://www.jstor.org/stable/25474912>. Accessed on: 28 May 2023.
- SIMON, Bradford S. Intellectual property and traditional knowledge: a psychological approach to conflicting claims of creativity in international law. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 20, n. 4, p. 1613-1684, 2005. Available at: <http://www.jstor.org/stable/24117436>. Accessed on: 30 May 2023.
- SOOD, Anubha. Crafts as sustainable livelihood option in rural India. *Asiainch*, 2002. Available at: <https://asiainch.org/article/crafts-as-sustainable-livelihood-option-in-rural-india/>. Accessed on: 10 May 2023.
- SRIVASTAVA, Suresh C. Geographical indications and legal framework in India. *Economic and Political Weekly*, v. 38, n. 38, p. 4022-4033, 2003. Available at: <http://www.jstor.org/stable/4414050>. Accessed on: 28 May 2023.
- SUNDER, Madhavi. The invention of traditional knowledge. *Law and Contemporary Problems*, v. 70, n. 2, p. 97-124, 2007. Available at: <http://www.jstor.org/stable/27592181>. Accessed on: 28 Apr. 2023.
- TARUNIKA, J.; TAMILSELVI, J. Traditional knowledge and patent issues in India. *International Journal of Applied Mathematics*, v. 119, n. 17, p. 1249-1263, 2018. Available at: <https://acadpubl.eu/hub/2018-119-17/2/105.pdf>. Accessed on: 10 May 2023.
- THOMAS, Zakir. Overview of changes to the Indian copyright law. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 17, p. 324-334, Jul. 2012. Available at: [https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/14460/1/JIPR%2017\(4\)%20324-334.pdf](https://nopr.niscpr.res.in/bitstream/123456789/14460/1/JIPR%2017(4)%20324-334.pdf). Accessed on: 10 May 2023.
- TICE, Karin E. *Kuma crafts, gender, and the global economy*. Austin: University of Texas Press, 1995.
- TOBIN, Brendan. Certificates of origin: a role for IPR regimes in securing prior informed consent. In: MUGABE, J. et al. (ed.). *Access to genetic resources: strategies for sharing benefits*. Nairobi: ACTS Press, 2004. p. 279-309.
- UNESCO. *2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*. 2011. Available at: <https://ich.unesco.org/doc/src/15164-EN.pdf>. Accessed on: 3 May 2023.
- UNESCO. *Ban Chiang Archaeological Site*. Available at: <https://whc.unesco.org/en/list/575/>. Accessed on: 6 May 2023.

UNESCO. *Browse the Lists of Intangible Cultural Heritage and the Register of good safeguarding practices*. Available at: <https://ich.unesco.org/en/lists>. Accessed on: 5 Jul. 2023.

UNESCO. *International Symposium on Crafts and the International Market: trade and customs codification: final report*. Manila, 1997. Available at: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000111488\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000111488_spa). Accessed on: 5 May 2023.

UNITED NATIONS. *UN Doc. 61/295*. United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. 13 Sep. 2007. Available at: [https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP\\_E\\_web.pdf](https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf). Accessed on: 3 May 2023.

UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. 1948. Available at: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights#:~:text=Article%2027,scientific%20advancement%20and%20its%20benefits>. Accessed on: 5 Jul. 2023.

WALLERSTEIN, Immanuel. *The modern World-System I: capitalist agriculture and the origins of the European world-economy in the sixteenth century*. Berkely; Los Angeles: University of California Press, 2011.

WHITE, Joyce C. *Ban Chiang: discovery of a lost Bronze Age*. Philadelphia: University of Pennsylvania Museum of Archaeology and Anthropology, 1982.

WHITE, Joyce C.; HAMILTON, Elizabeth G. The metal age of Thailand and Ricardo's law of comparative advantage. *Archaeological Research in Asia*, v. 27, p. 1-23, 2021. Available at: <https://doi.org/10.1016/j.ara.2021.100305>. Accessed on: 6 May 2023.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. *Intellectual Property and Traditional Handicrafts*. 2016. Available at: [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_tk\\_5.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_tk_5.pdf). Accessed on: 2 May 2023.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**“Seus únicos tesouros são penas de pássaros”**: reflexões jurídicas sobre patrimônio cultural indígena brasileiro em museus estrangeiros

**“Their treasures are the feathers of birds”**: legal reflections on Brazilian indigenous cultural heritage in foreign museums

José Angelo Estrella Faria

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

# “Seus únicos tesouros são penas de pássaros”: reflexões jurídicas sobre patrimônio cultural indígena brasileiro em museus estrangeiros\*

## “Their treasures are the feathers of birds”: legal reflections on Brazilian indigenous cultural heritage in foreign museums

José Angelo Estrella Faria\*\*

### Resumo

Com base no exemplo do manto Tupinambá do Museu Nacional da Dinamarca e de objetos da coleção etnográfica do *Weltmuseum* de Viena, discute-se, neste artigo, a problemática da restituição e do repatriamento de bens culturais produzidos por culturas indígenas brasileiras e removidos do país no período colonial. Recapitulam-se, em primeiro lugar, as etapas da exploração do material zoológico, botânico e etnográfico do Brasil e as implicações dos modos históricos de apropriação, e coleta de objetos para a consideração de possíveis mandados de repatriamento. Ilustram-se as dificuldades de reconstituição da proveniência e trajetória da maioria desses objetos e discutem-se os limites de uma análise de tais casos do ponto de vista estritamente jurídico. Sobre essa base, ao final, referencia-se a importância do acervo etnográfico dos museus para a preservação da identidade cultural dos povos indígenas, o valor das normas deontológicas recentes sobre a matéria, bem como as possíveis alternativas ao repatriamento físico dos tais objetos, sob a forma de repatriamento “virtual” e projetos colaborativos com comunidades indígenas.

**Palavras-chave:** patrimônio histórico e artístico; regime jurídico; bens culturais; restituição; repatriamento; culturas indígenas; identidade cultural; Brasil colônia; expedições científicas estrangeiras; museologia.

### Abstract

Using the example of the Tupinambá cloak from the National Museum of Denmark and objects from the ethnographic collection at the Weltmuseum in Vienna, the article discusses the issue of restitution and repatriation of cultural goods produced by Brazilian indigenous cultures and removed from the country in the colonial period. Firstly, the stages of exploration of zoological, botanical and ethnographic material from Brazil and the implications of historical modes of appropriation and collection of objects for the consideration of possible repatriation orders are summarized. The difficulties of reconstituting the provenance and trajectory of most of these

\* Recebido em 21/07/2023  
Aprovado em 13/09/2023

\*\* Oficial Jurídico Principal, Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), antigo Secretário-Geral do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT). Este texto é uma versão traduzida e adaptada de um artigo publicado na revista *Bulletin Kunst&Recht* (2022/2-2023/1, pp. 55- 72). As opiniões expressas são as do autor e não refletem, necessariamente, pontos de vista da Organização das Nações Unidas ou do UNIDROIT.  
Email: joseangelo.estrella-faria@un.org

objects are illustrated and the limits of an analysis of such cases from a strictly legal point of view are discussed. On this basis, at the end, reference is made to the importance of museums’ ethnographic collections for the preservation of the cultural identity of indigenous peoples, the value of recent deontological norms on the matter, as well as possible alternatives to the physical repatriation of such objects, for example in the form of “virtual” repatriation and collaborative projects with indigenous communities.

**Keywords:** historical and artistic heritage; legal regime; cultural assets; restitution; repatriation; indigenous cultures; cultural identity; colonial Brazil; foreign scientific expeditions; museology.

## 1 Introdução

No apogeu da Era Colonial, a Europa dominou mais da metade da população mundial em todos os continentes. Bens culturais em quantidade e valor incalculáveis enriqueceram coleções europeias nesse período.

Desde o famoso discurso do presidente francês Emmanuel Macron, perante estudantes da universidade de Ouagadougou em novembro de 2017<sup>1</sup>, a problemática dos bens culturais de origem colonial é objeto de um debate público. As raízes históricas e políticas, assim como os primeiros esforços de restituição de bens culturais coloniais, são obviamente mais antigas, mas, por muito tempo, foram relegadas a segundo plano<sup>2</sup>.

Abstraindo-se da discussão atual sobre os bronzes de Benin<sup>3</sup> e da antiga, e presente controvérsia relativa

ao famoso *Penacho*, cuja restituição o México demanda<sup>4</sup>, as coleções dos museus austríacos não são destinatárias de maior número de pedidos de restituição. Raramente, mencionam-se, nesse contexto, a coleção brasileira no *Wiener Weltmuseum*, a mais antiga e, inclusive, contemporaneamente, uma das maiores coleções de objetos etnográficos na Áustria, bem como a coleção botânica zoológica e mineralógica do Museu de História Natural, com ela intimamente relacionada.

O bicentenário da Independência do Brasil convida a examinar a experiência com bens culturais originários do seu contexto colonial. Trata-se de objetos que não provêm de apropriação violenta durante a conquista de território pelos europeus ou por ordem da autoridade colonial. Mesmo assim, por sua origem em um contexto de dominação e exploração estrangeira, esses objetos são inseparáveis do fenômeno do colonialismo, que, atualmente, ainda, se faz sentir no cotidiano da população indígena e nas estruturas sociais dos países latino-americanos.

Conforme o Artigo 216 da Constituição Federal, o patrimônio cultural brasileiro consiste naqueles bens de natureza material e imaterial que, tomados individualmente ou em conjunto, são “portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. O direito brasileiro abrange, indistintamente, as manifestações culturais de todas as etnias passadas ou presentes em todos os períodos da história do país. O presente artigo concentra-se sobre o patrimônio cultural material, composto de “bens culturais” (isto é, objetos tangíveis) e mais particularmente sobre os bens culturais móveis de natureza etnográfica, ou seja, objetos e artefatos representativos das culturas indígenas formadoras da sociedade brasileira.

A presente análise insere-se no contexto do crescente debate internacional sobre “bens culturais coloniais”, que começa também a suscitar interesse no país, sobretudo desde a irreparável perda do acervo do Museu Nacional em relação ao incêndio da noite de 2 de setembro de 2018. O termo “bens culturais coloniais” não designa uma categoria homogênea, podendo incluir objetos de diversos tipos, segundo o contexto. Na maioria das

<sup>1</sup> MACRON, Emmanuel. *Discours d’Emmanuel Macron à l’université de Ouagadougou*. 28 nov. 2017. Disponível em: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/11/28/discours-demmanuel-macron-a-luniversite-de-ouagadougou>. Acesso em: 3 jan. 2022.

<sup>2</sup> PROTT, Lyndel V. Repatriation of cultural property. *University of British Columbia Law Review*, p. 229-240, 1995.

<sup>3</sup> Vide PLANKENSTEINER, Barbara (ed.). *Benin: kings and rituals: Court Arts from Nigeria*. Gent: Snoeck Publishers, 2007.; PLANKENSTEINER, Barbara. The Benin treasures: difficult legacy and contested heritage. In: HAUSER-SCHÄUBLIN, Brigitta; PROTT, Lyndel (ed.). *Cultural property and contested ownership: the trafficking of artefacts and the quest for restitution*. London: Routledge, 2020. p. 133-155.; FOLARIN, Shyllon. Study of some of the unsuccessful efforts to retrieve cultural objects purloined in the age of imperialism in Africa. *Art Antiquity and Law*, v. 20, n. 4, p. 369-385, dez. 2015.; SIEHR, Kurt. Kolonialismus, dekolonisierung, neokolonialismus. *Bulletin Kunst&Recht*, p. 13-20, 2020.

<sup>4</sup> V. VAN BUSSEL, Gerard. *Der Quetzalfeder-Kopfschmuck*. Wien: Weltmuseum, 2017. Para uma defesa do repatriamento do *Penacho*, v. CARROLL, Khadija Von Zinnenburg. *The contested crown*. Chicago: University of Chicago Press, 2022.

vezes, ele se refere a material arqueológico ou etnográfico, considerando a ampla definição de bens culturais no artigo primeiro da Convenção da UNESCO de 1970 sobre as Medidas a serem adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades ilícitas dos Bens Culturais<sup>5</sup> e poderia incluir vários objetos, tais como coleções botânicas mineralógicas ou zoológicas. Característico de tais bens culturais “coloniais” ou “itens de coleção provenientes de contexto colonial” é a sua aquisição no contexto de uma dominação colonial formal ou de estruturas coloniais de dominação (mesmo em ausência de um controle colonial formal)<sup>6</sup> e a sua remoção do local de origem. Tais objetos têm, muitas vezes, um papel representativo ou mesmo constitutivo de uma identidade social, em particular para os membros dos grupos étnicos originários.

Observa-se uma crescente sensibilização política a atender às demandas internacionais de repatriamento de objetos removidos de seus países de origem durante um período de dominação colonial estrangeira. Entretanto, o direito positivo internacional — tanto público quanto privado — não acompanha essa evolução, permanecendo ainda hoje desprovido de mecanismos para uma solução satisfatória da perda cultural acarretada pelas espoliações do colonialismo. Além disso, os institutos e conceitos jurídicos ocidentais — transplantados ou impostos às antigas colônias — privilegiam a propriedade privada e a continuidade possessória. Hostis à desconstituição retroativa de direitos reais, os sistemas jurídicos ocidentais erguem obstáculos praticamente intransponíveis à reivindicação de objetos etnográficos antigos pelos descendentes dos povos espoliados no passado. À luz dessas limitações, cabe explorar soluções alterna-

tivas — inclusive não estritamente jurídicas — baseadas na cooperação e na flexibilidade. Nesse contexto, o foco passa da “restituição”, entendida como devolução de um bem mal havido a quem de direito, para o “retorno” ou “repatriamento” ao seu local de origem, termos que destacam a dimensão geográfica sem, necessariamente, pressupor um juízo de valor sobre legitimidade de presença atual dos objetos em território estrangeiro.

Na primeira seção, recapitulam-se as etapas da exploração do material histórico-natural e etnográfico do Brasil para, na continuação. Na segunda seção, ilustram-se a inadequação e os limites do instrumentário jurídico para resolver disputas sobre o repatriamento de objetos etnográficos, tomando como exemplo objetos removidos do país em períodos distintos da nossa história colonial. Sobre essa base, faz-se referência à importância do acervo etnográfico dos museus para a preservação da identidade cultural dos povos indígenas e ao papel de modelos alternativos ao repatriamento físico.

## 2 Etapas históricas e formas de coleta de objetos indígenas brasileiros

Do ponto de vista das coleções europeias, a exploração etnográfica do Novo Mundo pode ser dividida em três grandes fases. Na primeira fase, que durou desde as viagens de descobrimento do final do século 15 até, aproximadamente, 1750, em pleno período do iluminismo, a maioria dos objetos foi colecionada de forma sistemática e com mínima atenção à sua exata procedência geográfica e proveniência cultural. Nesse período, os objetos trazidos à Europa destinavam-se, em primeira linha, a enriquecer os gabinetes de curiosidade de monarcas e aristocratas, embora também ocasionalmente encontrassem lugar em coleções de estudiosos ou instituições religiosas ou de ensino. A segunda fase de colecionismo europeu caracteriza-se pela curiosidade de conhecimento típica do iluminismo: artefatos de culturas estrangeiras já não eram simplesmente colecionados, mas analisados, catalogados, categorizados, e apreendidos nos rudimentos de uma taxonomia etnográfica. A terceira e última fase caracteriza-se pelo crescente controle estatal da atividade de exploração e coleção, pela fundação de museus, instituições de pesquisa nacionais e pelo desenvolvimento da legislação nacional de proteção do patrimônio histórico natural e dos bens culturais.

<sup>5</sup> UNESCO. *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*. Paris, 14 nov. 1970. Para a tradução oficial, ver: Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedades ilícitas dos Bens Culturais, concluída em Paris a 14 de novembro de 1970 (texto publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 1º.6.1973 e retificado no DOU de 8.6.1973).

<sup>6</sup> DEUTSCHER MUSEUMBUND. *Leitfaden Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten*. 3. ed. Berlin: Deutscher Museumsbund, 2021. p. 27. O órgão consultivo criado pelo governo federal austríaco para elaborar um marco de ação sobre acervos de museus federais austríacos de contextos coloniais também adota igualmente uma concepção ampla da noção de □ contexto colonial □ (BUNDESMINISTERIUM KUNST, KULTUR, ÖFFENTLICHER DIENST UND SPORT (BMKÖS). *Empfehlungen des Beratungsgremiums für einen Handlungsrahmen zu Beständen österreichischer Bundesmuseen aus kolonialen Kontexten*. Wien, 20 jun. 2023. p. 9-10, 16).

## 2.1 Curiosidades do Novo Mundo para cortes europeias

O chamado “descobrimento” do continente americano despertou fascinação pelas fabulosas riquezas do Novo Mundo e de seus povos. A coroa portuguesa decepcionou-se ao constatar que, em relação à grande faixa de terra a leste do tratado de Tordesilhas, que o rei Manuel reclamou para si no ano de 1500, não houve relatos sobre grandes cidades com suntuosas pirâmides, tampouco sobre minas de ouro ou esmeraldas, mas tão somente sobre densas matas, animais curiosos e homens nus. As narrativas sobre a imensa riqueza das descobertas espanholas no Oeste despertaram, assim mesmo, a avidez de outras potências europeias, as quais não se viam vinculadas pela divisão do mundo feita entre Espanha e Portugal com a benção papal; e logo cobiçaram uma parte nas novas conquistas portuguesas.

A estreita ligação de Portugal ao ramo espanhol da dinastia de Habsburgo, desde o casamento do rei D. João III com a infanta D. Catarina de Castela, irmã do imperador Carlos V, fez do Brasil um alvo de ataques dos rivais da Espanha no continente europeu. Pequeno e vulnerável, Portugal defendeu suas conquistas por três medidas que manteve durante a maior parte do período colonial: a progressiva ocupação do grande território por colonos vindos da metrópole, a negociação de alianças de maior ou menor duração com povos indígenas “mansos” e uma rígida proibição da entrada estrangeiros em sua colônia.

Essas medidas não impediram, completamente, a entrada de invasores. A França, por exemplo, conseguiu estabelecer, entre 1555 e 1570, na região atualmente ocupada pelo estado do Rio de Janeiro, a sua própria colônia, a chamada “França Antártica” (*France antarctique*) com o apoio dos índios Tupinambás<sup>7</sup>. Na primeira metade do século 17, ao tempo da união pessoal dos reinos ibéricos, sob a dinastia espanhola de Habsburgo, os holandeses conquistaram uma larga faixa do litoral nordeste brasileiro, administrada de 1630 até 1654 pela Companhia das Índias Ocidentais como colônia holandesa (*Nieuw Holland*).

<sup>7</sup> Jean de Léry descreveu, detalhadamente, a experiência dos franceses e seus encontros com os povos indígenas do Brasil, especialmente com os índios canibais Tupinambá, em sua “História de uma viagem no Brasil” (LÉRY, Jean de. *Histoire d'un voyage fait en la terre du Brésil*. 2. ed. Apresentação e notas de Frank Lestrignat. Paris: LGF, 1994).

Para a exploração econômica do país, os europeus necessitavam de conhecimentos topográficos e geográficos, mas, principalmente, de paz e mão-de-obra, e dependiam, para isso, da cooperação dos povos indígenas. O comércio de escambo propiciou contatos pacíficos entre forasteiros e a população local: os índios ofereciam animais selvagens e o seu próprio artesanato, e recebiam em troca objetos em vidro ou metal<sup>8</sup>. Em breve surgiu na Europa uma demanda por produtos ditos exóticos do Novo Mundo. A arte plumária indígena tornou-se objeto de coleção especialmente cobiçada nas cortes europeias, em que se exibiam cocares ou ornamentos corporais confeccionados com plumas de araras, guarás, papagaios ou tucanos como, símbolos de luxo e refinamento<sup>9</sup>.

**Figura 1** – Cortejo da “Rainha da América” (detalhe)



**Fonte:** Museu do Palácio de Weimar, Coleção de Gravuras e Desenhos (reproduzido em Elke Bujok, fig. 1/4).<sup>10</sup>

Devido ao escasso crivo científico dessa primeira fase de coleções, atualmente, é praticamente impossível reconstituir o contexto original da maioria dos objetos exportados naquela época. Muitos foram atribuídos a contextos e origens falsas;<sup>11</sup> outros desmembrados ou

<sup>8</sup> Um interessante inventário do comércio inicial com os povos indígenas do Brasil refere-se à apreensão, em 1532, pelos portugueses do navio francês *La Peregrine*, na costa da Andaluzia, com 15.000 toras de madeira, 3.000 peles de onça-pintada, 600 papagaios e 1,8 tonelada de algodão, além de óleos medicinais, pimenta, caroços de algodão e amostras minerais (BUENO, Eduardo. *Capitães do Brasil: a saga dos primeiros colonizadores*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2016. p. 8).

<sup>9</sup> Mesmo em cortes que não tinham contato direto com essas colônias, como a dos duques de Württemberg, em que os festejos de carnaval de 1599 incluíram cortesãos vestidos de índios, um deles trajando um manto de penas à moda dos índios Tupinambá (vide BUJOK, Elke. *Neue Welten in Europäischen Sammlungen-Africana und Americana in Kunstkammern bis 1670*. Berlin: Reimer, 2004. p. 13-23).

<sup>10</sup> BUJOK, Elke. *Neue Welten in Europäischen Sammlungen-Africana und Americana in Kunstkammern bis 1670*. Berlin: Reimer, 2004.

<sup>11</sup> Vide BLEICHMAR, Daniela. The cabinet and the world Non-European objects in early modern European collections. *Journal of the History of Collections*, v. 33, n. 3, p. 435-445, nov. 2021.; YAYA,

combinados com partes de objetos diferentes de modo a satisfazer o gosto<sup>12</sup> ou a narrativa de conquista dos europeus.<sup>13</sup>

As circunstâncias da aquisição da maioria dos objetos desse período permanecem, portanto, obscuras. Ao contrário da concepção usual das expedições de conquista, devido à fraca presença militar local de Portugal — mas igualmente os seus concorrentes França e Holanda — muitos desses objetos não foram obtidos à força, mas adquiridos por trocas com a população indígena. Entre os próprios povos indígenas existia, igualmente, um comércio intenso de arte plumária e outras formas de artesanato. Alguns povos tiravam proveito do gosto europeu pela arte plumária brasileira, produzindo objetos especialmente para o comércio com os estrangeiros<sup>14</sup>. Tendo em vista a inimizade entre vários povos locais e as alianças efêmeras ou alternantes que eles estabeleciam com portugueses, franceses e holandeses, é igualmente possível que uma parte desses objetos tenha

chegado às mãos dos europeus como botim de guerra de outros povos indígenas vencidos.

Seja como for, a coleta assistemática e desprovida de critérios científicos, característica daquela época, contribuiu para a dispersão do material etnográfico brasileiro por todo o continente europeu. A escassa informação relativa às circunstâncias de aquisição desses objetos dificulta a sua atribuição às culturas indígenas de origem, especialmente às comunidades atuais delas descendentes.

Uma importante exceção nesse período foi o colecionismo do Conde João Maurício de Nassau-Siegen. Como governador da companhia das Índias ocidentais nas províncias ocupadas do nordeste brasileiro<sup>15</sup>, Maurício de Nassau fez construir um palácio na Vila de Recife, que os holandeses haviam transformado em sua capital, adornando seus jardins com plantas tropicais e animais silvestres<sup>16</sup>. Ele trouxe artistas e cientistas e promoveu a redação do primeiro manual de história natural do Brasil<sup>17</sup>. Ao retornar à Europa, apenas oito anos depois, Nassau levou consigo uma coleção capaz de enriquecer os museus “de duas universidades e mais algumas coleções privadas”<sup>18</sup>.

Essa importante coleção, inicialmente alojado no Palácio de Mauritshus na cidade de Haia, teve curta duração. Pouco depois de seu regresso à Europa o próprio Nassau, progressivamente, começou a dispersá-la, em grande parte por meio de obséquios a parentes ou soberanos cujo favor solicitava para promover sua carreira. Especialmente seu primo, o rei Frederico III da Dinamarca, o “grande eleitor” Frederico Guilherme de Brandemburgo e o rei Luís XIV da França foram bene-

Isabel. Wonders of America: the curiosity cabinet as a site of representation and knowledge. *Journal of the History of Collections*, v. 20, n. 2, p. 173-188, nov. 2008.; FEEST, Christian F. The collecting of american indian artifacts in Europe, 1493-1750. In: KUPPERMAN, Karel Ordahl (ed.). *America in European consciousness, 1493-1750*. [S. l.]: University of North Carolina Press, 1995. p. 324-360.

<sup>12</sup> “Os cocares de penas geralmente consistem em fitas, faixas etc., unidos para formar objetos complexos. Esses elementos geralmente são separáveis uns dos outros para facilitar o armazenamento e o transporte. [...] o conhecimento da sua estrutura correta muitas vezes se perdeu. Portanto, não é surpreendente que nos catálogos e/ou exposições de muitos museus esses objetos tenham sido e sejam mostrados de forma incompleta, ou combinados incorretamente. Até mesmo elementos de diferentes etnias foram usados para criar objetos quase intertribais. Particularmente afetadas por essas recombinações europeias são as antigas coleções presentes na Europa antes de 1900” (SCHLOTHAUER, Andreas. *Europäische Kombinationen von Federschmuck des Amazonas-Gebietes*. *Kunst&Kontext*, n. 1, p. 46-57, 2017. p. 46).

<sup>13</sup> Por exemplo, atribuindo, erroneamente, um objeto do Novo Mundo ao governante de um povo indígena subjugado. O exemplo mais famoso é a chamada “Coroa de Montezuma” no *Weltmuseum* de Viena, mas há inúmeros exemplos de atribuição incorreta de objetos desse período (FEEST, Christian F. The collecting of american indian artifacts in Europe, 1493-1750. In: KUPPERMAN, Karel Ordahl (ed.). *America in European consciousness, 1493-1750*. [S. l.]: University of North Carolina Press, 1995. p. 324-360).

<sup>14</sup> BUONO, Amy J. Their treasures are the feathers of birds: Tupinambá featherwork and the image of America. In: RUSSO, Alessandra et al. (ed.). *Images take flight: feather art in Mexico and Europe 1400-1700*. München: Hirmer, 2015. p. 178-189.; BUONO, Amy J. Tupi featherwork and the dynamics of intercultural exchange. In: ANDERSON, Jaynie (ed.). *Crossing cultures: conflict, migration, convergence: the proceedings of the 32nd International Congress in the History of Art*. Melbourne: Melbourne University Press, 2009. p. 291-295.

<sup>15</sup> Sobre a pessoa de Nassau, v. MELO, Evaldo Cabral de. *Johann Moritz Fürst von Nassau-Siegen*. Gummersbach: Rommert, 2020.; MELO, Evaldo Cabral de. Os holandeses no Brasil. In: HERKENDORFF, Paulo (ed.). *O Brasil e os holandeses*. Rio de Janeiro: GMT Editores, 1999. p. 20-41.

<sup>16</sup> MENEZES, José Luis Mota. Arquitetura e urbanismo. In: HERKENDORFF, Paulo (ed.). *O Brasil e os holandeses*. Rio de Janeiro: GMT Editores, 1999. p. 86-103.

<sup>17</sup> *A Historia Naturalis Brasiliae*, escrita por Willem Piso e publicada em 1648, com textos de Georg Marggraf e Johannes de Laet (v. FREEDBERG, David. Ciência, comércio e arte. In: HERKENDORFF, Paulo (ed.). *O Brasil e os holandeses*. Rio de Janeiro: GMT Editores, 1999. p. 192-217).

<sup>18</sup> SCHAEFFER, Enrico. Die Ausbeute der Brasilien-Expedition von Johann Moritz von Nassau und ihr Niederschlag: Kunst und Wissenschaft. *Medizinhistorisches Journal*, v. 11, n. 1/2, p. 8-26, 1976.



ficiários de doações generosas para os seus gabinetes de curiosidade<sup>19</sup>.

## 2.2 Exploração e coleta sob critérios científicos

À parte algumas coleções dispersas de clérigos missionários, as primeiras expedições de pesquisa de cunho científico em solo brasileiro ocorrem apenas no final do século 18. Essas viagens promovidas no espírito iluminista tinham, porém, como objeto primordial aperfeiçoar o conhecimento cartográfico e explorar, cientificamente, a riqueza natural da América portuguesa e, assim, revelar o seu potencial econômico. São desse período as expedições de Silva Pontes e Lacerda de Almeida (1780), do Frei José Vellozo (1783-1790) e sobretudo a “*viagem filosófica*” de Alexandre Rodrigues Ferreira (1783-1792), a maior expedição da coroa portuguesa, tendo uma influência científica duradoura e constituído o cerne de importantes coleções etnográficas e de história natural, tanto em Portugal quanto no Brasil. Infelizmente, os resultados dessas expedições permaneceram, em grande parte, inacessíveis ao público, ou apenas vieram a ser publicados muitas décadas depois, já no século 19<sup>20</sup>.

Outra particularidade dessa segunda fase da exploração científica do Brasil foi o estrito monopólio da coroa portuguesa. O rei Felipe I (Felipe II da Espanha, rei de Portugal a partir de 1580) já havia proibido, em 5 de fevereiro de 1591, a entrada de embarcações estrangeiras. Quatorze anos mais tarde, seu filho Felipe II (Felipe III da Espanha), com base na Lei de 18 de março de 1605, expulsou todos os estrangeiros de sua colônia, decretando uma proibição geral da entrada de suas naves, salvo poucas exceções (como para reparos e aprovisionamento de embarcações de nações amigas)<sup>21</sup>. As autoridades coloniais cumpriram, zelosamente, as leis que isolavam o Brasil do resto do mundo, mantendo

do o vasto território inacessível a cientistas e estudiosos estrangeiros por quase dois séculos<sup>22</sup>.

Essa situação mudou, radicalmente, após 1807. Fugindo das tropas de Napoleão, que exigia a adesão de Portugal ao bloqueio continental imposto contra a Grã-Bretanha, e temendo que lhe tocasse um destino semelhante ao do sogro, o rei Carlos IV da Espanha, o príncipe regente — mais tarde rei D. João VI de Portugal — ordenou, em nome de sua mãe, a rainha D. Maria I, o traslado da família real e da corte portuguesa para o Brasil. Posteriormente à chegada, ele decretou, em 1808, a abertura dos portos brasileiros aos navios de “nações amigas”<sup>23</sup>. O comércio com o Brasil deixou de ser o monopólio da coroa portuguesa e, a partir daí, o território brasileiro tornou-se acessível aos cientistas estrangeiros.

Essa mudança permitiu uma intensa atividade de pesquisa e exploração. Em poucos anos, organizaram-se quatro importantes expedições científicas ao Brasil, cujos resultados servirão de base para coleções de história natural famosas do continente europeu: 1817-1820, a viagem ao Brasil do príncipe Maximiliano de Wied-Neuwied; 1821-1829, a “expedição acadêmica” do cônsul russo Barão de Langsdorff; 1816-1822, a viagem do sábio francês Auguste de Saint-Hilaire<sup>24</sup>.

A mais importante de todas elas, porém, foi a expedição organizada em 1817 por ocasião do matrimônio da arquiduquesa Leopoldina da Áustria com o príncipe real D. Pedro — futuro primeiro imperador do Brasil — e cujos últimos membros haveriam de permanecer no país até 1835<sup>25</sup>. O chanceler austríaco, príncipe Met-

<sup>19</sup> SPENLÉ, Virginie. Savagery and civilization: dutch Brazil in the kunst and Wunderkammer. *Historians of Netherlandish Art*, v. 3, n. 2, p. 1-19, verão 2011.; FRANÇOZO, Mariana. *De Olinda a Holanda: o gabinete de curiosidades de Nassau*. Campinas: Unicamp, 2014. p. 202 ss.

<sup>20</sup> ELIAS, Simone Santana Rodrigues *et al.* As expedições naturalistas e cartográficas e as práticas científicas no Brasil do século XVIII. *Fronteiras: Journal of Social, Technological and Environmental Science*, v. 7, n. 1, p. 15-36, 2018.; para uma lista das coleções históricas de material etnográfico brasileiro, v. DORTA, Sonia Ferraro. *Coleções Etnográficas: 1650-1955*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (ed.). *História dos Índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 501-528.

<sup>21</sup> PORTUGAL. Carta de Lei de 18 de março de 1605. *Coleção Cronológica da Legislação Portuguesa*, Lisboa, p. 1603-1612, 1854. p. 108.

<sup>22</sup> Por exemplo, quando Alexander von Humboldt solicitou permissão para entrar no Brasil, em 1800, o governo português emitiu um mandado de prisão caso ele tentasse ingressar na colônia (HOLL, Frank. Alexander von Humboldt: Geschichtsschreiber der Kolonien. In: ETTE, Ottmar; BERNECKER, Walther R. (ed.). *Ansichten Amerikas: Neuere Studien zu Alexander von Humboldt*. Frankfurt: Vervuert, 2001. p. 51-78.).

<sup>23</sup> BRASIL. *Carta Régia de 28 de janeiro de 1808: abre os portos do Brasil ao commercio directo estrangeiro com excepção dos géneros estancados*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. (Coleção de Leis do Brasil – 1808). p. 1.

<sup>24</sup> Para uma visão geral, v. SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. *Naturalists in Nineteenth-Century Brazil*. *Archiv Weltmuseum Wien*, v. 63/64, p. 38-59, 2013/2014.

<sup>25</sup> WAGNER, Robert. *Brasilianische Reisen: Die Hochzeitsreise der Erzherzogin Leopoldine nach Rio de Janeiro: Forscher, Künstler, Diplomaten und der erste Kaiser von Brasilien*. Weitra: Verlag Bibliothek der Provinz, 2021.; SCHMUTZER, Kurt. *Der Liebe zur Naturgeschichte halber: Johann Natterers Reisen in Brasilien 1817-1835*. Wien: ÖAW, 2011.; KANN, Bettina. *Die österreichische Brasilienexpedition 1817-1836 unter besonderer Berücksichtigung der ethnographischen Ergebnisse*.

ternich, encarregou o diretor dos “gabinetes imperiais reunidos de ciências naturais, física e astronomia”, Karl von Schreibers, de organizar a expedição, da qual participaram um total de 14 pesquisadores e pintores: o chefe da expedição **Johann Christian Mikan**, professor de história natural da universidade de Praga, o zoólogo e taxidermista **Johann Natterer**, o mineralogista e botânico **Johann Emanuel Pohl**, o botânico e jardineiro **Heinrich Wilhelm Schott**, acompanhados do paisagista **Thomas Ender**, do desenhista botânico **Johann Buchberger** e do caçador **Dominik Sochor**. Outros membros da viagem foram o zoólogo **Johann Baptist Ritter von Spix** e o botânico **Carl Friedrich Philipp von Martius**, ambos enviados pelo rei da Baviera, bem como o botânico **Giuseppe Raddi** comissionado pelo grão-duque da Toscana<sup>26</sup>.

**Figura 2** – “Mapa do Brasil: em que se assinalam as viagens dos naturalistas Dr. Pohl e Johann Natterer” ca. 1832/36



“Mapa do Brasil: em que se assinalam as viagens dos naturalistas Dr. Pohl e Johann Natterer” ca. 1832/36, Arquivo do Weltmuseum.

**Fonte:** Arquivo do Weltmuseum.

Morrisville: Lulu, 2007.; KANN, Peter; RIEDL-DORN, Christa. [...] und den Resultaten ihrer Betriebsamkeit: Die österreichische Brasilien-Expedition 1817-1836. In: SEIPEL, Wilfried (ed.). *Die Entdeckung der Welt: Die Welt der Entdeckungen: Österreichische Forscher, Sammler, Abenteurer, Katalog zur Ausstellung 27. Oktober 2001 bis 13. Jänner 2002*. Milano: Skira, 2001. p. 217-228.; SCHMUTZER, Kurt. [...] jene Begierde zu reisen und zu sammeln [...] Johann Natterer: 18 Jahre im Urwald Brasiliens. In: SEIPEL, Wilfried (ed.). *Die Entdeckung der Welt: Die Welt der Entdeckungen: Österreichische Forscher, Sammler, Abenteurer, Katalog zur Ausstellung 27. Oktober 2001 bis 13. Jänner 2002*. Milano: Skira, 2001. p. 209-215.

<sup>26</sup> SCHMUTZER, Kurt. *Der Liebe zur Naturgeschichte halber: Johann Natterers Reisen in Brasilien 1817-1835*. Wien: ÖAW, 2011. p. 24-29; KANN, Bettina. *Die österreichische Brasilienexpedition 1817-1836 unter besonderer Berücksichtigung der ethnographischen Ergebnisse*. Morrisville: Lulu, 2007. p. 9-10.

Mikan, Buchberger e Ender retornaram à Áustria já em 1819; Pohl e Schott deixaram o Brasil em 1821, quando o governo austríaco declarou a expedição oficialmente encerrada. Natterer recusou-se a interromper o seu trabalho de pesquisa, permanecendo no país até 1835<sup>27</sup>.

Os membros da expedição receberam instruções detalhadas. Eles deveriam redigir planos de viagem com indicação precisa das paradas, das rotas previstas e de sua duração aproximada, bem como manter diários com anotação exata do local de coleta de produtos naturais, periodicamente a Viena todo o material coletado.

As instruções de serviço continham igualmente diretrizes para inventariar o espaço econômico brasileiro (matérias-primas, riquezas minerais, animais e plantas de interesse como mercadorias, bem como estradas e rotas de comércio). A corte vienense esperava obter informações sobre a economia do país, sobre produtos com os quais intensificar o comércio com o Brasil e sobre espécimes da fauna e flora suscetíveis de aclimação na Europa<sup>28</sup>.

### 2.3 Controle estatal sistemático

Iniciou-se a terceira fase da coleta e exploração de bens culturais indígenas com a fundação, em 1818, do antigo “Museu Real” no Rio de Janeiro. Características desse período são as leis de proteção do patrimônio histórico e cultural bem como de controle estatal da pesquisa, coleta e exportação de diversas categorias de objetos e a da declaração de alguns deles (tais como como fósseis e sítios arqueológicos da pré-história brasileira) como propriedade da nação. Enquanto, no século 19, o estado já apoiava a pesquisa nacional e a exploração do território, no século 20, sua intervenção acompanhou-se, também, de intensa atividade legislativa.

Deplorando os abusos e danos causados por expedições estrangeiras, conduzidas sem conhecimento prévio das autoridades brasileiras, um decreto do ano de 1933 sujeitou todas as atividades de exploração e pesquisa a autorização prévia do poder público a fim de “proteger os monumentos naturais, históricas, legendários e artísticos do País contra os riscos que atualmente

<sup>27</sup> SCHMUTZER, Kurt. *Der Liebe zur Naturgeschichte halber: Johann Natterers Reisen in Brasilien 1817-1835*. Wien: ÖAW, 2011. p. 95.

<sup>28</sup> SCHMUTZER, Kurt. *Der Liebe zur Naturgeschichte halber: Johann Natterers Reisen in Brasilien 1817-1835*. Wien: ÖAW, 2011. p. 53-54.

correm”<sup>29</sup>. Conforme esse decreto “nenhum espécime botânico, zoológico, mineralógico e paleontológico poderá ser transportado para fora do país senão quando existirem similares em algum dos Institutos Científicos do Ministério da Agricultura, ou no Museu Nacional”<sup>30</sup>. Ampliou-se esse sistema, em 1969, um ano após o então Conselho Nacional de Pesquisa ter assumido a competência de supervisão de todas as atividades de pesquisa de ciências naturais ou etnográficas no território nacional<sup>31</sup>. As normas sobre a coleta, por estrangeiros, de dados e objetos científicos no Brasil, encontram-se, atualmente, consolidadas no decreto 98.830 de 15 de janeiro de 1990<sup>32</sup>. Estão sujeitas à autorização prévia todas as atividades de campo exercidas por pessoa natural ou jurídica estrangeira, em todo o território nacional, que impliquem o deslocamento de recursos humanos e materiais, tendo por objeto coletar “dados, materiais, espécimes biológicos e minerais, peças integrantes da cultura nativa e cultura popular”<sup>33</sup>. Requerem, ademais, uma autorização especial as atividades que envolvam “a permanência ou trânsito por áreas indígenas e de preservação do meio ambiente”.

Introduziram-se as primeiras disposições sobre a proteção de patrimônio histórico e artístico nacional pouco depois da primeira regulação das expedições científicas, e se encontram substancialmente contidas no decreto-lei n.º 25 de 30 de novembro de 1937<sup>34</sup>. Ele cobre o patrimônio histórico e artístico nacional, definido como “o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país”, cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a “fatos memoráveis da história do Brasil”, quer por seu “excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”<sup>35</sup>. Tais bens devem ser tombados nos livros correspondentes, mantidos pelo serviço do patrimônio histórico artístico nacional, sujeitos às medidas protetivas usuais em tais casos como a inalienabilidade para aqueles bens que

pertencam a pessoas jurídicas de direito público<sup>36</sup>, bem como restrições à alienação daqueles que forem propriedade privada<sup>37</sup>. Proíbe-se a exportação de qualquer bem do patrimônio histórico artístico nacional, salvo para fins de exposição temporária<sup>38</sup>, sancionando-se a tentativa de exportação não autorizada com o sequestro dos bens em questão<sup>39</sup>.

A lei n.º 4.845, de 19 de novembro de 1965, expandiu a proteção dos bens culturais<sup>40</sup>, ao determinar a proibição de exportação de quaisquer obras de artes e ofícios tradicionais, produzidas no Brasil até o término do período monárquico. A proibição independe do tombamento do bem e abrange não apenas “pinturas, desenhos, esculturas, gravuras e elementos de arquitetura”, como também qualquer “obra de talha, imaginária, ourivesaria, mobiliário e outras modalidades”, produzidas antes da Proclamação da República<sup>41</sup>. Essa lei também prevê, em caso de violação, o sequestro dos bens em proveito de museus públicos<sup>42</sup>.

Fósseis e monumentos arqueológicos pré-históricos estão regulados em legislação especial. Conforme ao decreto-lei n.º 4.146, de 4 de março de 1942<sup>43</sup>, os depósitos fossilíferos são “propriedade da nação”, e a extração de espécimes fósseis depende de autorização prévia e fiscalização da autoridade competente. Aquele decreto não previu uma proibição expressa à exportação, mas ela é implícita por pertencerem tais bens ao patrimônio público. A Lei n.º 3.924, de 26 de julho de 1961, por sua vez, pôs os monumentos arqueológicos e pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional “sob a guarda e proteção do Poder Público”, excluindo-os da propriedade da superfície do solo regida pelo direito comum<sup>44</sup>, e proibiu, em todo o território nacional, o “aproveitamento econômico, a destruição ou muti-

<sup>29</sup> BRASIL. *Decreto n. 22.698 de 11 de maio de 1933*.

<sup>30</sup> BRASIL. *Decreto n. 22.698*. Art. 5.

<sup>31</sup> BRASIL. *Decreto n. 65.057, de 26 de agosto de 1969*. Dispõe sobre a concessão de licença para a realização de Expedições Científicas no Brasil e dá outras providências.

<sup>32</sup> BRASIL. *Decreto n. 98.830, de 15 de janeiro de 1990*. Dispõe sobre a coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil, e dá outras providências.

<sup>33</sup> BRASIL. *Decreto n. 98.830*. Art. 1.

<sup>34</sup> BRASIL. *Decreto-lei n. 25, de 30 de novembro de 1937*. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional.

<sup>35</sup> BRASIL. *Decreto-lei n. 25*. Art. 1.

<sup>36</sup> BRASIL. *Decreto-lei n. 25*. Art. 11.

<sup>37</sup> BRASIL. *Decreto-lei n. 25*. Art. 12.

<sup>38</sup> BRASIL. *Decreto-lei n. 25*. Art. 14.

<sup>39</sup> BRASIL. *Decreto-lei n. 25*. Art. 15.

<sup>40</sup> BRASIL. *Lei n. 4.845, de 19 de novembro de 1965*. Proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no país, até o fim do período monárquico.

<sup>41</sup> BRASIL. *Lei n. 4.845*. Art. 1. Abrange também os bens culturais portugueses trazidos ao Brasil durante o período colonial ou durante a monarquia (artigo 2º), bem como pinturas, esculturas e gravuras realizadas no exterior a partir do referido período que retratem personalidades brasileiras ou relacionadas à história do Brasil e às paisagens e costumes do país (Art. 3).

<sup>42</sup> BRASIL. *Lei n. 4.845*. Art. 5.

<sup>43</sup> BRASIL. *Decreto-lei n. 4.146, de 4 de março de 1942*. Dispõe sobre a proteção dos depósitos fossilíferos.

<sup>44</sup> BRASIL. *Decreto-lei n. 4.146*. Art. 1.

lação, para qualquer fim, das jazidas arqueológicas ou pré-históricas”. A lei proíbe, igualmente, a transferência para o exterior de qualquer objeto “que apresente interesse arqueológico ou pré-histórico, numismático ou artístico”, sem licença expressa da Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional<sup>45</sup>. A inobservância dessa prescrição implica “apreensão sumária do objeto a ser transferido, sem prejuízo das demais cominações legais a que estiver sujeito o responsável”<sup>46</sup>.

O marco legislativo de proteção dos bens culturais, em sentido estrito, completa-se com a ratificação e promulgação interna da Convenção da UNESCO sobre as Medidas para Impedir a Transferência de Propriedade Ilícita de Bens Culturais<sup>47</sup> e da Convenção do UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados<sup>48</sup>. Desde a entrada em vigor da Convenção da UNESCO no Brasil, em 1973, está proibida a saída do país de qualquer bem cultural de importância especial pertencente àquelas categorias que compõem a lista do artigo primeiro da Convenção, inclusive daqueles bens não apreendidos pela legislação precedente, como é o caso das “coleções e exemplares raros de zoologia, botânica, mineralogia e anatomia, e objeto de interesse paleontológico” ou “objetos de interesse etnológico” ou ainda “arquivos inclusive fonográficos, fotográficos ou cinematográficos”.

O regime jurídico para a coleta e exploração do material etnográfico dos povos indígenas brasileiros não está completo com as normas acima descritas. Cabe, com efeito, um papel especial à legislação relativa à proteção do território e das culturas dos povos indígenas brasileiros, bem como, às normas e medidas para a proteção do meio ambiente e da biodiversidade. Delas resultam outras limitações à coleta e à exploração de objetos indígenas. A Constituição Brasileira reconhece aos índios sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, bem como os “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”<sup>49</sup>.

Em conformidade com o Estatuto do Índio, ainda hoje em vigor<sup>50</sup>, os cidadãos e as comunidades indígenas “ainda não integrados à comunhão nacional” estão sujeitos à tutela da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), hoje órgão do Ministério da Justiça<sup>51</sup>. A lei ordena o respeito aos “usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum”<sup>52</sup>.

A condição particular dos povos indígenas, no sistema jurídico brasileiro, tem várias consequências para a coleta, exploração e comércio de material etnológico. Além de restringir o acesso às reservas indígenas reconhecidas a pessoas não pertencentes às comunidades indígenas, a lei também sujeita os negócios jurídicos com os indígenas ao regime de tutela que lhes é próprio. Embora o “direito comum” brasileiro seja geralmente aplicável às relações entre índios e forasteiros, os negócios jurídicos entre índios não integrados e outras pessoas sem o envolvimento da autoridade tutelar estatal são geralmente nulos<sup>53</sup>. O comércio de artesanato e produtos similares de comunidades indígenas é permitido em lojas especialmente aprovadas, mas a aquisição de material etnográfico autêntico em reservas indígenas somente é possível, praticamente, com o consentimento da FUNAI. A ela compete selar os objetivos da “Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais”<sup>54</sup>, que incluem o “reconhecimento, valorização e respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais”<sup>55</sup>.

Um terceiro obstáculo legal diz respeito aos objetos etnográficos para cuja confecção se utilizem partes de animais silvestres, como penas, dentes, ossos, pelos ou pele. A lei dos crimes ambientais<sup>56</sup> pune a caça, o abate, a perseguição ou o cativeiro de animais silves-

demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

<sup>45</sup> BRASIL. *Decreto-lei n. 4.146*. Art. 20.

<sup>46</sup> BRASIL. *Decreto-lei n. 4.146*. Art. 21.

<sup>47</sup> BRASIL. *Decreto n. 72.312 de 31 de maio de 1973*. Promulga a convenção sobre as medidas para impedir a transferência de propriedade ilícita de bens culturais.

<sup>48</sup> BRASIL. *Decreto n. 3.166, de 14 de setembro de 1999*. Promulga a convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho de 1995.

<sup>49</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 231: “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União

<sup>50</sup> BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

<sup>51</sup> BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Art. 7.

<sup>52</sup> BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Art. 6.

<sup>53</sup> BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Art. 8.

<sup>54</sup> BRASIL. *Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007*. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

<sup>55</sup> BRASIL. *Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007*. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. art. 1º.

<sup>56</sup> BRASIL. *Lei n. 9605, de 12 de fevereiro de 1998*.

tres, salvo prévia autorização, bem como a exposição e venda de “produtos e objetos” feitos a partir de animais da fauna nativa<sup>57</sup>. Somam-se a essas regulamentações nacionais as convenções e normas internacionais sobre proteção da fauna e da biodiversidade ratificadas pelo Brasil, como a Convenção de Washington, de 1973<sup>58</sup>.

Embora essa legislação não tenha sido concebida sistematicamente, tampouco seja cumprida à risca ou de forma coerente como um todo, ela implica que nenhuma atividade de coleta abrangente, especialmente por cientistas estrangeiros, pode ser realizada, atualmente, nos mesmos moldes das grandes expedições estrangeiras do século 19.

### 3 Colonialismo e restituição de bens culturais: limites do instrumentário jurídico e alternativas

O atual debate sobre bens culturais coloniais versa sobre demandas de restituição de objetos removidos de seu lugar de origem em um contexto colonial ou que foram adquiridos e exportados de antigas colônias por meios jurídica ou eticamente duvidosos. Muitas resoluções e recomendações foram elaboradas com essa situação em mente<sup>59</sup>.

O “contexto colonial” é, geralmente, equiparado às estruturas de dominação nas colônias europeias do século 19, ou seja, no auge do imperialismo europeu. Regiões anteriormente sujeitas a um regime de administração colonial, mas já independentes na primeira metade do século 20, estão em princípio igualmente abrangidas, mas não constituem o foco de atenção, apesar de que sua história também esteja marcada por traços de um sistema colonial de opressão e exploração, que, em vá-

rios aspectos, ainda hoje, moldam suas estruturas sociais. É, portanto, oportuno investigar, em que medida, as conclusões e diretrizes do debate atual sobre os bens culturais coloniais, especialmente aquelas de cunho jurídico, são pertinentes para “contextos coloniais” mais antigos.

Com base em alguns exemplos de bens culturais dos povos indígenas brasileiros, esse problema será examinado sob três pontos de vista: primeiro, indaga-se qual o significado e a finalidade da restituição de bens culturais, bem como o método e o destinatário da restituição. Em segundo lugar, examinam-se questões éticas e jurídicas da coleta e exposição de material etnográfico e, em terceiro lugar, ilustra-se a importância do material museológico para a preservação da identidade cultural dos povos indígenas.

#### 3.1 “Restituição”, “retorno”, “repatriamento”: como, por que, para quem?

A declaração do Presidente francês, Emmanuel Macron, relativa à criação de um quadro adequado para a restituição do patrimônio cultural africano sinaliza, claramente, até que ponto o debate sobre o tratamento adequado dos bens culturais derivados de um “contexto colonial” tornou-se um ponto central da diplomacia cultural europeia. Também trouxe à tona a delicada questão da terminologia, com o presidente Macron falando em “restituição” e “repatriamento”. O Comitê Intergovernamental para a Promoção da Devolução de Bens Culturais aos Países de Origem ou sua Restituição em caso de Apropriação Ilícita, criado pela UNESCO<sup>60</sup>, debateu a terminologia apropriada, até chegar-se a um acordo sobre o termo neutro “retorno”<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> BRASIL. *Lei n. 9605, de 12 de fevereiro de 1998*. art. 29.

<sup>58</sup> UNITED NATIONS. Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora. *Treaty Series*, Washington, v. 993, n. 14537, 1976. p. 243. A Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção foi promulgada pelo Decreto n.º 76.623, de 17 de novembro de 1975 e implementada pelo decreto n.º 3.607, de 21 de setembro de 2000.

<sup>59</sup> Ver, em particular, o influente relatório sobre a restituição de bens culturais africanos: SARR, Felwine; SAVOY, Bénédicte. *Rapport sur la restitution du patrimoine culturel africain: vers une nouvelle éthique relationnelle*. Disponível em: <https://www.vie-publique.fr/rapport/38563-la-restitution-du-patrimoine-culturel-africain>. Acesso em: 3 jan. 2023.

<sup>60</sup> “Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation” (v. ODENDAHL, Kerstin. Das zwischenstaatliche komitee zur förderung der rückgabe von kulturgut an die ursprungsländer oder dessen restitution im falle eines illegalen erwerbs (UNESCO Rückgabe-Komitee). *Kunst und Recht: Journal für Kunstrecht, Urheberrecht und Kulturpolitik*, v. 17, n. 3. p. 83-87, 2015.).

<sup>61</sup> O termo “restituição”, que é preferido pelos países de origem, implica uma aquisição ilegal e, portanto, é rejeitado pelos países ditos “de mercado”. “Devolução” sugere um ato de disposição voluntária, o que, por sua vez, contraria a concepção legal dos países de origem. “Repatriamento” sugere uma conexão natural entre um objeto e um estado ou comunidade nacional, mas isso não corresponde necessariamente às condições geográficas ou demográficas atuais.

A questão do “retorno” dos bens culturais coloniais é antiga<sup>62</sup>. Suas raízes estão no movimento de independência das ex-colônias na década de 1960. A necessidade de repatriamento de bens culturais de ex-colônias foi solenemente expressa na Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, da Assembleia Geral da ONU<sup>63</sup>. Essa declaração reconheceu o direito dos povos indígenas de “cultivar e reviver” suas tradições e costumes, incluindo o direito de “preservar, proteger e desenvolver as manifestações passadas, presentes e futuras de sua cultura, como sítios arqueológicos e históricos, artefatos, padrões, ritos, técnicas, artes visuais e cênicas e literatura”<sup>64</sup>. Para esse fim, os Estados devem cooperar com os povos indígenas para desenvolver “mecanismos eficazes” que possam “incluir a restituição” ou reparação “por bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais confiscados desses povos sem seu consentimento prévio voluntário e informado ou em violação de suas leis, tradições e costumes”<sup>65</sup>. A Declaração também reconhece o direito dos povos indígenas de “manifestar, cultivar, desenvolver e ensinar” suas tradições, costumes e ritos espirituais e religiosos, de “preservar, proteger e visitar seus locais religiosos e culturais sem interferência”, de “usar e descartar” seus objetos rituais e o direito de “repatriar seus restos mortais”<sup>66</sup>. Para esse fim, os Estados se esforçarão para “facilitar o acesso e/ou o repatriamento de objetos rituais e restos mortais em sua posse” por meio de mecanismos justos, transparentes e eficazes, desenvolvidos em conjunto com os povos indígenas envolvidos<sup>67</sup>. A Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, adotada pela

Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho em 1989 e em vigor desde 5 de setembro de 1991<sup>68</sup>, também contém normas de direito internacional importantes para a proteção dos povos indígenas.

### 3.1.1 O manto Tupinambá

Nesse contexto, será analisado o caso do manto Tupinambá do Museu Nacional de Copenhague, que teve alguma ressonância no Brasil no início do século, recentemente reavivado pelo anúncio de seu retorno iminente ao país.

A arte plumária americana, levada à Europa por mercenários, missionários, comerciantes e aventureiros, fascinou a elite da época, ávida de fausto e representação. Era grande a demanda por artefatos de povos do grupo linguístico tupi<sup>69</sup>. Os mais espetaculares deles eram mantos de corpo inteiro feitos com as penas brilhantes do íbis escarlata, ou guará. Cronistas do século 16 relatam que os Tupinambás usavam aqueles mantos em ocasiões especiais, como, por exemplo, em ritos fúnebres em que serviam de elo com o reino ancestral, ou em outras celebrações comunitárias enquanto símbolo de poder e prestígio, por exemplo em rituais de canibalismo envolvendo sacrifício de prisioneiros<sup>70</sup>. Eles eram

<sup>62</sup> Em 1978, por exemplo, o então diretor-geral da UNESCO, Amadou-Mahtar M'Bow, apelou aos Estados-Membros para que se empenhassem pela devolução do patrimônio cultural aos países de origem (An Appeal by Mr. Amadou-Mahtar M'Bow, Director-General of UNESCO: A Plea for the Return of an Irreplaceable Cultural Heritage to Those Who Created It, UNESCO Courier, 31.7.1978, p. 4-5).

<sup>63</sup> UNITED NATIONS. *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 13 set. 2007. General Assembly Resolution 61/295. anexo.

<sup>64</sup> UNITED NATIONS. *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 13 set. 2007. General Assembly Resolution 61/295. art. 11, parágrafo 1.

<sup>65</sup> UNITED NATIONS. *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 13 set. 2007. General Assembly Resolution 61/295. art. 11, parágrafo 2.

<sup>66</sup> UNITED NATIONS. *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 13 set. 2007. General Assembly Resolution 61/295. art. 12, parágrafo 1.

<sup>67</sup> UNITED NATIONS. *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. 13 set. 2007. General Assembly Resolution 61/295. art. 12, parágrafo 2.

<sup>68</sup> O art. 2º desta Convenção declara que é dever dos Estados desenvolver medidas coordenadas e planejadas “com a participação dos povos interessados” para proteger os direitos desses povos e assegurar o respeito à sua integridade. Nesse âmbito, devem ser previstas medidas destinadas a: a) garantir que os membros desses povos possam gozar, em igualdade de condições, dos direitos e oportunidades conferidos pelas leis ou regulamentos nacionais a outros membros da população; b) promover a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, no respeito pela sua identidade social e cultural, costumes, tradições e instituições (Convenção n.º 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais).

<sup>69</sup> Na chegada dos portugueses, quase todo o litoral brasileiro estava habitado por índios da família linguística tupi. O nome “Tupinambá” refere-se a um povo de língua tupi que viveu desde o norte do atual estado de São Paulo até a baía de Cabo Frio, ao norte do atual Rio de Janeiro, bem como entre o atual estado do Espírito Santo e o sul do atual estado da Bahia. Às vezes, no entanto, esse nome é usado para se referir à totalidade dos povos Tupi da época. Além dos Tupi, membros da segunda maior família linguística (Macro-Jê) também viviam no Brasil, mas foram, em grande parte, afastados do litoral para o interior pelos Tupis (v. FAUSTO, Carlos. Fragmentos de história e cultura tupinambá: da etnologia como instrumento crítico de conhecimento etno-histórico. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (ed.). *História dos Índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 381-390). No presente contexto, emprega-se o termo “Tupinambá” em sentido estrito.

<sup>70</sup> FRANÇOZO, Mariana. Beyond the Kunstammer: brazilian featherwork in early modern Europe. In: GERRITSEN, Anne; RI-

também usados em cerimônias de iniciação masculina pelos índios do status social elevado. Como outros objetos do Novo Mundo, na Europa esses mantos recebiam muitas vezes narrativas distorcidas destinadas a aumentar a fama dos colecionadores. Alguns deles também foram modificados e combinados com outros elementos, a fim de adaptá-los à ideia europeia de sua suposta função como símbolo de poder<sup>71</sup>.

**Figura 3** – Manto das penas Tupinambá



Manto de penas Tupinambá, Coleção Etnográfica, Nationalmuseet i København; Emprestado para a exposição “Brasil+500 – mostra do redescobrimento”, São Paulo, 2000.

**Fonte:** Coleção Etnográfica, Nationalmuseet i København.

ELLO, Giorgio. *The global lives of things*. London: Routledge, 2015. p. 105-127.; BUONO, Amy J. Tupi featherwork and the dynamics of intercultural exchange. In: ANDERSON, Jaynie (ed.). *Crossing cultures: conflict, migration, convergence: the proceedings of the 32nd International Congress in the History of Art*. Melbourne: Melbourne University Press, 2009. p. 291-295.; BUONO, Amy J. Their treasures are the feathers of birds: Tupinambá featherwork and the image of America. In: RUSSO, Alessandra et al. (ed.). *Images take flight: feather art in Mexico and Europe 1400-1700*. München: Hirmer, 2015. p. 178-189. p. 179-180.

<sup>71</sup> No início do século 20, por exemplo, o belo manto Tupinambá dos *Musées royaux d'art et d'histoire*, em Bruxelas, era chamado de “manto de Montezuma” (MRAH. *Manteau de plume, attribué erronément à Montezuma, culture Tupinambá, Brésil, Musées Royaux d'Art et d'Histoire, Bruxelles, Catalogue en ligne du musée des MRAH*. Disponível em: <https://www.carmenis.be/eMP/eMuseumPlus>. Acesso em: 15 dez. 2022). Esse manto recebeu até uma espécie de colarinho de outras penas substituindo o capuz original, a fim de assemelhar-se a um manto real europeu (SCHLOTHAUER, Andreas. *Europäische Kombinationen von Federschmuck des Amazonas-Gebietes*. *Kunst&Kontext*, n. 1, p. 46-57, 2017. p. 52-53).

Grande parte dos primeiros povos indígenas a fazer contato com os europeus foi dizimada por doenças e muitos morreram resistindo aos invasores. Os sobreviventes foram em sua maioria forçados a recuar para o interior e abandonar suas terras. Os Tupinambá foram dados por extintos já no século 18, e os seus espetaculares mantos desapareceram de circulação. Todos os mantos, ainda, existentes se encontram em coleções de museus europeus<sup>72</sup>. Atualmente, o Brasil não possui nenhum exemplar autêntico<sup>73</sup>.

Por ocasião da grande “exposição do redescobrimento”, organizada em São Paulo durante as celebrações dos 500 anos do “descobrimento” do Brasil, obteve-se, em empréstimo temporário do Museu Nacional da Dinamarca, em Copenhague, um manto Tupinambá feito inteiramente de penas de Guará.

Representantes da comunidade autodenominada “Tupinambás de Olivença” visitaram a exposição a convite da Folha de São Paulo, e o belo e bem conservado exemplar em exposição recordou-lhes relatos de anciãos sobre vestimentas sagradas dos Tupinambá. Eles viram no manto de penas vermelhas um testemu-

<sup>72</sup> Só o Museu Nacional da Dinamarca (*Nationalmuseet Etnografisk Samling*) possui cinco exemplares (EH5931, EHc52, EH5933, EH5934, EH5935). Os outros seis estão no Museu das Culturas de Basileia (N. Ivc657); nos *Musées royaux d'art et d'histoire*, em Bruxelas (AAM 5783); *Museo di Storia Naturale, Università degli Studi di Firenze*, Florence, Florença (n. 281 e n. 288); *Musée du Quai Branly*, em Paris (N. 17.3.83); e um exemplar sem número de inventário no *Museum Septalium*, da Biblioteca Ambrosiana de Milão (BUONO, Amy J. Their treasures are the feathers of birds: Tupinambá featherwork and the image of America. In: RUSSO, Alessandra et al. (ed.). *Images take flight: feather art in Mexico and Europe 1400-1700*. München: Hirmer, 2015. p. 178-189. p. 179-180). Originalmente, no entanto, havia, provavelmente, um total de 12 mantos depois que foi descoberto que, pelo menos, um desses mantos foi costurado a partir de partes originalmente provenientes de dois mantos diferentes (SCHLOTHAUER, Andreas. *Europäische Kombinationen von Federschmuck des Amazonas-Gebietes*. *Kunst&Kontext*, n. 1, p. 46-57, 2017. p. 52-53).

<sup>73</sup> Significativamente, o único artefato histórico que, ainda, evoca a grande arte plumária Tupinambá nos museus brasileiros é o manto de coroação de D. Pedro II, mantido no Museu Imperial de Petrópolis. Seguindo o exemplo do manto trajado por seu pai D. Pedro I, o manto de D. Pedro II não é adornado com pele de arminho, animal europeu, mas com uma pelerina feita das penas do pescoço do tucano nativo, no estilo da arte plumária indígena tradicional. Esse caso ilustra como a corte brasileira, no seu esforço de transplantar rituais europeus para o Novo Mundo, também se valeu de uma reinterpretção dos tradicionais mantos tupinambás segundo o padrão europeu (VOLPI, Maria Cristina. A roupa nova do imperador: Dom Pedro I e Dona Leopoldina em trajes de grande gala. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 467, n. 176, p. 257-274, abr./jun. 2015. p. 266.).

nho de sua cultura e reclamaram a sua restituição por meio da imprensa<sup>74</sup>. Não se sabe se eles solicitaram a intervenção do governo brasileiro. Na época, o Museu Nacional da Dinamarca declarou, laconicamente, nunca haver recebido qualquer pedido de restituição<sup>75</sup>, e o manto voltou às galerias de Copenhague. No entanto, o caso atraiu atenção da mídia, meios culturais e indígenas e estimulou um debate sobre a identidade cultural daquele povo e o lugar do patrimônio cultural indígena na sociedade brasileira contemporânea, vindo, recentemente, a ter um desenlace favorável graças às gestões da Embaixada do Brasil na Dinamarca, como se verá mais adiante.

De um ponto de vista estritamente jurídico, qual sorte teria tido a demanda dos Tupinambá de Olivença caso houvesse sido formalizada à época?

As normas de direito internacional público, em vigor no país, não poderiam servir de base para um eventual pedido de repatriamento. Nem a Convenção da UNESCO de 1970, nem a Convenção UNIDROIT de 1995 se aplicam a situações que precedam a sua respectiva entrada em vigor. Teoricamente, ainda haveria a possibilidade de uma ação reivindicatória fundada no direito interno brasileiro (ou dinamarquês), mas suas chances de sucesso seriam praticamente nulas.

Versando a controvérsia sobre um objeto de posse de uma instituição estrangeira presente, apenas temporariamente, no país, o juiz competente deveria, antes de tudo, determinar a lei aplicável para qualificar os direitos respectivos das partes sobre o objeto em disputa. Ora, a própria busca da lei aplicável a um caso semelhante revela a perenidade das estruturas coloniais criadas pelos europeus. A legitimidade da aquisição de bens móveis normalmente se determina conforme à lei vigente no país onde o objeto se encontrava no momento da aquisição<sup>76</sup>. O jurista de formação “ocidental” recorre, inva-

riavelmente, à lei transplantada da metrópole europeia, embora se saiba que categorias jurídicas como “posse”, “propriedade” e “aquisição” ou termos similares de sistemas jurídicos ocidentais não correspondem, necessariamente, ao universo normativo dos povos indígenas e são de difícil aplicação a direitos coletivos indivisíveis ou atribuídos a seres não personificados conforme suas crenças<sup>77</sup>. Apesar de todas as recomendações e declarações políticas de intenção de respeitar os costumes e tradições dos povos indígenas, o direito internacional privado, também, se presta como ferramenta do imperialismo cultural<sup>78</sup>.

No caso concreto, portanto, o juiz competente aplicaria o direito estatal que as suas normas de direito internacional privado declarassem aplicáveis, a começar pela questão da legitimidade ativa e da existência de um direito de ação. Ao reclamar o manto como “seu”, por ser produto da cultura de seus ancestrais, os índios Tupinambá de Olivença davam implicitamente a entender que a passagem do tempo, ao seu modo de ver, não afetaria os seus direitos e, provavelmente, também que um objeto sagrado dessa natureza não poderia ter sido objeto de alienação lícita. Por surpreendente que pudesse parecer, essa argumentação não seria de todo estranha ao direito brasileiro para o qual os bens públicos são “inalienáveis” e “imprescritíveis”. Semelhante tratamento aplica-se, em muitos sistemas jurídicos, aos bens culturais de carácter religioso, seja por meio do direito positivo, seja por recepção do direito consuetudinário dos povos autóctones ou das normas próprias das comunidades religiosas. Mais provável, porém, seria que o juiz brasileiro sequer adentrasse essas questões e estimasse a reivindicação de um objeto saído do país há

<sup>74</sup> FARIA, José Angelo Estrella. *La protection des biens culturels d'intérêt religieux en droit international public et en droit international privé*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law. Leiden: Brill-Nijhoff, 2021. (Recueil des cours, v. 421). p. 277 ss.

<sup>75</sup> Uma abordagem alternativa e menos eurocêntrica seria avaliar as circunstâncias de aquisição de acordo com as normas, valores e concepções éticas das comunidades de origem (*lex originis*) (v. OCHOA JIMÉNEZ, María Julia. Conflict of laws and the return of indigenous peoples' cultural property: a Latin American perspective. *International Journal of Cultural Property*, n. 26, p. 437-456, 2019.). No que diz respeito aos bens culturais de natureza religiosa ou sagrada, a *lex originis* oferece, em geral, um elemento de conexão mais significativo do que a *lex rei sitae*, porque leva em conta as restrições imanentes à comercialização dos objetos de acordo com os valores da comunidade de origem. (v. FARIA, José Angelo Estrella. *La protection des biens culturels d'intérêt religieux en droit international public et en droit international privé*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law. Leiden: Brill-Nijhoff, 2021. (Recueil des cours, v. 421). p. 225 ss.)

<sup>74</sup> ÍNDIOS de Ilhéus dizem pertencer à etnia considerada extinta e reivindicam peça do século 17<sup>o</sup>. *Folha de São Paulo*. Ilustrada, São Paulo, quinta-feira, 1 jun. 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0106200006.htm>. Acesso em: 12 dez. 2022.

<sup>75</sup> DAS PEÇAS indígenas a fósseis: os itens culturais brasileiros que estão ou correm risco de ir parar no exterior. *BBC News Brasil*, São Paulo, 3 fev. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42405892>. Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>76</sup> A Lei de Introdução ao Código Civil não é explícita sobre o aspecto temporal, mas essa conclusão deriva do reconhecimento na *locus rei sitae* no seu art. 8<sup>o</sup> (“Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados”).



séculos como evidentemente prescrita<sup>79</sup>, e, mesmo que não o fosse, consideraria a posse de boa-fé do Museu Nacional da Dinamarca como óbice suficiente à demanda de restituição dos Tupinambá de Olivença<sup>80</sup>.

Além do prazo prescricional e da possível exceção de usucapião, um outro obstáculo seria a legitimidade da comunidade indígena para reivindicar o objeto em questão. Somente em 2002 — um ano após a exposição —, o povo Tupinambá de Olivença foi reconhecido como comunidade indígena pela FUNAI, o que abriu caminho para o processo de demarcação de seu território<sup>81</sup>. É o único povo indígena que ainda hoje se autodenomina “Tupinambá”, mas a sua longa história de assimilação, sob a influência dos missionários jesuítas, e o fato de, atualmente, apenas falarem português<sup>82</sup> dificulta o rastreamento exato de sua origem<sup>83</sup>. A apreciação da sua pretensão à “devolução” do manto, com base em normas de direito privado, mesmo que não estivesse prescrita conforme ao direito positivo brasileiro, fracassaria por falta de prova da sua propriedade.

Ainda que se presumisse a identidade étnico-cultural entre os Tupinambás de Olivença e o antigo povo Tupinambá, uma solução puramente jurídica da questão seria ainda complicada pela ausência de informações sobre como o manto teria deixado a posse dos Tupinambá. Pareceria, à primeira vista, duvidoso que os Tupinambás se tivessem desfeito voluntariamente de um

manto que servia a uma função cerimonial ou sagrada. Por outro lado, os indígenas também produziam arte plumária, especialmente, para o comércio com os europeus<sup>84</sup>, e índios batizados ocasionalmente doavam seus mantos aos missionários<sup>85</sup>. Do fato de que o colonialismo “como um todo constitui um sistema de grande violência estrutural” não se pode inferir que todo o material proveniente desse período foi sempre obtido por meios ilícitos<sup>86</sup>.

Outra dificuldade para uma argumentação jurídica resulta da impossibilidade de rastrear a cadeia de transmissão de objetos levados à Europa há tanto tempo. No caso concreto, não há provas sobre como o manto foi parar em Copenhague. Uma aquisição direta no Brasil em nome do rei da Dinamarca é inverossímil. Tudo parece indicar que o manto chegou a Copenhague como um presente de Maurício de Nassau para seu primo, o rei Frederico III da Dinamarca<sup>87</sup>. Por plausível que seja, porém, tampouco essa hipótese está livre de dúvidas, pois não há provas concludentes de que o manto fizesse parte da coleção de Nassau. Supondo-se que o manto realmente proceda da coleção de Nassau, isso não prova que o manto tenha sido roubado ou subtraído ilícitamente dos ancestrais dos atuais Tupinambá de Olivença conforme as concepções jurídicas de então ou de hoje. Os Tupinambá de Olivença vivem ao sul da cidade de Salvador, capital da colônia na época, a mais de 1.000 quilômetros de Recife, onde residia Nassau. Nas imediações dos aldeamentos holandeses no Brasil, viviam povos aparentados dos índios Tupinambá, especialmente os Tobajara<sup>88</sup>. No entanto, em sua maioria eles já

<sup>79</sup> Código Civil, art. 205: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

<sup>80</sup> Código Civil, art. 1.260: “Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.”

<sup>81</sup> A primeira fase da demarcação de seu território foi iniciada em abril de 2009 com a publicação da síntese do “Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Tupinambá de Olivença” (FUNAI. Diretoria de Assuntos Fundiários. Despacho do Presidente em 17 de abril de 2009. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 2009. p. 52.). Segundo o relatório, os Tupinambá de Olivença já haviam solicitado a delimitação de seu território ancestral pela FUNAI em 2002, o que foi adiado por pressão de “interesse econômico” e levou a um “aumento insustentável dos conflitos sociais”. Para acelerar o processo, os Tupinambá de Olivença começaram a “reconquistar” suas terras ancestrais (FUNAI. Diretoria de Assuntos Fundiários. Despacho do Presidente em 17 de abril de 2009. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 2009. p. 53.).

<sup>82</sup> Esse povo já usava o português como segundo idioma desde o século 18. Conforme ao Instituto Socioambiental, é provável que tenha se convertido em sua língua única no século 20 (Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Tupinamb%C3%A1\\_de\\_Oliven%C3%A7a](https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Tupinamb%C3%A1_de_Oliven%C3%A7a). Acesso em: 12 dez. 2022).

<sup>83</sup> Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Tupinamb%C3%A1\\_de\\_Oliven%C3%A7a](https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Tupinamb%C3%A1_de_Oliven%C3%A7a). Acesso em: 12 dez. 2022.

<sup>84</sup> FRANÇOZO, Mariana. Beyond the Kunstammer: brazilian featherwork in early modern Europe. In: GERRITSEN, Anne; RIELLO, Giorgio. *The global lives of things*. London: Routledge, 2015. p. 105-127. p. 112-113.

<sup>85</sup> BUONO, Amy J. Tupi featherwork and the dynamics of intercultural exchange. In: ANDERSON, Jaynie (ed.). *Crossing cultures: conflict, migration, convergence: the proceedings of the 32nd International Congress in the History of Art*. Melbourne: Melbourne University Press, 2009. p. 291-295. p. 351.

<sup>86</sup> DEUTSCHER MUSEUMSBUND. *Leitfaden Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten*. 3. ed. Berlin: Deutscher Museumsbund, 2021. p. 84.

<sup>87</sup> A presença em Copenhague do ciclo de pinturas de Eckhout sobre paisagens e povos do Brasil holandês, que comprovadamente integravam o acervo de Nassau quando ele ainda residia no Brasil, sugere que o manto e as pinturas faziam parte de uma extensa doação a um poderoso e promissor mecenas (FRANÇOZO, Mariana. *De Olinda a Holanda: o gabinete de curiosidades de Nassau*. Campinas: Unicamp, 2014. nota n. 7.).

<sup>88</sup> No litoral próximo a Recife, capital do assentamento holandês no Brasil, viviam os Tobajara, pertencentes à família linguística Tupi,

eram batizados e não confeccionavam mais vestimentas de penas<sup>89</sup>. Mais provável do que uma aquisição direta seria um presente ou escambo com outro povo indígena, como os Tapuias, a quem os holandeses apoiaram na luta contra os portugueses e de quem Nassau recebeu vários presentes.<sup>90</sup>

Os limites do direito positivo — especialmente do direito privado — para resolver controvérsias sobre a titularidade e eventual restituição de objetos obtidos em contextos coloniais tão antigos são, portanto, evidentes. O exame de tais casos sob o prisma de institutos e conceitos do direito positivo ocidental exigiria a determinação das circunstâncias da aquisição original e das transmissões subsequentes de cada objeto individualmente considerado, desde o momento em que ele deixou a comunidade de origem até sua entrada no acervo do museu ou coleção em que se encontra. Com relação ao material etnográfico levado da América luso-espanhola à Europa, nos primórdios do período colonial, raramente acompanhado de qualquer documentação ou apreendido em catálogos ou inventários da época, essa pesquisa extrapola, claramente, as possibilidades inclusive da mais moderna pesquisa de procedência.

Com razão, a Associação Alemã de Museus (*Deutscher Museumsbund*) constata que o sistema jurídico atual não dispõe de instrumentos adequados para uma determinação da propriedade legítima de muitos objetos adquiridos em um contexto colonial<sup>91</sup>. Recomenda-se, portanto, aos museus que não invoquem as exceções de prescrição ou de usucapião como defesa em demandas de repatriamento de bens coloniais. Além disso, recomenda-se que considerem, favoravelmente, o repatriamento não apenas no caso de objetos que tenham sido comprovadamente removidos do lugar de origem de forma violenta ou fraudulenta, mas também quando as circunstâncias da aquisição parecerem injustas *para os*

*padrões atuais*<sup>92</sup>. Não se trata de uma restituição imposta por obrigação jurídica imperativa, mas de casos em que a retenção do objeto reclamado por sua comunidade de origem resulta indefensável por razões éticas ou políticas.

No entanto, mesmo essa apreciação ética “retroativa” não conduz, em todos os casos, ao repatriamento, por causa da escassez de informações sobre a trajetória dos objetos no tempo e no espaço. Casos como o do manto Tupinambá revelam que, na maioria das vezes, as circunstâncias da aquisição de objetos específicos, no período colonial remoto, são desconhecidas. Considerando-se essa dificuldade, a Associação Alemã de Museus propõe também uma “abordagem intermédia”, que preconiza a restituição de bens culturais oriundos de contextos coloniais, mesmo independentemente de uma avaliação final das circunstâncias de aquisição, quando se tratar de objetos que, no momento de sua remoção da comunidade de origem, “tinham particular significado religioso ou cultural para a comunidade de origem e mantiveram ou recuperaram esse significado na atualidade”<sup>93</sup>.

O repatriamento em tais casos pressupõe que se confirme a “especial importância” do objeto para a comunidade de origem. Ainda que isso não requeira a constatação de uma transmissão legítima e ininterrupta de propriedade sobre o objeto em termos estritamente jurídicos, ela é, assim mesmo, inseparável da existência de um elo cultural inequívoco entre o objeto em questão e a tradição da comunidade cogitada como possível destinatária da restituição. Entretanto, o lapso de quase

enquanto o interior era habitado principalmente pelos índios Sukuru (também chamados de Tarairu), povo pertencente à família linguística Macro-Jê; ao norte viviam os índios Potiguar, pertencentes à família linguística Tupi (s. NIMENDAJÚ, Curt. *Mapa etno-histórico do Brasil e das regiões adjacentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 121).

<sup>89</sup> VIANA, Fausto. Johan Maurits van Nassau-Siegen e os trajes dos ameríndios. *Cultura Estudos avançados*, v. 34, n. 98, p. 293-313, jan./abr. 2020. p. 306.

<sup>90</sup> FRANÇOZO, Mariana. *De Olinda a Holanda*: o gabinete de curiosidades de Nassau. Campinas: Unicamp, 2014. p. 116.

<sup>91</sup> DEUTSCHER MUSEUMSBUND. *Leitfaden Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten*. 3. ed. Berlin: Deutscher Museumsbund, 2021. p. 167.

<sup>92</sup> DEUTSCHER MUSEUMSBUND. *Leitfaden Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten*. 3. ed. Berlin: Deutscher Museumsbund, 2021. p. 84. As recomendações do órgão consultivo do ministério da cultura austríaco são menos detalhadas, mas aconselham a restituição sempre que estiverem presentes três condições: quando o bem cultural tenha sido adquirido ou coletado “contra a vontade ou desejo ou sem o consentimento fundamental do proprietário anterior”, o contexto colonial esteja “claramente estabelecido” e “um Estado que cobre a área onde o bem cultural em questão foi adquirido ou coletado requeira a devolução do objeto”, (BUNDESMINISTERIUM KUNST, KULTUR, ÖFFENTLICHER DIENST UND SPORT (BMKÖS). *Empfehlungen des Beratungsgremiums für einen Handlungsrahmen zu Beständen österreichischer Bundesmuseen aus kolonialen Kontexten*. Wien, 20 jun. 2023. p. 17).

<sup>93</sup> DEUTSCHER MUSEUMSBUND. *Leitfaden Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten*. 3. ed. Berlin: Deutscher Museumsbund, 2021. p. 84. As recomendações do órgão consultivo do ministério da cultura austríaco não preveem expressamente essa hipótese.

quatro séculos entre a suposta produção do manto e o pedido de restituição por parte dos Tupinambá de Olivença dificulta a apreciação do caso sob esse prisma.

Do ponto de vista prático, e de acordo com o princípio ainda dominante da territorialidade<sup>94</sup>, muitos argumentos militam em favor de considerar o Estado em cujo território a comunidade de origem vive como o destinatário do repatriamento, cabendo-lhe determinar a custódia legítima de um bem cultural repatriado em conformidade com o seu próprio direito<sup>95</sup>. Também desse ponto de vista, o caso do manto Tupinambá ilustra as peculiaridades dos bens coloniais sul-americanos em relação a objetos de outras partes do mundo. Em sua maioria, Estados do continente americano emergiram de antigas estruturas coloniais e mantiveram, por muito tempo, as políticas de assimilação e deslocamento da população indígena.

O Brasil não é exceção, como atesta a relação entre o Estado e o povo Tupinambá de Olivença.<sup>96</sup> Durante muito tempo, esse povo não desfrutou de proteção contra invasores na terra que habitava<sup>97</sup>. Sua condição

<sup>94</sup> Embora vários outros atores também estejam desempenhando um papel cada vez mais importante (v. PETERS, Robert. *Complementary and alternative mechanisms beyond restitution: an interest-oriented approach to resolving international cultural heritage disputes*. 2011. Tese (Doutorado) – European University Institute, Department of Law, Florence, 2011. p. 95 ss.)

<sup>95</sup> Esta é claramente a opção feita pelo órgão consultivo do ministério da cultura austríaco ao aconselhar que “apenas um pedido formal de um Estado pode iniciar o processo de avaliação da possibilidade de devolução de bens culturais”, a qual “deve ser feita apenas a um Estado requerente”, podendo a República da Áustria “pedir a um estado que esclareça a sua posição se o pedido não for claro em qualquer aspecto” (BUNDESMINISTERIUM KUNST, KULTUR, ÖFFENTLICHER DIENST UND SPORT (BMKÖS). *Empfehlungen des Beratungsgremiums für einen Handlungsrahmen zu Beständen österreichischer Bundesmuseen aus kolonialen Kontexten*. Wien, 20 jun. 2023. p. 18).

<sup>96</sup> Os membros da comunidade sofriam ameaças de proprietários lindeiros, o que regularmente desencadeava conflitos violentos, seguidos por novos despejos e prisões pelas autoridades locais (Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Tupinamb%C3%A1\\_de\\_Oliven%C3%A7a](https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Tupinamb%C3%A1_de_Oliven%C3%A7a). Acesso em: 12 dez. 2022).

<sup>97</sup> No artigo 231, § 1º, da Constituição Federal definem-se as “terras tradicionalmente ocupadas” pelos índios como aqueles “por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. Somente com a carta constitucional de 1988 prevaleceu o princípio de que os direitos dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam antecedem a criação do próprio Estado brasileiro e existem independentemente do reconhecimento oficial.

de “povo indígena”, pré-requisito para a demarcação do território que reivindicavam, ainda não havia sido reconhecida à época do debate sobre o manto de Copenhague, o que tornava a polêmica sobre o manto Tupinambá potencialmente delicada para o Estado brasileiro. Além da oportunidade política interna, o Estado brasileiro teria tido, ainda, de sopesar o interesse de incluir a demanda dos Tupinambá de Olivença na pauta das relações diplomáticas com a Dinamarca. Isso somente ocorreu mais de vinte anos depois da reivindicação original dos Tupinambá de Olivença, quando a Embaixada do Brasil na Dinamarca iniciou gestões juntamente ao Museu Nacional da Dinamarca com vistas ao repatriamento do manto, que resultaram em sua “doação” ao Museu Nacional do Rio de Janeiro, em junho de 2023<sup>98</sup>. O êxito dessas gestões foi certamente propiciado pela mudança de atitude dos museus europeus, atualmente mais sensíveis às demandas de repatriamento de objetos trazidos das antigas colônias. Assim mesmo, a qualificação da transação como “doação” revela a natureza voluntária do ato das autoridades dinamarquesas, bem como o reconhecimento implícito do seu direito de propriedade por parte do Estado brasileiro. O repatriamento do manto é, portanto, um êxito político, e não uma vitória jurídica. Sua caracterização como uma “cooperação cultural dos dois países para ajudar a reconstruir a instituição brasileira”, nas palavras do Embaixador do Brasil na Dinamarca, permitiu contornar os empecilhos jurídicos e evitar um pronunciamento de qualquer das partes sobre a quem pertence o manto e sobre a legitimidade de sua presença no acervo do museu dinamarquês<sup>99</sup>.

Soluções de natureza política para demandas internacionais de repatriamento de bens culturais requerem o envolvimento do Estado e de seus representantes diplomáticos. O Estado, ou entes públicos do país de origem, tornam-se, assim, os destinatários naturais de bens culturais repatriados cujos proprietários sejam in-

<sup>98</sup> ROXO, Elisângela. A volta do manto tupinambá. *Revista Piauí*, 27 jun. 2023. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/volta-do-manto-tupinamba>. Acesso em: 3 jul. 2023.

<sup>99</sup> O *Deutscher Museumsbund* observa, no entanto, que, muitas vezes, há controvérsias nos países e comunidades de origem sobre “quem tem o direito de conduzir tais discussões e a quem uma coleção deve ser entregue. Há sempre diferenças de opinião sobre entre os governos dos Estados de hoje e os dignitários tradicionais. Às vezes, mesmo dentro de uma comunidade de origem, apenas um determinado membro ou grupo de pessoas está autorizado a conduzir tais discussões” (DEUTSCHER MUSEUMSBUND. *Leitfaden Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten*. 3. ed. Berlin: Deutscher Museumsbund, 2021. p. 88).

definidos ou não disponham de meios para acolher ou preservar os objetos repatriados<sup>100</sup>. Da mesma forma, o Estado pode ser visto como destinatário natural de objetos produzidos por culturas passadas que já não dispõem de continuidade no território nacional. O Estado se converte, assim, no protetor da importância cultural de objetos produzidos em seu território. Apesar disso, o exemplo do manto Tupinambá também demonstra que circunstâncias de ordem interna ou internacional afetam a capacidade ou a predisposição do Estado de atender às demandas de povos indígenas na ocasião em que são formuladas, e que medidas para promover o repatriamento de objetos representativos de culturas indígenas contemporâneas ou passadas podem ser postergadas até que o contexto oportuno se apresente.

### 3.1.2 As coleções vienenses

Nesta seção enfocam-se as coleções vienenses de história natural e de objetos etnográficos brasileiros. Seu núcleo é formado pelos cerca de 150.000 objetos enviados a Viena pelos cientistas austríacos durante a expedição ao Brasil.<sup>101</sup>

As coleções etnográficas contavam com cerca de 2.000 objetos de mais de 70 povos indígenas, tornando-se uma das maiores do gênero na Europa. Informações sobre o que foi coletado e de que forma se encontram nas instruções dadas aos membros da expedição, nos registros dos participantes, em relatórios sobre as condições locais.

Não se tem notícia de nenhum pedido de repatriamento, oficial ou extraoficialmente, relativo a qualquer desses objetos. No entanto, o *Weltmuseum* possui diver-

sos tipos de objetos com função ritual ou sagrada na vida das comunidades brasileiras de origem, e objetos semelhantes já deram ensejo a controvérsias de repatriamento entre povos indígenas brasileiros e outros museus europeus. Um exemplo são as máscaras do povo Tikúna. Essas máscaras são especialmente usadas durante a tradicional “Festa da Moça Nova”, o mais importante ritual dos Tikúna<sup>102</sup>. Nela, entidades espirituais são incorporadas em trajes de máscara. O *Weltmuseum* possui, entre outras coisas, um traje do espírito de tempestade *O’ma*, uma das entidades espirituais mais perigosos da cosmologia dos Tikúna<sup>103</sup>. A Festa da Moça Nova representa um aspecto fundamental da identidade Tikúna, sua não realização, segundo o mito de origem, traz consequências funestas como doenças, carestia, colheitas ruins e até a morte dos integrantes do grupo<sup>104</sup>.

Uma disputa sobre o repatriamento de máscaras semelhantes surgiu, em Manaus, em 1997, por ocasião da exposição de uma coleção de arte indígena brasileira do século 18, em parte emprestada pelo Museu da Universidade de Coimbra e parte pela Academia de Ciências de Lisboa. As antigas máscaras dos índios Jurupixuna haviam sido coletadas durante a “viagem filosófica” de Alexandre Rodrigues Ferreira ao final do século 18. Sua primeira exposição no Brasil suscitou um debate acirrado entre as comunidades indígenas da Amazônia e os responsáveis pela exposição. Os índios Tikúna notaram que as máscaras expostas do antigo povo Jurupixuna eram essencialmente iguais às que eles mesmos ainda fabricavam e usavam em seus rituais. Os Jurupixuna habitaram, historicamente, a mesma área hoje ocupada pelos Tikúna, que exigiram a devolução dos objetos expostos ao seu povo. A possibilidade de devolver os artefatos aos Tikúna foi discutida, sem sucesso, com os responsáveis pela exposição, e as máscaras regressaram a Portugal<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> O *Deutscher Museumsbund* observa, no entanto, que, muitas vezes, há controvérsias nos países e comunidades de origem sobre “quem tem o direito de conduzir tais discussões e a quem uma coleção deve ser entregue. Há sempre diferenças de opinião sobre entre os governos dos Estados de hoje e os dignitários tradicionais. Às vezes, mesmo dentro de uma comunidade de origem, apenas um determinado membro ou grupo de pessoas está autorizado a conduzir tais discussões.” (DEUTSCHER MUSEUMSBUND. *Leitfaden Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten*. 3. ed. Berlin: Deutscher Museumsbund, 2021. p. 88).

<sup>101</sup> Somente a coleção de Johann Natterer incluiu 1.146 mamíferos, 12.294 aves, 1.678 anfíbios, 1.621 peixes, 32.825 insetos, 409 crustáceos, 951 conchas, 73 moluscos, 1.729 frascos de vermes viscerais, 242 sementes, 430 minerais, 138 amostras de madeira, 216 moedas e uma coleção de 192 crânios animais e humanos (SCHMUTZER, Kurt. *Der Liebe zur Naturgeschichte halber*. Johann Natterers Reisen in Brasilien 1817-1835. Wien: ÖAW, 2011. p. 263).

<sup>102</sup> FAULHABER, Priscila. O ritual e seus duplos: fronteira, ritual e papel das máscaras na festa da moça nova tikuna. *Boletín de Antropología Universidad de Antioquia*, v. 21, n. 38, p. 86-103, 2007.

<sup>103</sup> Descrito como “traje de máscara, Tikúna, Amazônia Ocidental, Brasil. Cerca de 1830. Casca de rafia, fibra vegetal, resina, corante, espelho, altura máxima 175 cm. Coleção Natterer, nº de inventário 1.476, 1.477” (v. AUGUSTAT, Claudia (ed.). *Jenseits von Brasilien*. Johann Natterer und die ethnographischen Sammlungen der österreichischen Brasilienexpedition 1817 bis 1835. Wien: Ausstellungskatalog des Museums für Völkerkunde, 2012. p. 77).

<sup>104</sup> DOMINGUES-LOPES, Rita de Cássia. Cultura material e identidade: as máscaras indígenas dos povos Tikúna e Pankararú. *MARGENS: Revista Interdisciplinar*, v. 14, n. 23, p. 133-147, dez. 2020. p. 140.

<sup>105</sup> BORGES, Luiz Carlos; BOTELHO, Marília Braz. *Museus e res-*

Conforme esse exemplo, é concebível que as coleções vienenses incluam objetos cuja importância para as sociedades de origem poderia justificar o seu repatriamento, caso se aplicassem diretrizes similares às do *Deutscher Museumsbund*. No entanto, as Recomendações do Órgão consultivo do ministério da cultura austríaco sobre acervos de museus federais de contextos coloniais não preveem, expressamente, a hipótese de repatriamento de bens culturais meramente em reconhecimento de sua importância cultural para o povo de origem, limitando-se a recomendá-la em caso de aquisição “contra a vontade ou desejo ou sem o consentimento fundamental do proprietário anterior”<sup>106</sup>. Além disso, ao que consta, nenhum dos mais de 70 povos indígenas do Brasil, representados nas coleções de Viena, reivindicou até agora qualquer objeto como particularmente importante para sua cultura. O Estado brasileiro tampouco formulou qualquer pedido concreto de repatriamento fundado na importância particular de qualquer exemplar exposto no *Weltmuseum*.

Ressalta-se o repatriamento de objetos com significado sagrado ou de “significado especial” para a sociedade de origem pressupõe não apenas a atribuição positiva de um objeto à comunidade à qual se deva restituir, mas também seu envolvimento e participação no processo de repatriamento. Em particular, é importante avaliar até que ponto o objeto ainda mantém os atributos considerados pelos destinatários como essenciais para que cumpra com sua função sagrada ou espiritual. Conhecem-se casos em que o repatriamento de objetos removidos, há longo tempo, representou um ônus material e emocional para a comunidade de origem, seja porque os objetos voltavam “despojados de alma”, seja porque a comunidade temia os espíritos malignos dos ancestrais incorporados naqueles objetos<sup>107</sup>.

tuição patrimonial: entre a coleção e a ética. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 11., 2010, Rio de Janeiro. *Anais [...]*. Rio de Janeiro: [s. n.], 2010. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/178374>. Acesso em: 22 dez. 2022.

<sup>106</sup> BUNDESMINISTERIUM KUNST, KULTUR, ÖFFENTLICHER DIENST UND SPORT (BMKÖS). *Empfehlungen des Beratungsgremiums für einen Handlungsrahmen zu Beständen österreichischer Bundesmuseen aus kolonialen Kontexten*. Wien, 20 jun. 2023. p. 17.

<sup>107</sup> O repatriamento de enfeites de dança do Museu do Índio, em Manaus, para os moradores da região de Iauaretê, no Rio Negro, em 2008, foi descrita como uma experiência traumática para a comunidade, pois seus membros não tinham tido oportunidade de aprender com seus pais e avós como usar e cuidar adequadamente dos utensílios e ornamentos e, ao mesmo tempo, temiam “os males que eles seriam capazes de provocar se os seus guardiões não tivessem

É claro que as diversas dificuldades e obstáculos que impedem o repatriamento de objetos procedentes das fases iniciais do colonialismo não devem servir de pretexto para recusar pedidos legítimos de repatriamento. No entanto, eles oferecem uma perspectiva adicional sobre esse problema, ao indicar que o repatriamento, mesmo quando possível, não é nem um fim em si mesmo, nem uma panaceia para os traumas do colonialismo<sup>108</sup>. Onde o repatriamento não seja possível ou conveniente, cabem abordagens alternativas, que serão discutidas mais adiante, bem como uma atenção especial ao manejo correto de coleções de contextos coloniais.

Além do repatriamento de objetos “importantes”, seria teoricamente concebível o repatriamento de objetos específicos das coleções de Viena na hipótese de terem sido adquiridos ilegalmente ou com base em meios considerados injustos pelos padrões atuais. A legalidade da expedição austríaca, em si, é juridicamente inquestionável, pois a autorização para coleta de material no país proveio das mais altas autoridades do então Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, em conformidade com o direito então vigente no país. O próprio Estado brasileiro nunca manifestou qualquer pretensão ao retorno das coleções vienenses, e teria, de qualquer forma, grande dificuldade em fundamentá-la considerando a continuidade legal e institucional entre a antiga autoridade estatal monárquica e a atual República Federativa do Brasil.

Objetos botânicos, mineralógicos e zoológicos, atualmente presentes em Viena, foram geralmente coletados diretamente pelos membros da expedição austríaca, a maioria dos animais provavelmente foi abatida para esse fim. Adquiriram-se os objetos etnográficos dos habitantes indígenas principalmente em troca de alimentos, objetos de metal, álcool, adereços e produtos similares, como Johannes Pohl descreveu em detalhe em seu diário de viagem<sup>109</sup>. Muitas vezes, tanto Pohl quan-

a capacidade de reintegrá-los pacificamente à sociedade”, pois, entre outras coisas, o “afastamento do convívio dos ornamentos com os povos indígenas da região”, teria transformado os objetos em “canibais potenciais” (MARTINI, André. O retorno dos mortos: apontamentos sobre a repatriamento de ornamentos de dança (basá busá) do Museu do Índio, em Manaus, para o rio Negro. *Revista de Antropologia*, v. 55, n. 1, p. 331-355, 2012.).

<sup>108</sup> DEUTSCHER MUSEUMSBUND. *Leitfaden Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten*. 3. ed. Berlin: Deutscher Museumsbund, 2021. p. 81.

<sup>109</sup> A uma jovem de 18 anos, cujos “botoques de madeira particularmente grandes” Pohl “desejava possuir”, ele ofereceu em troca “um terço, uma faca e um espelho” (POHL, Johann B. Emanuel. *Reise im*

to Natterer receberam objetos específicos ou coleções inteiras de fazendeiros ou militares que encontraram ao longo da rota da expedição<sup>110</sup>. É duvidoso que todas as transações de troca tenham sempre ocorrido “em pé de igualdade”, tendo em vista o desequilíbrio de poder nas relações entre índios e europeus no Brasil da época. As circunstâncias da aquisição, em alguns casos individuais, sugerem, sob a ótica atual, uma pressão nem sempre sutil para obter objetos de interesse para as coleções vienenses. De qualquer forma, o sucesso da expedição austríaca ao Brasil refere-se às estruturas de poder colonial, que estendeu aos cientistas europeus, direta ou indiretamente, a autoridade dos governantes coloniais sobre os índios “pacificados”<sup>111</sup>. Em relação aos índios “selvagens”, os membros da expedição austríaca no Brasil desfrutavam da proteção dos militares locais ou dos povos indígenas “mansos”. Além disso, por meio

de aquisições de “segunda mão”, os expedicionários podem ter adquirido objetos anteriormente apreendidos à força das comunidades de origem, não diretamente por oficiais coloniais, mas por povos aliados dos portugueses em suas lutas com outros povos indígenas<sup>112</sup>. No entanto, não há relato nem indícios de emprego de força física ou de aquisição direta de despojos de guerra ou material semelhante. Isso não significa que todas as práticas de coleta da expedição austríaca ao Brasil tenham sido impecáveis para os padrões atuais, tampouco que do próprio ponto de vista da época tudo tenha sido adquirido “honestamente”.

No entanto, a constatação de que alguns objetos possam sofrer dessa mácula, por si só, não é suficiente para deduzir-se que os objetos coletados no Brasil naquela época sejam, como um todo, passíveis de restituição conforme aos critérios deontológicos e jurídicos mencionados anteriormente<sup>113</sup>.

### 3.2 Patrimônio museológico e preservação da identidade cultural indígena

O longo período entre a remoção de material etnográfico das regiões de origem e a sua exposição ou redescoberta na Europa cria obstáculos ao repatriamento internacional em termos estritamente jurídicos. No entanto, essa não é a única forma de mitigar a perda cultural para as sociedades de origem. Com efeito, modelos alternativos de cooperação também podem contribuir para a preservação da identidade cultural dos povos indígenas e, dessa forma, contribuir para preencher o vácuo criado pela ausência de testemunhos materiais originais da produção cultural de povos passados. Em certas circunstâncias, o próprio debate sobre um possível repatriamento por si só já dá alento à autoafirmação cultural de uma comunidade.

*Inneren von Brasilien*. 2. Teil. Wien: [s. n.], 1837. p. 428). Alguns dias depois, Pohl trocou com um botocudo “seus protetores auriculares por sal e tabaco” (POHL, Johann B. Emanuel. *Reise im Inneren von Brasilien*. 2. Teil. Wien: [s. n.], 1837. p. 449). Pohl também recompensou a “transferência” de um botocudo, que, nos termos da “oferta” feita pelo chefe da tribo através de um comandante militar, Pohl “poderia levar consigo para a Europa”, presenteando-o com “facas, farinha de milho, carne secca (sic), sal e tabaco” (POHL, Johann B. Emanuel. *Reise im Inneren von Brasilien*. 2. Teil. Wien: [s. n.], 1837. 449-450). Pohl deve ter se arrependido da barganha, porque alguns dias depois reclamou que o menino era “um verdadeiro monstro e seria difícil encontrar um segundo espécime tão feio entre seus compatriotas”. Ele tinha sido um “modelo de lentidão”, comprovando o “princípio central dos índios” de que, na vida, “o melhor é não fazer nada e comer muito”, sendo particularmente difícil “fazê-lo andar e renunciar à sua sesta do meio-dia” (POHL, Johann B. Emanuel. *Reise im Inneren von Brasilien*. 2. Teil. Wien: [s. n.], 1837. p. 452).

<sup>110</sup> Assim, por exemplo, em dezembro de 1824 Natterer provavelmente adquiriu do oficial Antônio Peixoto de Azevedo uma coleção de 127 objetos etnográficos de várias etnias, especialmente dos Mundurukú e Apicá. Vários desses objetos não provinham dos Mundurukú, mas de outros povos (v. SCHMUTZER, Kurt. *Der Liebe zur Naturgeschichte halber*. Johann Natterers Reisen in Brasilien 1817-1835. Wien: ÖAW, 2011. p. 143; v. também *supra*, nota n.º 130).

<sup>111</sup> Por um lado, a análise da prática de coleta da expedição austríaca ao Brasil demonstraria que os seus protagonistas se deslocaram em um espaço “determinado por estruturas coloniais” e souberam usá-las para si mesmos repetidas vezes. Por outro lado, também fica claro que os processos de “apropriação colonial” não foram necessariamente marcados por violência. Independentemente disso, no entanto, surge a questão de saber “se tais coleções de história natural e etnográficas não devem ser geralmente vistas como atos de apropriação colonial do mundo, independentemente de sua prática de aquisição”. Afinal, não serviram elas “para estabelecer um sistema de conhecimento universal para todo o planeta?” (AUGUSTAT, Claudia. *Koloniale Formen der Aneignung und die Österreichische Brasilien-Expedition 1817-1835*. In: SCHÖLNBERGER, Pia (ed.). *Das Museum im kolonialen Kontext: Annäherungen aus Österreich*. Wien: Czernin Verlag, 2021. p. 179-198.).

<sup>112</sup> V. p.e x., KAPFHAMMER. *Tanz der Köpfe*. p. 55.

<sup>113</sup> Em especial, a informação disponível sobre as circunstâncias de aquisição do acervo etnográfico brasileiro do Weltmuseum não parece justificar um pedido de restituição nos termos das recomendações do órgão consultivo do ministério da cultura austríaco, que, além disso, contemplam quando requerida pelo Estado de origem (BUNDESMINISTERIUM KUNST, KULTUR, ÖFFENTLICHER DIENST UND SPORT (BMKÖS)). *Empfehlungen des Beratungsgremiums für einen Handlungsrahmen zu Beständen österreichischer Bundesmuseen aus kolonialen Kontexten*. Wien, 20 jun. 2023. p. 17).

### 3.2.1 Redescoberta de técnicas e conhecimentos tradicionais

A polêmica em torno do manto Tupinambá é um exemplo interessante. A exposição do exemplar de Copenhague, em São Paulo, despertou, nos Tupinambá de Olivença, o desejo de reaver o manto que atribuíam aos seus ancestrais, e que eles encaravam como símbolo da vitalidade de sua cultura. A discussão despertou, também, o interesse de artistas e antropólogos pelo objeto.

Em 2019, Glicéria Tupinambá, destacada representante do povo Tupinambá de Olivença, convidada a proferir uma palestra em Paris sobre a cosmologia do seu povo, tomou conhecimento da existência de outro manto Tupinambá no acervo do Museu *Quai Branly*. O espécime parisiense está em mais mal estado de conservação do que o de Copenhague, faltando-lhe a maior parte das penas, o que, porém, permite visualizar a sua trama. Glicéria Tupinambá estudou a estrutura dos pontos com que foi confeccionado o manto e decidiu produzir mantos semelhantes. Obviamente, a legislação ambiental brasileira não permite o uso de penas de guará, pássaro nativo protegido. Em vez disso, Glicéria Tupinambá usou penas de aves domesticadas, como patos e galinhas, que dão ao manto uma textura diferente, mas permitem, assim mesmo, reproduzir a estrutura original<sup>114</sup>.

O primeiro manto que ela confeccionou foi usado líder espiritual de sua tribo, o cacique Babau Tupinambá, após receber o título de doutor *honoris causa* pela Universidade do Estado da Bahia, em 3 de junho de 2020<sup>115</sup>. Glicéria Tupinambá continuou confeccionando mantos, aprimorando a técnica e ensinando-a a outros membros de seu povo. Seguiu-se um projeto fotográfico que abrangeu todos os mantos Tupinambá existentes em museus europeus, e uma exposição itinerante inaugurada em 16 de setembro de 2021 na Fundação Nacional de Arte (FUNARTE), na qual vários artistas abordaram o manto de penas Tupinambá em diferentes mídias para “refletir sobre as relações entre essa população, o

processo de domínio colonial e sua resistência”<sup>116</sup>. Um de seus exemplares, inclusive, sobreviveu ao incêndio devastador no Museu Nacional, no Rio de Janeiro, na noite de 2 de setembro de 2018<sup>117</sup>.

**Figura 4** - Cartaz da exposição Kwá yapé turusú yuriri assojaba Tupinambá/Esta é a grande volta do manto Tupinambá



**Fonte:** Galeria Fayga Ostrower, FUNARTE Brasília, 16 de setembro a 17 de outubro de 2021.

**Figura 5** - Manto Tupinambá



**Fonte:** Museu Nacional, Rio de Janeiro.

<sup>114</sup> TUPINAMBÁ, Glicéria. A visão do manto. *Revista ZUM*, 7 dez. 2021. Disponível em: <https://revistazum.com.br/revista-zum-21/a-visao-do-manto/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

<sup>115</sup> Característica da relação entre as instituições brasileiras e a população indígena é o fato de a universidade insistir na sua própria indumentária solene. O cacique Babau só vestiu o manto para ser recebido por seu povo no retorno à sua aldeia TUPINAMBÁ, Glicéria. A visão do manto. *Revista ZUM*, 7 dez. 2021. Disponível em: <https://revistazum.com.br/revista-zum-21/a-visao-do-manto/>. Acesso em: 12 dez. 2022).

<sup>116</sup> TUGNY, Augustin de *et al.* *Kwá yapé turusú yuriri assojaba Tupinambá: essa é a grande volta do manto Tupinambá*. São Paulo: Conversas em Gondwana, 2021. Disponível em: <https://www.yumpu.com/en/document/read/65935132/catalogo-kwa-yepe-turusu-yuriri-assojaba-tupinamba>. Acesso em: 12 dez. 2022.

<sup>117</sup> “Manto Tupinambá, fio de algodão cru, penas (galinha, pato, pavão, coruja)”. Rio de Janeiro: Museu Nacional. Disponível em: [https://www.museunacional.ufrj.br/see/objetos\\_manto\\_tupinamba.html](https://www.museunacional.ufrj.br/see/objetos_manto_tupinamba.html). Acesso em: 5 jan. 2023. O manto pertence à coleção *Os primeiros brasileiros* do Museu Nacional e estava exposto em Brasília na noite do incêndio (Disponível em: <https://dasartes.com.br/de-arte-a-z/manto-tupinamba-que-a-mostra-do-itau-cultural/>. Acesso em: 30 dez. 2022).

Questionada sobre se os Tupinambá de Olivença ainda se empenham pelo repatriamento do manto de Copenhague, ela respondeu que eles já não o queriam mais porque concluíram que o repatriamento equivaleria a “perdoar os europeus” pela expulsão e assassinio dos seus ancestrais. Em vez disso, “os europeus” deveriam preservar a cultura dos Tupinambá arcando com o custo e o trabalho da preservação do frágil manto<sup>118</sup>. A solução finalmente encontrada, após o Estado brasileiro decidir-se por promover o repatriamento do manto, que consistiu na sua doação ao Museu Nacional, faz de uma instituição do Estado brasileiro o depositário e guardião desse objeto importante da cultura indígena, um compromisso significativo de resgate da dívida cultural para com os povos indígenas tendo em vista a identidade histórico-constitucional entre o atual Estado brasileiro e as estruturas administrativas da colônia.

O caso do manto Tupinambá, da mesma forma que o debate sobre a “pátria” dos bens culturais<sup>119</sup> e a perda cultural que a sua remoção causa, demonstram que a simples hipótese de um possível repatriamento põe em marcha uma dinâmica capaz, em última instância, de contribuir para o renascimento de uma tradição cultural. A redescoberta do manto Tupinambá teve efeito de longo prazo entre os Tupinambá de Olivença na sua luta por reconhecimento e autodeterminação. O manto, também, se tornou um símbolo unificador entre eles e os segmentos interessados da população não indígena do Brasil na recente reavaliação do passado colonial e na valorização da estética dos povos indígenas.

<sup>118</sup> “Sempre perguntam se desejo repatriar o manto [...] Tupinambá julgou e condenou os europeus à pena máxima, que é manter um material tão frágil por séculos e séculos [...] O manto mostra as pegadas dos lugares por onde os tupinambás passaram, e os europeus estão condenados a preservar nossa cultura. [...] nosso povo foi escravizado, fomos tirados de nossas terras, como os negros [...]. Nosso povo se perdeu na imensidão, mas o manto não, é um registro, está lá parado, e eles são obrigados a cuidar dele, a preservá-lo [...]. Se a gente fosse pedir o manto de volta, seria para fazê-lo retornar à natureza, para não mais existir, porque a função dele é voltar para a natureza. Estando lá, é a pena, e, se o trouxermos de volta, a gente perdoou — não temos intenção de perdoar” (TUPINAMBÁ, Glacéria. A visão do manto. *Revista ZUM*, 7 dez. 2021. Disponível em: <https://revistazum.com.br/revista-zum-21/a-visao-do-manto/>. Acesso em: 12 dez. 2022.).

<sup>119</sup> JAYME, Erik. Neue Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im internationalen Privatrecht. In: DOLER, Rudolf et al. *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*. Heidelberg: C.F. Müller, 1994. p. 35-52. V. também JAYME, Erik. Restitution von kolonialgut: narrative wiedergutmachung und kulturelle identität im kunstrecht. *Bulletin Kunst&Recht*, p. 5-12, 2020.

### 3.2.2 Repatriamento “virtual”

Obstáculos práticos e jurídicos ao repatriamento físico de acervos coloniais, o debate sobre a quem cabe interpretar tais objetos, bem como a reconhecida necessidade de garantir às comunidades de origem o acesso à informação sobre bens culturais que lhes foram subtraídos, têm levado museus e instituições científicas a explorar as possibilidades de emprego das novas tecnologias para esses fins. Há algum tempo que se fala em “repatriamento virtual”. De fato, o termo que já era usado nos primeiros anos do milênio com referência à digitalização tridimensional (“3D”) de bens culturais dispersos pelo mundo que poderiam, assim, retornar aos seus locais e culturas originais, “pelo menos em forma virtual”<sup>120</sup>. A digitalização programada de objetos permitiria a “circulação de conhecimentos a eles inerentes” e, assim, ao menos servir ao retorno “mimético” dos objetos digitais. Vários projetos têm sido realizados para aproveitar as possibilidades digitais de compartilhamento de conhecimento e patrimônio cultural<sup>121</sup>.

Um exemplo concernente ao Brasil é o “Projeto Reflora”. A flora brasileira é considerada a mais rica do mundo, sendo estudada de longa data. Durante os séculos 18 e 19, naturalistas europeus que visitaram ou viveram no Brasil, assim como alguns botânicos brasileiros, coletaram amostras de plantas e as enviaram para herbários na Europa. Essas coleções forneceram a base para a descrição de um sem-número de espécies ou gêneros. Em 2010, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) lançou o programa Reflora/CNPq com o objetivo de disponibilizar imagens e informações sobre plantas, algas e fungos brasileiros depositados em herbários estrangeiros, por meio de uma plataforma *online*, o Herbário Virtual Reflora. A estrutura do sistema do Herbário Virtual Reflora é hospedada pelo Jardim Botânico do Rio de Janeiro, responsável por receber, armazenar e publicar as imagens.

O Herbário Virtual Reflora permite aos taxonomistas empregar procedimentos semelhantes aos utilizados em espécimes físicos. A plataforma do projeto dá

<sup>120</sup> GILL, Tony. 3D culture on the web. *RLG DigiNews*, v. 5, n. 3, 15 jun. 2001. Disponível em: <http://webdoc.gwdg.de/edoc/aw/rlgdn/preserv/diginews/diginews5-3.html>. Acesso em: 4 jan. 2022.

<sup>121</sup> MÜLLER, Katja. Sammlungen online: postkoloniale ideale und digitale wirklichkeit. In: HAHN, Hans Peter et al. (eds.). *Digitalisierung ethnologischer sammlungen: perspektiven aus theorie und Praxis* Edition Museum, Band 55. Bielefeld: transcript Verlag, 2021. p. 285-297.



acesso a imagens de alta resolução e permite a consulta, reidentificação e tipificação das amostras. Os primeiros parceiros estrangeiros dessa iniciativa foram os herbários do *Royal Botanic Gardens*, em Kew (Inglaterra), e o *Muséum national d'Histoire naturelle*, em Paris. Graças ao financiamento do Fundo Global para o Meio Ambiente do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), outros herbários europeus e americanos foram adicionados para fins de “repatriamento” a partir de 2014. O Museu de História Natural de Viena participa desse projeto desde então e cerca de 40.000 espécimes da coleção vienense foram selecionados e digitalizados por bolsistas brasileiros em seu departamento de botânica<sup>122</sup>. Atualmente, o herbário virtual da Refflora contém 3.848.586 imagens, incluindo 150.023 tipos de nomenclatura e 1.559.398 conjuntos de dados georreferenciados.<sup>123</sup> O programa Refflora tem sido importante para que o Brasil atinja com sucesso as metas de 2010 e 2020 estabelecidas pela Estratégia Global para a Conservação de Plantas no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica.

O “repatriamento virtual” não é substituto equivalente para o repatriamento físico de objetos e restos humanos para as sociedades de origem, nem é promovida como tal. No entanto, em alguns países, esses processos seguem, pelo menos conceitualmente, o marco legal para o repatriamento físico de material etnográfico.

O Brasil, ao contrário, por exemplo, dos Estados Unidos, não dispõe de uma lei sobre a repatriamento de restos mortais e objetos funerários indígenas<sup>124</sup>. O tratamento prático do material etnográfico também varia no Brasil, o que reflete, pelo menos em parte, as diferentes atitudes dos povos indígenas brasileiros em relação a essa questão.

Embora uma grande parte dos 305 povos indígenas do Brasil<sup>125</sup> pertença às duas principais famílias linguísti-

cas Tupi e Macro-Jê, eles apresentam uma considerável diversidade em suas línguas, costumes, crenças e modos de vida, o que também repercute nas diferentes atitudes de povos ou comunidades indígenas com relação ao manuseio de objetos de seus ancestrais, que atualmente se encontram em museus e coleções, bem como em sua atitude relativamente à pesquisa e exposição de testemunhos de sua cultura fora de suas fronteiras.

Alguns povos são claramente contrários à exposição de seus objetos, especialmente aqueles com função sacra. Por exemplo, em uma conversa com um antropólogo brasileiro em 2003, alguns representantes de povos que habitam o alto rio Negro e os rios Uaupés, Papuri e Japu tomaram conhecimento da existência de uma máscara (a chamada “máscara do Jurupari”), descoberta no século 19, no Museu Luigi Pigorini, em Roma. Roubada pelo missionário franciscano padre Giuseppe Illuminato Coppi e levada a Roma, a máscara representa o espírito heroico Izí reverenciado pelos índios Tariana, mas erroneamente identificado pelo missionário como um espírito maligno equivalente ao demônio da tradição cristã<sup>126</sup>. Os índios foram unânimes em considerar que máscaras profanadas<sup>127</sup> não são objetos de museu e devem ser devolvidas e para serem destruídas<sup>128</sup>.

Outros povos, por sua vez, insistem em expor seus objetos fora de sua região como prova pública de sua presença e da vitalidade de sua cultura. Em 2015, um representante dos índios Kanindé do Ceará participando de um evento do Museu do Índio, instituição cultural da FUNAI sediada no Rio de Janeiro, entregou ao diretor do museu um importante objeto de penas Kanindé para

<sup>126</sup> RODRIGUES, Rafael de Oliveira. *Da crônica de viagem ao objeto museal: notas sobre uma coleção etnográfica brasileira em Roma*. 2017. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 108.

<sup>127</sup> O Museu Luigi Pigorini explica que um manuscrito escrito pelo padre Coppi relata como o franciscano “profanou repetidamente a máscara sagrada de Izy para ridicularizar os costumes dos índios e demonstrar a falsidade e contradição de sua fé, expondo-a de forma ultrajante na presença de todos os moradores, incluindo mulheres e crianças. Sua última provocação, em 28 de outubro de 1883, levou a uma revolta indígena e à fuga dos missionários [...]” (Museo delle Civiltà, 25. Dezember 2016, Padre Illuminato Coppi e la Makakarãua. Disponível em: [https://m.facebook.com/museociviltà/posts/1854412174775095/?refsrc=deprecated&\\_rd\\_r#\\_=\\_](https://m.facebook.com/museociviltà/posts/1854412174775095/?refsrc=deprecated&_rd_r#_=_). Acesso em: 11 jan. 2023).

<sup>128</sup> ATHIAS, Renato. Coleções etnográficas, povos indígenas e repatriamento virtual: novas questões para um velho debate. In: OLIVEIRA, João Pacheco de; SANTOS, Rita de Cássia Melo (ed.). *De acervos coloniais aos museus indígenas: formas de protagonismo e de construção da ilusão museal*. João Pessoa: Editora UFPB, 2019. p. 337-364. p. 351.

<sup>122</sup> NATURHISTORISCHES MUSEUM WIEN. Jahresbericht. 2014. p. 132; v. também NATURHISTORISCHES MUSEUM WIEN. *Wie unsere sammlungsobjekte den naturschutz in Brasilien unterstützen können*. 6 out. 2022. Disponível em: <https://www.nhm-wien.ac.at/brasilien/blog>. Acesso em: 9 fev. 2023.

<sup>123</sup> Refflora – Herbário Virtual. Disponível em: <https://refflora.jbrj.gov.br/reflora/herbarioVirtual/>. Acesso em: 4 jan. 2023.

<sup>124</sup> Native American Graves Protection and Repatriation Act (Public Law 101–601; 25 U.S.C. 3001–3013), §3005 – Repatriation.

<sup>125</sup> De acordo com o último censo oficial de 2010, 817.963.000 pessoas pertencem à população indígena do Brasil, representando 305 diferentes grupos étnicos. 274 línguas indígenas foram registradas no país. (Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao>. Acesso em: 12 jan. 2023).

o acervo do museu, exigindo confirmação escrita do tombamento do objeto como material etnográfico pertencente ao acervo do museu. O museu não expunha até então nenhum objeto da cultura Kanindé. Com a doação os Kanindé passariam a existir como povo para o público visitando o Museu do Índio<sup>129</sup>.

Finalmente, há, também, exemplos de demandas de repatriamento que não traduzem uma rejeição fundamental à exposição museológica de material etnográfico, mas sim o desejo de recuperar um testemunho importante da própria cultura. Foi o caso, por exemplo, da devolução, em 1986, do machado sagrado *Kájrê*, que havia entrado no acervo do Museu Etnográfico Universitário em 1940 por canais obscuros, aos índios Krahô, que o mantêm desde então em sua aldeia, onde só é usado em cerimônias especiais<sup>130</sup>.

A digitalização do material etnográfico nos acervos dos museus brasileiros está sendo promovida como apoio a projetos de cooperação existentes, mas também para complementar acervos de museus locais e centros de documentação em territórios indígenas.

Um exemplo da primeira aplicação é a digitalização do acervo do Museu do Índio. O acervo do museu inclui 20.521 objetos contemporâneos representativos da cultura material de cerca de 150 povos indígenas<sup>131</sup>. O museu não constitui, apenas, um espaço expositivo, pois fornece aos povos indígenas informações importantes para substanciar processos de delimitação e defesa de seus territórios. O museu tem trabalhado com os povos indígenas para desenvolver protocolos de acesso, exposição e repatriamento de materiais, incluindo coleções digitais. Representantes indígenas participaram da iden-

tificação de fotografias, da restauração de peças e da identificação de objetos e matérias-primas. Como parte de uma parceria com a UNESCO, o museu também treinou povos indígenas em documentação linguística e cultural. A iniciativa foi descontinuada em 2019, mas uma plataforma de cooperação está disponível<sup>132</sup>.

O segundo tipo de uso de material digitalizado está contribuindo para a expansão do acervo de museus de povos indígenas. O primeiro museu indígena do Brasil é o Museu Maguta, fundado em 1991 pelo Conselho Geral da Tribo Tikúna<sup>133</sup>. Desde então, vários museus foram fundados por outras comunidades indígenas, que compartilham suas experiências em uma rede própria<sup>134</sup>. Integrada em iniciativas para preservar a identidade cultural dos povos indígenas, a “repatriamento virtual” de objetos, fotografias, material sonoro e filmes serve também como instrumento de proteção de sua propriedade intelectual e patrimônio cultural imaterial<sup>135</sup>.

A digitalização e disponibilização dos acervos dos museus etnográficos, sobretudo daquele contido em museus estrangeiros dispendo de peças representativas de culturas indígenas passadas, também pode contribuir para o reaprendizado de habilidades e técnicas esquecidas de produção de utensílios tradicionais e arte plumária. Em sua forma clássica, a arte plumária indígena do Brasil corre o risco de desaparecer. A aculturação de muitas tribos apagou tradições, e, atualmente, nenhum dos 206 grupos étnicos sobreviventes no Brasil “executa a arte plumária em sua plenitude”<sup>136</sup>. O artesanato

<sup>129</sup> ATHIAS, Renato. Coleções etnográficas, povos indígenas e repatriamento virtual: novas questões para um velho debate. In: OLIVEIRA, João Pacheco de; SANTOS, Rita de Cássia Melo (ed.). *De acervos coloniais aos museus indígenas: formas de protagonismo e de construção da ilusão museal*. João Pessoa: Editora UFPB, 2019. p. 337-364.

<sup>130</sup> BORGES, Luiz Carlos; BOTELHO, Marília Braz. Museus e restituição patrimonial: entre a coleção e a ética. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMACÃO, 11., 2010, Rio de Janeiro. *Anais* [...]. Rio de Janeiro: [s. n.], 2010. Disponível em <http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/178374>. Acesso em: 22 dez. 2022.; MELO, Jorge Henrique Teotonio de Lima. *Kájrê: a vida social de uma machadinha krahô*. 2010. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/12264>. Acesso: 11 jan. 2023. p. 91 e ss.

<sup>131</sup> Disponível em: <http://tainacan.museudoindio.gov.br/>. Acesso em: 12 jan. 2023.

<sup>132</sup> Repatriation of ceremonial objects, human remains and intangible cultural heritage under the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples – Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples (UN. Doc. A/HRC/45/35, 21 July 2020, Abs. 62).

<sup>133</sup> Disponível em: <https://museumaguta.com.br/>. Acesso em: 1 jan. 2023).

<sup>134</sup> GOMES, Alexandre Oliveira. Porque tudo o que é coisa que está no museu é nosso! Museus indígenas, mobilizações étnicas e a Rede Indígena de Memória e Museologia Social. In: COSTA, Ana Lourdes de Aguiar; LEMOS, Eneida Braga Rocha de (org.). *Anais 200 anos de museus no Brasil: desafios e perspectivas*. Brasília: Ibram, 2018. p. 269-287.

<sup>135</sup> ATHIAS, Renato. Coleções etnográficas, povos indígenas e repatriamento virtual: novas questões para um velho debate. In: OLIVEIRA, João Pacheco de; SANTOS, Rita de Cássia Melo (ed.). *De acervos coloniais aos museus indígenas: formas de protagonismo e de construção da ilusão museal*. João Pessoa: Editora UFPB, 2019. p. 337-364. p. 351.; NEVES, Elton Bentes; SANDRI, Eliseu Adilson. O repositório digital indígena para proteção e preservação dos saberes tradicionais indígenas de Roraima – Brasil. *Cadernos de Prospeção*, Salvador, v. 15, n. 2, p. 379-395, abr./jun. 2022.

<sup>136</sup> DORTA, Sonia Ferraro; CURY, Marília Xavier. *A plumária indi-*

se mantém muitas vezes como mercadoria, podendo, inclusive, converter-se em importante fonte de renda para algumas comunidades, mas os objetos perdem seu significado e uso tradicionais, tornando-se meros adereços para turistas. Ao mesmo tempo, no entanto, a lei cria obstáculos ao uso de material biológico tradicional, como plumas de aves ameaçadas de extinção. A lei brasileira permite aos povos indígenas a caça de animais silvestres para alimentação e produção de objetos cerimoniais, mas veda a comercialização de objetos feitos com partes de animais selvagens, inclusive penas. A necessidade de utilizar componentes alternativos e a demanda do mercado ameaçam reduzir ainda mais a autenticidade do artesanato indígena. Comunidades indígenas que produzem artesanato como fonte de renda enfrentam o desafio de produzir testemunhos culturais “autênticos” empregando materiais “exógenos” para suprir um mercado crescente<sup>137</sup>.

Como mostra o caso do manto Tupinambá, o acesso ao estoque de material etnográfico antigo, em coleções europeias, pode ajudar os povos indígenas contemporâneos a reaprender técnicas passadas e aplicá-las na produção de objetos tradicionais. É claro que o objetivo não deve ser criar oficinas de “kitsch indígena” com a ajuda de objetos digitalizados. Pelo contrário, a disponibilização digital de coleções museológicas pode ser uma contribuição dos museus para a redescoberta e revitalização da identidade cultural e étnica dos povos cujos objetos acolhem. O acesso a testemunhos esquecidos de suas culturas serve de apoio a povos vulneráveis no processo de redescoberta de suas tradições, sendo visto como “parte do compromisso ético dos museus pós-coloniais” das antigas metrópoles<sup>138</sup>.

A noção de “repatriamento virtual” é, porém, criticada por desviar a atenção do repatriamento físico dos objetos em disputa, privilegiando, em vez disso, os projetos de intercâmbio de dados — opção menos dolorosa do ponto de vista da tradição de coleta “centralista-universalista” das antigas potências coloniais<sup>139</sup>.

*gena brasileira no Museu de Arqueologia e Etnologia da USP*. São Paulo: EdUSP, 2000. p. 35-38.

<sup>137</sup> BARBOSA, Xênia de Castro *et al.* Patrimônio cultural Karitiana: notas sobre o artesanato. *International Journal of Development Research*, v. 11, n. 9, p. 50585-50589, set. 2021.

<sup>138</sup> AUGUSTAT; KAPFHAMMER, “Looking back ahead”. p. 762.

<sup>139</sup> BOAST, Robin; ENOTE, Jim. Virtual repatriation: virtual repatriation: it is neither virtual nor repatriation. In: COMER, Douglas *et al.* (ed.). *Heritage in the context of globalization*. New York: Springer, 2013. p. 103-113. p. 113.

Em outras palavras, a “repatriamento virtual” serviria como uma “justificativa conveniente para manter objetos em seus locais atuais” e retardar ou evitar “pesquisas de procedência mais intensivas e debate político sobre contextos de aquisição ou modos de devolução de objetos físicos”<sup>140</sup>.

No entanto, o repatriamento virtual não é necessariamente um mero subterfúgio político para evitar a devolução de objetos, sobretudo se os museus e os colecionadores, conscientes desse risco, promoverem a digitalização como uma “prática colaborativa na interface entre as tecnologias digitais e uma ciência humana pós-colonial” que “não reproduzem, mas refletem e superam as hierarquias existentes nos museus e nos sistemas digitais de ordem e acesso”<sup>141</sup>. Do ponto de vista jurídico, isso implica garantir o livre acesso das sociedades de origem e dos pesquisadores de seus países, ao material digitalizado, não se erguendo barreiras de natureza contratual, ou fundadas em propriedade intelectual ou direitos autorais para restringi-lo.

## 4 Considerações finais

Os naturalistas abriram caminho à expansão europeia mundo afora e foram também seus beneficiários, “porque as estruturas colonialistas facilitaram as expedições fora do continente europeu através da segurança e proteção que proporcionaram. Imperialismo e pesquisa ‘apoiaram-se mutuamente’”<sup>142</sup>.

Os objetos trazidos para a Europa, em relação aos mais diversos contextos coloniais, suscitam uma série de problemas jurídicas e, sobretudo, éticas às quais o

<sup>140</sup> MÜLLER, Katja; NOACK, Karoline. Einleitung: Digitalisierung ethnologischer Sammlungen: Herausforderungen und Chancen: in Ideale und digitale Wirklichkeit. In: HAHN, Hans Peter *et al.* (eds.). *Digitalisierung ethnologischer Sammlungen: Perspektiven aus Theorie und Praxis* Edition Museum, Band 55. Bielefeld: Verlag, 2021. p. 11-30. Nesse sentido, também CARROLL, Khadija Von Zinnenburg. El penacho: the lack of provenance and the gains of decolonization in ethnical, technical or political reasons for restoration. In: SCHÖLNBURGER, Pia (ed.). *Das Museum im kolonialen Kontext: Annäherungen aus Österreich*. Wien: Czernin Verlag, 2021. p. 431-449.

<sup>141</sup> MÜLLER, Katja; NOACK, Karoline. Einleitung: Digitalisierung ethnologischer Sammlungen: Herausforderungen und Chancen: in Ideale und digitale Wirklichkeit. In: HAHN, Hans Peter *et al.* (eds.). *Digitalisierung ethnologischer Sammlungen: Perspektiven aus Theorie und Praxis* Edition Museum, Band 55. Bielefeld: transcript Verlag, 2021. p. 11-30. p. 26.

<sup>142</sup> THURNER. “Wer sind hier die Barbaren?”.

instrumental previsto nos diferentes ramos do direito pertinentes (direito internacional público e privado, direito civil, direito processual) não oferece soluções satisfatórias. A análise dos direitos das comunidades indígenas, à luz da ordem jurídica, transplantada das antigas metrópoles, é particularmente inadequada.

Uma dificuldade adicional resulta do fato de que, apesar da violência e da exploração que marcaram o contexto colonial, nem todos os acervos etnográficos e científicos foram adquiridos à força. Muitos objetos deixaram suas regiões de origem por meio de trocas ou doações, o que, porém, não diminui o estado de depauperamento de tradições indígenas. Um pedido de repatriamento também pode, portanto, ser legítimo se as circunstâncias da aquisição parecerem injustas para os padrões éticos atuais ou se a coleção se revestir de particular significado religioso ou cultural para a comunidade de origem. Quando o repatriamento não for praticável, por exemplo, devido à indeterminabilidade dos destinatários, podem-se explorar abordagens alternativas como o “repatriamento virtual”.

Museus e coleções de material etnográfico de antigos territórios coloniais têm a responsabilidade de preservar a identidade cultural dos povos cujo patrimônio cultural possuem. Modelos de cooperação, troca de informações, a inclusão de representantes indígenas na pesquisa e no planejamento de mostras, o fornecimento de imagens e dados relativos aos objetos coletados no passado colonial são contribuições importantes para combater preconceitos, para afirmar a vitalidade das culturas indígenas (refutando assim o discurso das “culturas extintas”) e, em última instância, para a “descolonização” do patrimônio cultural.

A perda causada pelo devastador incêndio do Museu Nacional, no Rio de Janeiro, e os esforços de reconstrução de seu inestimável acervo histórico e etnográfico proporcionam a oportunidade de explorar todas as alternativas, livre de qualquer motivação política e no sentido de disseminar testemunhos da cultura dos povos indígenas e seu renascimento no Brasil.

## Referências

ATHIAS, Renato. Coleções etnográficas, povos indígenas e repatriamento virtual: novas questões para um velho debate. In: OLIVEIRA, João Pacheco de; SANTOS,

Rita de Cássia Melo (ed.). *De acervos coloniais aos museus indígenas: formas de protagonismo e de construção da ilusão museal*. João Pessoa: Editora UFPB, 2019. p. 337-364.

AUGUSTAT, Claudia (ed.). *Jenseits von Brasilien: Johann Natterer und die ethnographischen Sammlungen der österreichischen Brasilienexpedition 1817 bis 1835*. Wien: Ausstellungskatalog des Museums für Völkerkunde, 2012.

AUGUSTAT, Claudia. Koloniale Formen der Aneignung und die Österreichische Brasilien-Expedition 1817-1835. In: SCHÖLNBERGER, Pia (ed.). *Das Museum im kolonialen Kontext: Annäherungen aus Österreich*. Wien: Czernin Verlag, 2021. p. 179-198.

BARBOSA, Xênia de Castro *et al.* Patrimônio cultural Karitiana: notas sobre o artesanato. *International Journal of Development Research*, v. 11, n. 9, p. 50585-50589, set. 2021.

BLEICHMAR, Daniela. The cabinet and the world: Non-European objects in early modern European collections. *Journal of the History of Collections*, v. 33, n. 3, p. 435-445, nov. 2021.

BOAST, Robin; ENOTE, Jim. Virtual repatriation: virtual repatriation: it is neither virtual nor repatriation. In: COMER, Douglas *et al.* (ed.). *Heritage in the context of globalization*. New York: Springer, 2013. p. 103-113.

BORGES, Luiz Carlos; BOTELHO, Marília Braz. Museus e restituição patrimonial: entre a coleção e a ética. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 11., 2010, Rio de Janeiro. *Anais [...]*. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em <http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/178374>. Acesso em: 22 dez. 2022.

BUENO, Eduardo. *Capitães do Brasil: a saga dos primeiros colonizadores*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2016.

BUJOK, Elke. *Neue Welten in Europäischen Sammlungen-Africana und Americana in Kunstkammern bis 1670*. Berlin: Reimer, 2004.

BUNDESMINISTERIUM KUNST, KULTUR, ÖFFENTLICHER DIENST UND SPORT (BMKÖS). *Empfehlungen des Beratungsgremiums für einen Handlungsrahmen zu Beständen österreichischer Bundesmuseen aus kolonialen Kontexten*. Wien, 20 jun. 2023.

BUONO, Amy J. Their treasures are the feathers of birds: Tupinambá featherwork and the image of Ame-

- rica. In: RUSSO, Alessandra *et al.* (ed.). *Images take flight: feather art in Mexico and Europe 1400-1700*. München: Hirmer, 2015. p. 178-189.
- BUONO, Amy J. Tupi featherwork and the dynamics of intercultural exchange. In: ANDERSON, Jaynie (ed.). *Crossing cultures: conflict, migration, convergence: the proceedings of the 32nd International Congress in the History of Art*. Melbourne: Melbourne University Press, 2009. p. 291-295.
- CARROLL, Khadija Von Zinnenburg. El penacho: the lack of provenance and the gains of decolonization in ethnical, technical or political reasons for restoration. In: SCHÖLNBERGER, Pia (ed.). *Das Museum im kolonialen Kontext: Annäherungen aus Österreich*. Wien: Czernin Verlag, 2021. p. 431-449.
- CARROLL, Khadija Von Zinnenburg. *The contested crown*. Chicago: University of Chicago Press, 2022.
- DEUTSCHER MUSEUMSBUND. *Leitfaden Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten*. 3. ed. Berlin: Deutscher Museumsbund, 2021.
- DOMINGUES-LOPES, Rita de Cássia. Cultura material e identidade: as máscaras indígenas dos povos Tikúna e Pankararú. *MARGENS: Revista Interdisciplinar*, v. 14, n. 23, p. 133-147, dez. 2020.
- DORTA, Sonia Ferraro. Coleções Etnográficas: 1650-1955. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (ed.). *História dos Índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 501-528.
- DORTA, Sonia Ferraro; CURY, Marília Xavier. *A plumária indígena brasileira no Museu de Arqueologia e Etnologia da USP*. São Paulo: EdUSP, 2000.
- ELIAS, Simone Santana Rodrigues *et al.* As expedições naturalistas e cartográficas e as práticas científicas no Brasil do século XVIII. *Fronteiras: Journal of Social, Technological and Environmental Science*, v. 7, n. 1, p. 15-36, 2018.
- FARIA, José Angelo Estrella. *La protection des biens culturels d'intérêt religieux en droit international public et en droit international privé*: Collected Courses of The Hague Academy of International Law. Leiden: Brill-Nijhoff, 2021. (Recueil des cours, v. 421).
- FAULHABER, Priscila. O ritual e seus duplos: fronteira, ritual e papel das máscaras na festa da moça nova ticuna. *Boletín de Antropología Universidad de Antioquia*, v. 21, n. 38, p. 86-103, 2007.
- FAUSTO, Carlos. Fragmentos de história e cultura tupinambá: da etnologia como instrumento crítico de conhecimento etno-histórico. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (ed.). *História dos Índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 381-390.
- FEEST, Christian F. The collecting of american indian artifacts in Europe, 1493-1750. In: KUPPERMAN, Karel Ordahl (ed.). *America in European consciousness, 1493-1750*. [S. l.]: University of North Carolina Press, 1995. p. 324-360.
- FOLARIN, Shyllon. Study of some of the unsuccessful efforts to retrieve cultural objects purloined in the age of imperialism in Africa. *Art Antiquity and Law*, v. 20, n. 4, p. 369-385, dez. 2015.
- FRANÇOZO, Mariana. Beyond the Kunstkammer: Brazilian featherwork in early modern Europe. In: GERRITSEN, Anne; RIELLO, Giorgio. *The global lives of things*. London: Routledge, 2015. p. 105-127.
- FRANÇOZO, Mariana. *De Olinda a Holanda: o gabinete de curiosidades de Nassau*. Campinas: Unicamp, 2014.
- FREEDBERG, David. Ciência, comércio e arte. In: HERKENDORFF, Paulo (ed.). *O Brasil e os holandeses*. Rio de Janeiro: GMT Editores, 1999. p. 192-217.
- GILL, Tony. 3D culture on the web. *RLG DigiNews*, v. 5, n. 3, 15 jun. 2001. Disponível em: <http://webdoc.gwdg.de/edoc/aw/rlgdn/preserv/diginews/diginews5-3.html>. Acesso em: 4 jan. 2022.
- GOMES, Alexandre Oliveira. Porque tudo o que é coisa que está no museu é nosso! Museus indígenas, mobilizações étnicas e a Rede Indígena de Memória e Museologia Social. In: COSTA, Ana Lourdes de Aguiar; LEMOS, Eneida Braga Rocha de (org). *Anais 200 anos de museus no Brasil: desafios e perspectivas*. Brasília: Ibram, 2018. p. 269-287.
- HOLL, Frank. Alexander von Humboldt: Geschichtsschreiber der Kolonien. In: ETTE, Ottmar; BERNECKER, Walther R. (ed.). *Ansichten Amerikas: Neuere Studien zu Alexander von Humboldt*. Frankfurt: Vervuert, 2001. p. 51-78.
- JAYME, Erik. Neue Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im internationalen Privatrecht. In: DOLER, Rudolf *et al.* *Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes*. Heidelberg: C.F. Müller, 1994. p. 35-52.

- JAYME, Erik. Restitution von kolonialgut: narrative wiedergutmachung und kulturelle identität im kunstrecht. *Bulletin Kunst&Recht*, p. 5-12, 2020.
- KANN, Bettina. *Die österreichische Brasilienexpedition 1817-1836 unter besonderer Berücksichtigung der ethnographischen Ergebnisse*. Morrisville: Lulu, 2007.
- KANN, Peter; RIEDL-DORN, Christa. [...] und den Resultaten ihrer Betriebsamkeit: Die österreichische Brasilien-Expedition 1817-1836. In: SEIPEL, Wilfried (ed.). *Die Entdeckung der Welt: Die Welt der Entdeckungen: Österreichische Forscher, Sammler, Abenteurer*, Katalog zur Ausstellung 27. Oktober 2001 bis 13 Jänner 2002. Milano: Skira, 2001. p. 217-228.
- LÉRY, Jean de. *Histoire d'un voyage fait en la terre du Brésil*. 2. ed. Apresentação e notas de Frank Lestrignant. Paris: LGF, 1994.
- MACRON, Emmanuel. *Discours d'Emmanuel Macron à l'université de Ouagadougou*. 28 nov. 2017. Disponível em: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2017/11/28/discours-demmanuel-macron-a-luniversite-de-ouagadougou>. Acesso em: 3 jan. 2022.
- MARTINI, André. O retorno dos mortos: apontamentos sobre a repatriamento de ornamentos de dança (basá busá) do Museu do Índio, em Manaus, para o rio Negro. *Revista de Antropologia*, v. 55, n. 1, p. 331-355, 2012.
- MELO, Evaldo Cabral de. *Johann Moritz Fürst von Nassau-Siegen*. Gummersbach: Rommert, 2020.
- MELO, Evaldo Cabral de. Os holandeses no Brasil. In: HERKENDORFF, Paulo (ed.). *O Brasil e os holandeses*. Rio de Janeiro: GMT Editores, 1999. p. 20-41.
- MELO, Jorge Henrique Teotonio de Lima. *Kajré: a vida social de uma machadinha krahô*. 2010. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/12264>. Acesso: 11 jan. 2023.
- MENEZES, José Luis Mota. Arquitetura e urbanismo. In: HERKENDORFF, Paulo (ed.). *O Brasil e os holandeses*. Rio de Janeiro: GMT Editores, 1999. p. 86-103.
- MÜLLER, Katja. Sammlungen online: postkoloniale ideale und digitale wirklichkeit. In: HAHN, Hans Peter et al. (eds.). *Digitalisierung ethnologischer sammlungen: perspektiven aus theorie und Praxis* Edition Museum, Band 55. Bielefeld: Verlag, 2021. p. 285-297.
- MÜLLER, Katja; NOACK, Karoline. Einleitung: Digitalisierung ethnologischer Sammlungen: Herausforderungen und Chancen: in Ideale und digitale Wirklichkeit. In: HAHN, Hans Peter et al. (eds.). *Digitalisierung ethnologischer sammlungen: perspektiven aus theorie und Praxis* Edition Museum, Band 55. Bielefeld: Verlag, 2021. p. 11-30.
- NATURHISTORISCHES MUSEUM WIEN. *Jahresbericht*. 2014.
- NATURHISTORISCHES MUSEUM WIEN. *Wie unsere sammlungsobjekte den naturschutz in Brasilien unterstützen können*. 6 out. 2022. Disponível em: <https://www.nhm-wien.ac.at/brasilien/blog>. Acesso em: 9 fev. 2023.
- NEVES, Elton Bentes; SANDRI, Eliseu Adilson. O repositório digital indígena para proteção e preservação dos saberes tradicionais indígenas de Roraima – Brasil. *Cadernos de Prospecção*, Salvador, v. 15, n. 2, p. 379-395, abr./jun. 2022.
- NIMENDAJÚ, Curt. *Mapa etno-histórico do Brasil e das regiões adjacentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2017.
- OCHOA JIMÉNEZ, María Julia. Conflict of laws and the return of indigenous peoples cultural property: a Latin American perspective. *International Journal of Cultural Property*, n. 26, p. 437-456, 2019.
- ODENDAHL, Kerstin. Das zwischenstaatliche komitee zur förderung der rückgabe von kulturgut an die ursprungsländer oder dessen restitution im falle eines illegalen erwerbs (UNESCO Rückgabe-Komitee). *Kunst und Recht: Journal für Kunstrecht, Urheberrecht und Kulturpolitik*, v. 17, n. 3. p. 83-87, 2015.
- PETERS, Robert. *Complementary and alternative mechanisms beyond restitution: an interest-oriented approach to resolving international cultural heritage disputes*. 2011. Tese (Doutorado) – Department of Law, European University Institute, Florence, 2011.
- PLANKENSTEINER, Barbara (ed.). *Benin: kings and rituals: Court Arts from Nigeria*. Gent: Snoeck Publishers, 2007.
- PLANKENSTEINER, Barbara. The Benin treasures: difficult legacy and contested heritage. In: HAUSER-SCHÄUBLIN, Brigitta; PROT, Lyndel (ed.). *Cultural property and contested ownership: the trafficking of artefacts and the quest for restitution*. London: Routledge, 2020. p. 133-155.

- POHL, Johann B. Emanuel. *Reise im Inneren von Brasilien*. 2. Teil. Wien: [s. n.], 1837.
- PROTT, Lyndel V. Repatriation of cultural property. *University of British Columbia Law Review*, p. 229-240, 1995.
- RODRIGUES, Rafael de Oliveira. *Da crônica de viagem ao objeto museal*: notas sobre uma coleção etnográfica brasileira em Roma. 2017. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- ROXO, Elisângela. A volta do manto tupinambá. *Revista Piauí*, 27 jun. 2023. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/volta-do-manto-tupinamba>. Acesso em: 3 jul. 2023.
- SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. Naturalists in Nineteenth-Century Brazil. *Archiv Weltmuseum Wien*, v. 63/64, p. 38-59, 2013/2014.
- SCHAEFFER, Enrico. Die Ausbeute der Brasilien-Expedition von Johann Moritz von Nassau und ihr Niederschlag: Kunst und Wissenschaft. *Medizinhistorisches Journal*, v. 11, n. 1/2, p. 8-26, 1976.
- SCHLOTHAUER, Andreas. Europäische Kombinationen von Federschmuck des Amazonas-Gebietes. *Kunst&Kontext*, n. 1, p. 46-57, 2017.
- SCHMUTZER, Kurt. [...] jene Begierde zu reisen und zu sammeln [...] Johann Natterer: 18 Jahre im Urwald Brasiliens. In: SEIPEL, Wilfried (ed.). *Die Entdeckung der Welt*: Die Welt der Entdeckungen: Österreichische Forscher, Sammler, Abenteurer, Katalog zur Ausstellung 27. Oktober 2001 bis 13. Jänner 2002. Milano: Skira, 2001. p. 209-215.
- SCHMUTZER, Kurt. *Der Liebe zur Naturgeschichte halber*. Johann Natterers Reisen in Brasilien 1817-1835. Wien: ÖAW, 2011.
- SIEHR, Kurt. Kolonialismus, dekolonisierung, neokolonialismus. *Bulletin Kunst&Recht*, p. 13-20, 2020.
- SPENLÉ, Virginie. Savagery and civilization: dutch Brazil in the kunst and Wunderkammer. *Historians of Netherlandish Art*, v. 3, n. 2, p. 1-19, verão 2011.
- TUGNY, Augustin de et al. *Kwá yapé turusú yuriri as-sojaba Tupinambá*: essa é a grande volta do manto Tupinambá. São Paulo: Conversas em Gondwana, 2021. Disponível em: <https://www.yumpu.com/en/document/read/65935132/catalogo-kwa-yepe-turusu-yuiri-assojabatupinamba>. Acesso em: 12 dez. 2022.
- TUPINAMBÁ, Glicéria. A visão do manto. *Revista ZUM*, 7 dez. 2021. Disponível em: <https://revistazum.com.br/revista-zum-21/a-visao-do-manto/>. Acesso em: 12 dez. 2022.
- VAN BUSSEL, Gerard. *Der Quetzalfeder-Kopfschmuck*. Wien: Weltmuseum, 2017.
- VIANA, Fausto. Johan Maurits van Nassau-Siegen e os trajes dos ameríndios. *Cultura Estudos avançados*, v. 34, n. 98, p. 293-313, jan./abr. 2020.
- VOLPI, Maria Cristina. A roupa nova do imperador: Dom Pedro I e Dona Leopoldina em trajes de grande gala. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 467, n. 176, p. 257-274, abr./jun. 2015.
- WAGNER, Robert. *Brasilianische Reisen*: Die Hochzeitsreise der Erzherzogin Leopoldine nach Rio de Janeiro: Forscher, Künstler, Diplomaten und der erste Kaiser von Brasilien. Weitra: Verlag Bibliothek der Provinz, 2021.
- YAYA, Isabel. Wonders of America: the curiosity cabinet as a site of representation and knowledge. *Journal of the History of Collections*, v. 20, n. 2, p. 173-188, nov. 2008.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A aplicação nacional da doutrina da margem de apreciação:** a interpretação criativa dos tribunais brasileiros e os riscos para o sistema interamericano de direitos humanos

**The national application of the doctrine of margin of appreciation:** the creative interpretation of Brazilian courts and the risks for the Inter-American Human Rights System

Paulo Potiara de Alcantara Veloso

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION



# A aplicação nacional da doutrina da margem de apreciação: a interpretação criativa dos tribunais brasileiros e os riscos para o sistema interamericano de direitos humanos\*

## The national application of the doctrine of margin of appreciation: the creative interpretation of Brazilian courts and the risks for the Inter-American Human Rights System

Paulo Potiara de Alcantara Veloso\*\*

### Resumo

Analisa-se, neste artigo, os contornos da aplicação da doutrina da margem de apreciação pelo judiciário brasileiro, indicando que esse instituto, tipicamente europeu, tem servido de elemento de resistência hermenêutica em discussões judiciais que tratam de instrumentos normativos e decisórios internacionais, principalmente em relação ao contexto do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. A partir dos contornos conceituais e contextuais das discussões europeias sobre a doutrina da margem de apreciação, o questionamento central do artigo se coloca no sentido de verificar se a aplicação criativa do instituto da margem de apreciação, no ordenamento jurídico brasileiro, oferece riscos hermenêuticos para a relação entre as cortes nacionais e os organismos judiciais internacionais. Como resultado principal, conclui-se que esses riscos são palpáveis e podem indicar a tomada de um perigoso caminho de sedimentação jurisprudencial. Buscando cumprir os propósitos apresentados, o caminho metodológico fundamenta-se sobre revisão bibliográfica e análise jurisprudencial primária, estruturadas em dois tópicos teórico-casuísticos e uma conclusão discursiva, que cumprem cada qual seus objetivos específicos, quais sejam: a) delimitar, a partir das bases teóricas traçadas por Marisa Iglesias Villa, Soledad Bertelsen e Andrew Legg, as principais discussões sobre as especificidades da doutrina da margem de apreciação no contexto europeu e sua transferência para o sistema interamericano de direitos humanos; b) analisar, por meio de consulta jurisprudencial primária, a construção interpretativa da doutrina dentro do judiciário brasileiro; c) discutir as implicações da doutrina para o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e a construção de uma visão prospectiva da relação entre o judiciário brasileiro e as cortes internacionais das quais o Brasil é signatário.

**Palabras clave:** doutrina da margem de apreciação; corte interamericana de direitos humanos; relação entre tribunais internacionais e nacionais; tribunais brasileiros e o direito internacional.

\* Recebido em 02/08/2023  
Aprovado em 19/10/2023

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2013), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006) e Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade de Taubaté (2002). Membro do Módulo Jean Monnet CCJ/UFSC; Pesquisador do Grupo de Pesquisas Direito da Regulação, Cidadania e Controle Social Unochapecó/CNPq; Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional da Faculdade Cesusc, NDInter/CNPq; Pesquisador do Grupo de Pesquisas em Direito Internacional - Ius Gentium - UFSC/CNPq. Atualmente desenvolve pesquisas nos seguintes temas: Direito Ambiental Internacional, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito e Imigração, Teoria e História do Direito Internacional e Direito Internacional Econômico, Ética Digital.  
Email: paulopoti@gmail.com

## Abstract

This research focuses on the contours of the application of the doctrine of the margin of appreciation by the Brazilian judiciary, indicating that this institute, typically European, has served as an element of hermeneutical resistance in judicial discussions dealing with international normative and decision-making instruments, particularly within the context of the Inter-American System of Human Rights Protection. Aiming to answer whether, based on the conceptual and contextual aspects of European discussions regarding the doctrine of the margin of appreciation, one can infer that the creative application of the institute in the Brazilian legal system poses hermeneutical risks to the relationship between national courts and international judicial bodies, this article concludes that these risks are tangible and may indicate the adoption of a dangerous path of jurisprudential consolidation. To fulfill the stated purposes, the methodological approach is grounded in a literature review and primary jurisprudential analysis, structured into two theoretical-casuistic topics and a discursive conclusion, each serving their specific objectives, which are: a) to outline, based on the theoretical foundations outlined by Marisa Iglesias Villa, Soledad Bertelsen, and Andrew Legg, the main discussions regarding the specificities of the margin of appreciation doctrine in the European context and its transfer to the Inter-American system of human rights; b) to analyze, through primary jurisprudential consultation, the interpretative construction of the doctrine within the Brazilian judiciary; c) to discuss the implications of the doctrine for the Inter-American System of Human Rights Protection and the development of a prospective vision of the relationship between the Brazilian judiciary and the international courts of which Brazil is a signatory.

**Keywords:** margin of appreciation doctrine; inter-american court of human rights; relationship between international and national courts; brazilian courts and international law.

## 1 Introdução

No contexto analítico das relações entre os Estados e a estrutura institucional internacional, é comum que ganhem destaque as relações jurisdicionais. Isso se dá,

pois, a base da estruturação da comunidade internacional, que parte da vontade política das entidades soberanas, estrutura-se sobre uma complexa fundação de instrumentos e instituições jurídico-internacionalistas. Porém, nessa intranquila relação, mesmo que estejamos inseridos em um contexto jurídico-normativo, é inegável que a relação entre Estados e tribunais internacionais é modulada por interesses políticos nacionais — como bem expresso por Keohane, Moravcsik e Slaughter<sup>1</sup> —, que se manifestam por meio de cálculos de adequação, normalmente indiretos e não expressos.

Assim, é possível afirmar que a disposição de um Estado em submeter-se à jurisdição de uma corte internacional — ou observar uma decisão internacional que o condene —, caminha diretamente conectada ao peso político interno do assunto levado às instâncias internacionais. Dessa maneira, podemos, por exemplo, argumentar que sentenças de tribunais internacionais de direitos humanos que tratam de situações ligadas, mesmo que indiretamente, à segurança pública estatal sofram mais resistência para sua implementação por parte de Estados eventualmente condenados do que aquelas sentenças que se expressam por meio de obrigações patrimoniais individuais, como obrigação de indenizar vítimas de determinado desrespeito aos direitos humanos.

Porém, quando, em 2019, Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai aprovaram uma declaração crítica sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos<sup>2</sup>, encontrávamo-nos em um contexto mais complexo, já em desenvolvimento, que estava radicado mais além dos conflitos pontuais entre Estados e jurisdições internacionais, tendo seus fundamentos sobre uma generalizada e crescente desconfiança estatal em relação ao ordenamento internacional. Nos últimos anos, não necessitamos grandes esforços para identificar movimentos políticos nacionais de flexibilização das obrigações convencionais assumidas por Estados, inclusive por alguns de grande envergadura internacional, dentre os quais se inclui o Brasil.

<sup>1</sup> KEOHANE, R. O.; MORAVCSIK, A.; SLAUGHTER, A. Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational. Massachusetts Institute of Technology. *International Organization*, v. 54, n. 3, 2000.

<sup>2</sup> PARAGUAY. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponível em: <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>. Acesso em: 01 jul. 2023.

Ademais, se o fortalecimento do discurso político anti-internacionalista comporta opções diretas como fechamento de fronteiras e denúncia de tratados<sup>3</sup>, também se manifesta indiretamente, principalmente por meio de reinterpretações e releituras das obrigações internacionais vigentes. Apesar desses dois cenários serem interconexos, temos, no primeiro contexto, uma centralidade de ação política que se mostra como mecanismo político-decisório, enquanto, no segundo, estamos mais próximos de uma ação política revestida por uma postura jurisdicional pretensamente técnica. Assim, aparentemente, essa resistência generalizada ao direito internacional, e mais especificamente, às jurisdições internacionais, tem-se consolidado não somente como uma opção política *lato sensu*, mas também como uma opção de técnica judiciária. Essa situação comporta em si uma grande problemática, principalmente no que diz respeito à adequação de padrões mínimos de proteção estabelecidos pelos tratados de direitos humanos.

Em relação à resistência às jurisdições internacionais, encontramos algumas inserções interpretativas que despertam importantes sinais de atenção, principalmente no que se refere à reação dos judiciários nacionais com as determinações de tribunais internacionais, destacando-se, dentre estes, as instituições regionais europeia e americana de direitos humanos.

Ao falarmos de inserções interpretativas referimos-nos principalmente à doutrina da margem de apreciação ou margem de apreciação nacional, como preferem os internacionalistas latino-americanos. Esse instituto, resultado de uma longa construção jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos, prevê que, em determinados contextos, a Corte pode deixar de analisar o mérito de um caso a ela reportado, quando os elementos específicos do caso concreto mostrarem que o Estado demandado teria melhores condições de interpretar as garantias normativas presentes na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Como será visto adiante, a importação desse instituto para o contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos constitui uma discussão essencial para a atuação contemporânea

<sup>3</sup> KRISCH, Nico. Institutions under Stress: Covid-19, Anti-Internationalism and the Futures of Global Governance. *Global Challenges*, special Issue, n. 1, jun. 2020. Disponível em: [https://globalchallenges.ch/issue/special\\_1/institutions-under-stress-covid-19-anti-internationalism-and-the-futures-of-global-governance/](https://globalchallenges.ch/issue/special_1/institutions-under-stress-covid-19-anti-internationalism-and-the-futures-of-global-governance/). Acesso em: 02 jul. 2023.

da Corte de San José e estrutura-se como elemento indireto de problematização do presente artigo.

Isso porque a ausência de normatização expressa sobre a doutrina da margem de apreciação por parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos parece atuar como incentivo para que os Estados, por meio de seus judiciários nacionais, apliquem uma versão própria da doutrina como elemento hermenêutico que busca fundamentar, juridicamente, a não observância de decisões obrigatórias emanados por organismos internacionais, como a Corte Interamericana. Neste trabalho, portanto, identificamos o uso da doutrina por parte dos Estados nacionais como um poderoso identificador de um processo de resistência estatal a elementos decisórios advindos de organismos internacionais judiciais ou quase-judiciais. Mais a fundo, esse movimento parece indicar o fortalecimento de um movimento de resistência nacional ao próprio ordenamento internacional e a sua estrutura normativa e institucional.

Nesse contexto, analisa-se a posição do judiciário brasileiro, que, desde 2017, passa a utilizar uma versão nacional da doutrina da margem de apreciação como fundamento hermenêutico para a reconsideração do mérito de decisões de tribunais e organismos internacionais de proteção de direitos humanos. Ao assim proceder, o judiciário nacional propicia a criação, *motu proprio*, de um juízo de admissibilidade que decidirá sobre a adequação do mérito das decisões internacionais às normas nacionais, “às inclinações da vontade política do povo brasileiro” e à cultura nacional. Essa interpretação equivocada do instituto europeu da margem de apreciação, empreendida pelas altas cortes brasileiras oblitera a natureza e função originais da doutrina da margem de apreciação, criando um mecanismo judiciário impróprio e colidente com os fundamentos do ordenamento internacional, exercendo, portanto, o que neste artigo denominamos de interpretação criativa.

Tendo em vista as premissas acima expostas, busca-se responder, neste trabalho, se, a partir dos contornos conceituais e contextuais das discussões europeias sobre a doutrina da margem de apreciação, pode-se inferir se aplicação criativa do instituto no ordenamento jurídico brasileiro oferece riscos hermenêuticos para a relação entre as cortes nacionais e os organismos judiciais internacionais.

Buscando cumprir os propósitos apresentados, o caminho metodológico fundamenta-se sobre revisão

bibliográfica específica e também sobre análise jurisprudencial primária, estruturadas em dois tópicos teórico-casuísticos e uma conclusão discursiva, que cumprem, cada qual, seus objetivos específicos, quais sejam: a) delimitar, a partir das bases teóricas traçadas por Marisa Iglesias Villa, Soledad Bertelsen e Andrew Legg, as principais discussões sobre a doutrina da margem de apreciação no contexto europeu e sua transferência para o sistema interamericano de direitos humanos; b) analisar, por meio de consulta jurisprudencial primária, a construção interpretativa e criativa da margem de apreciação dentro do judiciário brasileiro; c) discutir as implicações da doutrina para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a construção de uma visão prospectiva da relação entre o judiciário brasileiro e as cortes internacionais das quais o Brasil é membro.

A temática abordada encontra-se entre as discussões de vanguarda no contexto dos Sistema Interamericano de Direitos Humanos, encaixando-se dentro de um pouco desenvolvido horizonte de produção nacional sobre a temática. O viés inédito do trabalho encontra-se na análise dos riscos que o posicionamento pontual, mas capilarizado, das altas cortes brasileiras passe a constituir um mecanismo jurisprudencialmente solidificado de interpretação de situações internacionalmente conexas e, conseqüentemente, seja institucionalizado como mecanismo de dissuasão obrigacional brasileira frente a decisões internacionais vinculativas.

## 2 A doutrina da margem de apreciação

A aplicação de uma doutrina de margem de apreciação pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) provoca, já há algumas décadas, intensos debates sobre sua natureza, aplicabilidade e, principalmente, sobre seus impactos no desenvolvimento do Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH). Além disso, é cada vez mais comum verificar pesquisas de fôlego que buscam determinar a aplicabilidade do instituto, tipicamente europeu, no contexto de outras instâncias e organismos internacionais, em maior medida, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIADH), e, de maneira mais tímida, no Conselho de Direitos Humanos, das Nações Unidas.

Essa perspectiva de análise é determinante para que se entenda toda a problemática trazida pela criação e aplicação da doutrina. Porém, os contornos dados ao presente trabalho não comportariam um grande aprofundamento teórico em torno das definições da margem de apreciação e das discussões sobre sua aplicabilidade ou inaplicabilidade dentro de sistemas decisórios internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH). No entanto, observados esses alertas, apresenta-se um breve referencial teórico dos pontos fundamentais traçados pela doutrina mais atual, com o objetivo de lançar o leitor, de maneira mais cônica, em relação às discussões centrais propostas neste artigo, principalmente em relação à análise da fundamentação teórica trazida pelos julgados brasileiros que recentemente optaram por aplicar a doutrina da margem de apreciação.

A doutrina da margem de apreciação constitui-se em um elemento hermenêutico historicamente construído<sup>4</sup> no interior da jurisprudência da CtEDH, sendo uma criação específica da Corte de Estrasburgo<sup>5</sup>. O julgamento paradigma ocorreu em 1976, no caso *Handyside v. UK*<sup>6</sup>, momento a partir do qual a doutrina da margem de apreciação passa a ser mencionada cada vez mais frequentemente pelos julgamentos da CtEDH, transformando-se em um instituto jurídico de grande relevância interpretativa, particularmente em situações e contextos circunscritos a questões que, essencialmente, analisem o conflito de direitos ou de interpretações sobre direitos previstos na Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950<sup>7</sup>, mais comumente referenciada enquanto Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

<sup>4</sup> Um sucinto, porém, interessante histórico dos casos-paradigma no processo de construção da doutrina da Margem de Apreciação pode ser encontrado em: GUERRA, Raquel. The origin of the margin of appreciation and the jurisprudence of the european system of human rights and inter-american system of human rights. *Inter – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, v. 4, n. 2, p. 197-210, jul./dez. 2021.

<sup>5</sup> LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 3.

<sup>6</sup> EUROPEAN COURT OF HUMANS RIGHTS. *Case Handside v. The United Kingdom* (Application 5493/74). Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57499&filename=001->. Acesso em: 10 jul. 2023.

<sup>7</sup> CONCIL OF HUMAN RIGHTS. European Convention on Human Rights. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG). Acesso em: 10 jul. 2023.

Mas, apesar de seu uso intenso, que, por meio do Protocolo n.º 15<sup>8</sup>, levou à alteração do texto da CEDH com a inserção do instituto ao seu preâmbulo, não há uma definição conceitual fechada do que seja, de fato, a doutrina da margem de apreciação. Dessa forma, ainda há, entre os juristas, uma variação bastante considerável de interpretações conceituais e instrumentais do instituto, o que refletirá, na maior parte das vezes, na perspectiva, positiva ou negativa, que cada autor tem acerca da margem de apreciação.

Assim, em uma das correntes teóricas, a doutrina é descrita como uma técnica de interpretação que determina uma exceção de jurisdição, ao afastar a competência jurisdicional da CtEDH sobre um caso a ela apresentado, em deferência à jurisdição nacional, principalmente em situações em que a Corte entenda que o Estado-membro esteja em melhor situação para decidir o caso concreto<sup>9</sup>. De acordo com essa corrente, ao interpretar o caso concreto, a Corte verifica se há margem para que as questões de direitos humanos sob seu escrutínio possam ser interpretadas pelos tribunais nacionais, em detrimento de uma interpretação mais uniforme que poderia eventualmente ser trazida pelo organismo regional<sup>10</sup>. A respeito desse posicionamento poderíamos falar, grosso modo, de uma espécie aplicação do Princípio *Forum Non Conveniens* pela CtEDH, que encerra a discussão jurisdicional no plano regional em benefício das interpretações dos judiciários nacionais.

Legg<sup>11</sup>, por sua vez, argumenta que a doutrina da margem de apreciação é uma prática judicial que atribui

peso aos argumentos apresentados por um Estado demandado, quando eles se fundamentam em elementos externos à demanda, como a legitimidade democrática, a prática comum dos Estados ou a *expertise* do Estado em lidar com situações semelhantes. Como argumenta Bertelsen, nessa perspectiva, a deferência da CtEDH aos ordenamentos nacionais não pode ser entendida como negativa de exercício de jurisdição, mas sim como técnica interpretativa que dá mais peso às justificativas dos Estados em benefício de uma maior confiança no sistema decisório interno nacional, mas que, apesar disso, não afasta o caso da órbita de atuação do organismo internacional. Nas palavras da autora, “a margem de apreciação não permite que os Estados suprimam direitos, mas permite que eles, em determinadas circunstâncias, protejam os direitos da Convenção de acordo com sua própria interpretação<sup>12</sup>”.

Ou seja, se um caso concreto chega à CtEDH e esta decide aplicar a doutrina da margem de apreciação, a Corte não negará sua jurisdição em favor da jurisdição nacional, mas considerará que o Estado demandado possui subsídios que favorecem a interpretação nacional dada ao direito ou à garantia em discussão, tendo por base elementos decisórios concretos dos tribunais nacionais, como o nível de proteção democrática de suas decisões ou sua expertise em interpretação de garantias fundamentais com grande impacto social. Porém, mesmo com a deferência à jurisdição nacional, a CtEDH manterá sua vigilância sobre a situação fática, para verificar se abusos ou novos desrespeitos não foram cometidos.

Nesse sentido, é relevante verificarmos o que a CtEDH argumentou em relação à concessão de deferência à jurisdição estatal, no caso *Sunday Times vs Reino Unido*, de 1979:

Isso não significa que a supervisão da Corte esteja limitada a verificar se o Estado demandado exerceu seu poder discricionário de forma razoável, cuidadosa e de boa fé. Mesmo um Estado Contratante que age dessa forma continua sujeito ao controle da Corte no que diz respeito à compatibilidade de sua conduta com os compromissos assumidos nos termos da Convenção<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> O protocolo n.º 15, que inclui uma emenda à Convenção Europeia de Direitos Humanos, foi publicada em 2013 e entrou em vigor em agosto de 2021, com a assinatura de todos os Estados-membro da Convenção. Esse protocolo insere, dentre outras mudanças, um novo último parágrafo no preâmbulo da Convenção, que passou expressamente a indicar a existência de uma “margem de apreciação” dos Estados contratantes, desde que com a supervisão da Corte Europeia de Direitos Humanos. CONCIL OF EUROPE. *Protocol No. 15 Amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Strasbourg, 24 jun. 2013. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol\\_15\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol_15_ENG). Acesso em: 10 jul. 2023.

<sup>9</sup> LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 721, 2006.; ROJAS, Claudio N. La doctrina del margen de Apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, v. 11, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539>. Acesso em: 10 jul. 2023.

<sup>10</sup> LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 17.

<sup>11</sup> LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human*

*Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 17.

<sup>12</sup> BERTELSEN, Soledad. A Margin for the Margin of Appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 3, p. 887-913, jul. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab063>. Acesso em: 25 jun. 2023. p. 891.

<sup>13</sup> CONCIL OF EUROPE. *The Sunday Times versus The United*

Desse modo, observamos que a concessão de deferência à jurisdição estatal constitui-se em ação que não afasta o controle contínuo por parte da CtEDH, mesmo em situações em que os Estados favorecidos pela aplicação da doutrina da margem de apreciação exerçam sua capacidade interpretativa dentro de padrões excelentes de proteção aos direitos e garantias da CEDH. A deferência não é, portanto, uma salvaguarda aos Estados, para que interpretem os direitos da CEDH à margem de suas obrigações convencionais.

As distinções entre esses posicionamentos doutrinários, ou seja, aquele que vê a margem de apreciação como uma exceção de jurisdição e aquele que a entende como uma regra de atribuição de peso hermenêutico aos argumentos do Estado demandado são importantes na medida em que acabam por dividir as perspectivas teóricas em duas correntes majoritárias.

Por um lado, os posicionamentos mais críticos em relação à doutrina da margem de apreciação têm como base uma perspectiva conceitual mais próxima do primeiro modelo (da exceção de jurisdição), pois indicam que a negativa de prestação jurisdicional pode afetar, diretamente, a necessária uniformização (e proteção) das garantias e direitos humanos internacionais.

Nessa perspectiva, verificamos que a margem de apreciação estende uma pretensa flexibilidade à CtEDH para que esta possa balancear a soberania dos Estados contratantes com as obrigações por estes assumidas dentro da CEDH<sup>14</sup>. Porém, justamente por conta da falta de uniformidade na aplicação da doutrina e do flerte muito próximo entre essa doutrina e uma visão extremamente estatalista dos direitos humanos, as posições críticas basicamente indicam que há uma significativa imprecisão sobre os contextos e situações em que a doutrina poderia ser aplicada, sem colocar em risco “a legitimidade da Corte de Estrasburgo como intérprete fundamental da Convenção Europeia”<sup>15</sup>, o que repre-

sentaria um risco concreto de se relativizar o processo histórico de consolidação dos direitos humanos e do regime democrático.

Trabalhos que aderem ao primeiro modelo tentam determinar o âmbito de aplicação do instituto, dentro de contextos que potencializem os seus efeitos benéficos, ao mesmo tempo em que mantenham os riscos em horizontes controlados. Nesse sentido, trabalhos de Jeffrey Brauch<sup>16</sup>, George Letsas<sup>17</sup>, Eyal Benvenisti<sup>18</sup>, Yuval Shany<sup>19</sup>, dentre outros, tentam delimitar em quais âmbitos e qual seria a intensidade aceitável para a utilização da doutrina da margem de apreciação pela CtEDH.

Por outro lado, de acordo com o modelo de Legg (que denominaremos de perspectiva de integração), temos uma corrente que vê na doutrina da margem de apreciação um mecanismo necessário como elemento de equilíbrio entre jurisdições nacionais e internacionais. Esse modelo tende a sublinhar o devido peso da condição subsidiária da jurisdição internacional<sup>20</sup>, diminuindo as resistências de implementação de decisões por parte dos Estados. Assim, mais do que optar continuamente por mecanismos intrusivos de revisão, a CtEDH teria também a margem de atuar supervisionando os Estados em relação ao exercício de suas responsabilidades como asseguradores das liberdades e direitos da Convenção.

Nessa perspectiva, Marisa Iglesias Vila afasta a aplicabilidade da doutrina como um mero fundamento de deferência à jurisdição nacional, o que levaria “a Corte a renunciar seu papel jurisdicional ao invés de consoli-

Kingdom: before the European Court of Human Rights. *The Sunday Times Case*, serie A, n. 30, 26 apr. 1979. p. 276. Disponível em: <https://www.ucpi.org.uk/wp-content/uploads/2018/03/The-Sunday-Times-v-The-United-Kingdom-A30-1979-80-2-E.H.R.R.-245.pdf>. Acesso em: 01 maio 2023.

<sup>14</sup> CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Direitos Humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 267, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2581/pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

<sup>15</sup> VILA, Marisa Iglesias. Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of hu-

man rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 393-413, 2017.

<sup>16</sup> BRAUCH, Jeffrey A. The margin of appreciation and the jurisprudence of the European court of humans rights: treat to the rule of law. *Columbia Journal of European Law*, v. 11, p. 113-150, 2005.

<sup>17</sup> LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006.

<sup>18</sup> BENVENISTI, Eyal. Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards. *International Law and Politics*, v. 31, 1999.

<sup>19</sup> SHANY, Yuval. Toward a general margin of appreciation doctrine in international law? *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, 2006.

<sup>20</sup> Neste sentido: “Supranational organisms and courts should allow domestic institutions to apply and interpret by themselves human rights conventions in their own territories. Only when national authorities are unable or unwilling to protect human rights should international courts come in subsidium and apply a strict scrutiny over their actions”. BERTELSEN, Soledad. A Margin for the Margin of Appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 3, p. 887-913, jul. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/ moab063>. Acesso em: 25 jun. 2023. p. 893.

dar sua legitimidade institucional frente aos Estados<sup>21</sup>". Assim, Vila indica que, quando a margem de apreciação leva em consideração o sucesso dos Estados "em atingir o equilíbrio axiológico entre os direitos individuais e os valores democráticos inerentes a uma sociedade democrática<sup>22</sup>", a doutrina pode ser considerada um recurso hermenêutico mais equilibrado e consistente com uma concepção política de direitos humanos<sup>23</sup>".

Nessa dinâmica, a aplicação da doutrina da margem de apreciação necessita ser objeto de um teste de proporcionalidade<sup>24</sup> objetivando-se garantir uma efetiva proteção dos direitos previstos na Convenção frente às decisões estatais. O procedimento de denúncia de ações estatais em desconformidade com as garantias e direitos da CEDH deve ser responsável por encaminhar as questões contextuais dos casos específicos à consideração da Corte, para que esta defina o nível de proteção que o direito em questão possui dentro do Estado denunciado e a sua potencial proeminência para julgar casos nos quais a análise fática é prevalente. Estados demandados, que realizaram um teste de proporcionalidade efetivo antes de implementar limitações de garantias e direitos da CEDH têm maior probabilidade de serem destinatários de uma certa margem de apreciação pela CtEDH<sup>25</sup>.

De qualquer forma, seja na perspectiva da exceção de jurisdição, seja na perspectiva de integração, os casos levados até a CtEDH que tratam mais profundamente de interpretações de padrões gerais de direitos humanos (conflitos de direitos da Convenção ou interpretação de direitos frente à Convenção) tendem a ter a doutrina de Margem de Apreciação mais constantemente aplicada

do que aqueles que tratam de determinações fáticas<sup>26</sup>. Nesse sentido, Follesdal<sup>27</sup> argumenta que a aplicação da margem de apreciação na CtEDH seria mais intensamente voltada a três áreas principais, todas interpretativas e sujeitas a um teste de proporcionalidade, quais sejam: a) balanceamento de direitos não absolutos (*limitation clauses*<sup>28</sup>) dentro de certas condições de exceção, como emergências, segurança pública etc.; b) aplicação de determinadas normas que são impactadas por situações políticas, sociais e morais específicas de um Estado; c) equilíbrio entre diferentes direitos convencionais em conflito na situação fática.

Nessas áreas mais propensas à concessão da deferência, é importante reforçar que a Corte aplicará, com maior probabilidade, a margem de apreciação caso o Estado comprove que efetivou, adequadamente, o teste de proporcionalidade, demonstrando à CtEDH que a limitação de direitos por ele empreendida foi essencial para se atingir o resultado (relevante e necessário) pretendido, e que este não poderia ter sido alcançado por meio de medidas menos gravosas ou intrusivas, como coloca Corrêa<sup>29</sup>.

Assim, Follesdal indica que a Corte frequentemente tem ressaltado a necessidade de um teste de proporcionalidade comprovável para que um Estado possa usufruir de uma margem de apreciação, sendo que a Corte não concede tal margem quando não há evidência de

<sup>26</sup> LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 04.

<sup>27</sup> FOLLESDAL, Andreas. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 359-371, apr. 2017. p. 363-364.

<sup>28</sup> Diferentemente de direitos humanos absolutos, como as provisões de proibições à tortura, à escravidão, a leis penais retroativas etc., existem direitos que podem ter seu exercício limitado em situações específicas, como liberdade de expressão, liberdade de associação, liberdade de movimento etc. Nesses direitos que possuem as chamadas *limitation clauses*, a aplicação da doutrina da margem de apreciação é mais facilitada, justamente pelo fato de que as normas que estabelecem essas garantias já preverem a possibilidade de limitação de exercício tendo em conta os interesses estatais. Para mais informações, ver: HOVIUS, Berend. The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter. *Ottawa Law Review*, v. 17, 1985. p. 213-261.

<sup>29</sup> CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Direitos Humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013. p. 269. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2581/pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

<sup>21</sup> VILA, Marisa Iglesias. Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 393-413, 2017. p. 408.

<sup>22</sup> VILA, Marisa Iglesias. Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 393-413, 2017. p. 407.

<sup>23</sup> VILA, Marisa Iglesias. Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 393-413, 2017. p. 408.

<sup>24</sup> FOLLESDAL, Andreas. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 359-371, apr. 2017. p. 365.

<sup>25</sup> FOLLESDAL, Andreas. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 359-371, apr. 2017. p. 365.

que os órgãos nacionais tenham realizado tal procedimento<sup>30</sup>.

Há, portanto, uma constância de elementos utilizados pela CtEDH objetivando balizar a sua decisão sobre o cabimento da deferência à jurisdição nacional. É a CtEDH quem determina se haverá a aplicação de uma margem de apreciação em benefício do Estado demandado, assim, independentemente das opções doutrinárias que se tenha em vista, invariavelmente temos que a definição pela utilização da doutrina da margem de apreciação é uma determinação que está exclusivamente circunscrita à competência da CtEDH. Para que haja a possibilidade do uso do instituto, a Corte deve, necessariamente, determinar a deferência dentro de uma demanda judicial, sendo que essa constatação é de extrema relevância para a análise das posições jurisprudenciais recentes do judiciário brasileiro, que fazem menção à doutrina da margem de apreciação.

### 3 O sistema interamericano de direitos humanos e a utilização da doutrina da margem de apreciação pelo judiciário brasileiro

#### 3.1 A margem de apreciação no contexto do sistema interamericano de direitos humanos

A primeira questão relevante que deve ser pontuada é a pertinência ou impertinência do uso da doutrina da margem de apreciação dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIADH). Sem adentrar nas complexas e interessantíssimas discussões sobre a instrumentalização da doutrina no contexto do SIADH, podemos sumarizar que, apesar das referências casuísticas inconstantes e, muitas vezes, indiretas à margem de apreciação, há certa consonância doutrinária sobre o uso do instituto no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH), mesmo que não haja reconhecimento expresso sobre sua aceitabilidade dentro do SIADH<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> FOLLESDAL, Andreas. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 359-371, apr. 2017. p. 366.

<sup>31</sup> As opiniões consultivas 04 de 1984 e 24 de 2017 da CtIADH fazem referência expressa à margem de apreciação, indicando que

Esse é um aspecto fulcral, pois alguns autores, como Follesdal e Bertelsen<sup>32</sup> indicam que o não reconhecimento da aplicabilidade da doutrina da margem de apreciação pelo SIADH abre a possibilidade para que ela seja utilizada de maneira equivocada e sem o controle efetivo do organismo regional. Além disso, se considerarmos a margem de apreciação como um elemento de estabilidade hermenêutica, o seu não reconhecimento pode ser o responsável pelo aumento da resistência dos Estados-membros às decisões da corte, muitas vezes vistas como excessivamente intrusivas nos assuntos internos<sup>33</sup>.

Assim, a doutrina favorável ao reconhecimento da aplicabilidade da doutrina da margem de apreciação no SIADH apregoa que essa oficialização traria mais segurança ao sistema e maior estabilidade nas relações entre a CtIADH e os Estados-membros. Principalmente em um contexto em que o número de demandas regionais experimenta um aumento concreto, inclusive de situações fáticas relacionadas ao choque entre garantias ou à interpretação de direitos presentes na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), situações mais abstratas e, portanto, mais abertas ao uso da doutrina da margem de apreciação<sup>34</sup>.

os Estados possuem uma margem de discricionariedade no que se refere à restrição de direitos fundamentais. Schäfer, Previdelli e Gomes indicam que nos casos contenciosos, apesar da menção à doutrina estar presente em cerca de três casos, não houve pela CtIADH a deferência aos Estados, mostrando a adoção de critérios rígidos na análise dos casos. SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A Margem de Apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 324-337, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5351/3964>. Acesso em: 17 out. 2023. p. 334.

<sup>32</sup> GUERRA, Raquel. The origin of the margin of appreciation and the jurisprudence of the European system of human rights and inter-american system of human rights. *Inter – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, v. 4, n. 2, p. 197-210, jul./dez. 2021.; BERTELSEN, Soledad. A Margin for the Margin of Appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 3, p. 887-913, jul. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab063>. Acesso em: 25 jun. 2023.; FOLLESDAL, Andreas. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 359-371, apr. 2017.

<sup>33</sup> BERTELSEN, Soledad. A Margin for the Margin of Appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 3, p. 887-913, jul. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab063>. Acesso em: 25 jun. 2023. p. 913.

<sup>34</sup> LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 04-05.



Com base nas decisões de tribunais brasileiros, propostas neste artigo, a lacuna normativa do SIADH em relação à aplicabilidade ou inaplicabilidade da doutrina da margem de apreciação em nível regional é fundamental para que abusos hermenêuticos sejam cometidos, e, assim, haja riscos aumentados de resistência a decisões internacionais pelo Brasil, os quais ultrapassam o contexto decisório do SIADH. Observaremos que a oposição a decisões e orientações internacionais já atingiram instâncias ligadas ao Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e nada impede que se instrumentalizem para outras decisões internacionais de organismos judiciais ou quase-judiciais.

### 3.2 A aplicação da doutrina pelos tribunais brasileiros

De maneira geral, a relação das autoridades brasileiras com o direito internacional não pode ser vista com muito entusiasmo. As autoridades nacionais possuem um conhecido histórico de relutância em se vincular a obrigações internacionais, o que se espraia por todos os poderes do Estado brasileiro.

Assim, no que concerne ao poder Executivo, pode-se verificar uma resistência significativa ao direito internacional que, historicamente, tem como um de seus mais importantes fundamentos uma visão de soberania que se receia de horizontes obrigacionais internacionais; visão que se aprofundou no período de ditadura militar, principalmente no que concerne às obrigações de direitos humanos. Atualmente, essa resistência tem retomado intensidade e transparência, como consequência de uma instrumentalização social e política mundial, que identifica o ordenamento internacional e suas instituições como frontalmente adversariais a um projeto de nação livre e soberana<sup>35</sup>.

No que se refere ao Legislativo, o cenário não é diferente. Além de dividir com o Executivo a competência constitucional do procedimento de internalização de tratados internacionais, os dois Poderes também dividem a postura historicamente avessa à aceitação

de obrigações no plano internacional. É comum, por exemplo, o abandono de procedimentos de internalização de tratados, que podem nunca ser finalizados, como consequência direta da inércia do Congresso Nacional. É, ademais, historicamente palpável a existência de um forte sentimento de desconfiança dos legisladores nacionais em relação às normas convencionais, que não raro enfrentam resistências significativas fundadas em assertivas de violação da soberania ou do interesse nacional<sup>36</sup>.

É certo que a relação entre ordenamentos nacionais e o internacional é volátil e tem sua leve estabilidade dependente da realidade contextual. Se, por um lado, as demandas contemporâneas<sup>37</sup> impõem uma pressão inédita e, possivelmente insustentável, sobre as instituições internacionais, e, dessa maneira, acabam por reforçar as (várias) fraturas e incoerências do ordenamento internacional como um todo, tonificando a necessidade de abordagens críticas; por outro lado, há condições históricas e sociais que favorecem posturas oportunistas, que se utilizam dessas fraturas para fundar negacionismos intransigentes corporificados em posições estatais de resistência a quase qualquer elemento internacionalista.

Veja-se, por exemplo, que na declaração crítica de 2019, que Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai publicaram em relação ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIADH), mencionada no início deste artigo<sup>38</sup>, os Estados claramente declaram manter o compromisso de respeitar o valor normativo da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ao mesmo tempo em que clamam por um res-

<sup>36</sup> No Brasil da década de 1990, por exemplo, a resistência do Congresso Nacional em dar andamento aos procedimentos de internalização dos *Bilateral Investment Agreements* assinados pelo Brasil é emblemática. Justificando essa inércia, o legislativo utilizava-se de argumentos fundados na violação à soberania nacional, e necessidade de aplicação da Cláusula Calvo. Ver, nesse sentido: DAL RI JUNIOR, A.; VELOSO, P. P. A. The regulation of foreign investments in Mercosur: failed attempts and challenges ahead. In: SACERDOTI, Giorgio et al. (org.). *General Interests of Host States in International Investment Law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. v. 1. p. 378-396.

<sup>37</sup> Incluem-se dentro desse contexto, demandas como aquecimento global, uso de armas nucleares, Inteligência Artificial, guerras de agressão etc.

<sup>38</sup> PARAGUAY. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponível em: <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>. Acesso em: 01 jul. 2023.

<sup>35</sup> KRISCH, Nico. Institutions under Stress: Covid-19, Anti-Internationalism and the Futures of Global Governance. *Global Challenges*, special Issue, n. 1, jun. 2020. Disponível em: [https://globalchallenges.ch/issue/special\\_1/institutions-under-stress-covid-19-anti-internationalism-and-the-futures-of-global-governance/](https://globalchallenges.ch/issue/special_1/institutions-under-stress-covid-19-anti-internationalism-and-the-futures-of-global-governance/). Acesso em: 02 jul. 2023.

peito às dimensões nacionais de cada um e ao reconhecimento de uma margem de apreciação dos Estados no cumprimento das obrigações que estabelece a CADH. Se a crítica é pertinente, devido aos limites do próprio sistema decisório do SIADH<sup>39</sup>, a manifestação se coloca em termos de dar aos Estados mais autonomia em suas competências interpretativas da CADH, sob o favor de uma margem de apreciação estatal que possibilite a tematização das garantias convencionais mais de acordo com as suas peculiaridades culturais, políticas e constitucionais. Em uma realidade continental profundamente diversa, com problemas político-estruturais das mais variadas matizes e complexidades, uma deferência desregulada já seria, no mínimo, problemática. Quando observamos a aceção de margem de apreciação que os Estados americanos, dentre os quais, o Brasil, estão construindo, essa problemática agrava-se consistentemente.

Os perigos dessa hermenêutica estatalista têm forte ressonância em decisões recentes do Poder Judiciário brasileiro, que, na ponta do processo de controle das ações estatais, acabou negando efeito a obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. Se as posições acolhidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF) têm como base de provocação iniciativas internas ao Estado, que prescindiram de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH) especificamente dirigida às autoridades brasileiras, este não é o caso do posicionamento adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Nessa ocasião, o Tribunal utiliza a aceção de margem de apreciação construída no interior do STJ como fundamento para o não cumprimento de uma recomendação do Comitê de Direitos Humanos, na qual o Brasil foi o Estado demandado. De todo modo, essas posições fundamentam a construção interna criativa de uma perspectiva nacional de margem de apreciação, equivocada em suas premissas e perigosa, portanto, em suas consequências.

Isso ocorre, por um lado, pelo desconhecimento normativo-internacionalista demonstrado por juízes e advogados atuantes em instâncias judiciais iniciais, e, por outro, por uma tangível resistência de tribunais superiores em se submeter a decisões internacionais. E o uso da doutrina da margem de apreciação é um dos

mais recentes subterfúgios argumentativos do judiciário nacional em sua crescente resistência ao direito internacional, principalmente em relação a assuntos politicamente dependentes, como violência policial e tortura.

O uso da doutrina da margem de apreciação no Brasil iniciou-se no ano de 2017, no julgamento de um *Habeas Corpus*<sup>40</sup> direcionado ao Superior Tribunal de Justiça. Nesse processo, o autor, apreendido por condução de veículo automotivo sob efeito de bebida alcoólica, recorreu ao STJ buscando se liberar de uma acusação de desacato, por ter proferido palavras agressivas contra a autoridade policial no momento de sua apreensão.

Analisado o recurso no STJ, ao verificar a existência de crime de desacato narrado nos fatos, o relator do processo, Ministro Reynaldo Fonseca, iniciou, *motu proprio*, o procedimento de controle de convencionalidade<sup>41</sup>, para verificar se o crime de desacato, previsto no ordenamento jurídico nacional, estaria em consonância com a CADH. Dentro do procedimento, o juiz relator determinou, com base em casos da CtIADH e em determinações da Comissão Interamericana<sup>42</sup>, que o crime de desacato estaria em desacordo com o artigo 13<sup>43</sup> da Convenção (Liberdade de Pensamento e de Expressão), momento em que votou, favoravelmente, à supressão da acusação de desacato.

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Habeas Corpus. HC N.º 379.269/MS (2016/0303542-3). Habeas corpus. Recebimento da denúncia. Violação do art. 306 do código de trânsito e dos arts. 330 e 331 do código penal. Princípio da consunção. Impossibilidade [...]. Impetrante: Defensoria Pública Do Estado De Mato Grosso Do Sul. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De Mato Grosso Do Sul. Paciente: Magno Leandro Santos Angelico. Relator: Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Brasília, 24 de maio de 2017. Disponível em: [www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=73399234&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false](http://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=73399234&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false). Acesso em: 05 maio 2023.

<sup>41</sup> Para mais informações sobre esse procedimento dentro do judiciário brasileiro e os obstáculos presentes a sua correta utilização no Brasil, acessem o interessante artigo: RAMOS, André de Carvalho. Control of Conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience. *Revista IIDH*, v. 64, p. 11-34, 2017.

<sup>42</sup> Case of Palamara-Iribarne v. Chile, 2005; Comission, Case 11.012, Verbitsky v. Argentina, 1994; Relatório Anual da CIDH, 1998 Volume III, Capítulo IV A. –OEA/Ser.L/V/II.102 Doc.6 rev. 16 abril 1999-; e Informe Anual da CIDH, 2000 Volume III, Capítulo III A.2. –OEA/Ser.L/V/II.111 Doc.20 rev. 16 abril 2001

<sup>43</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 01 maio 2023.

<sup>39</sup> SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*, v. 14, p. 237-257, 2018.

Contrariamente a esse voto, o Ministro Antonio Palheiro abriu divergência, seguida por outros cinco membros do colegiado de julgamento. Em seu voto, Palheiro indicou que, apesar de haver subsídios normativos que indicavam a não recepção do crime de desacato pelo SIADH, essa posição não seria obrigatória para o Brasil, visto que as decisões da CtIADH, apesar de vinculativas, poderiam ser reinterpretadas no Brasil à luz da “Teoria da Margem de Apreciação Nacional”. Nesse sentido, o voto vencedor estatui, de maneira clara, que:

[...] ainda que existisse decisão da Corte (IDH) [contra o Estado brasileiro] sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (*margin of appreciation*)<sup>44</sup>.

Ou seja, considerando a ótica do julgador brasileiro, as decisões da CtIADH não seriam vinculantes, pois o Estado soberano teria a sua disposição a teoria da margem de apreciação nacional como mecanismo hermenêutico que dá precedência à deliberação interna, mesmo que essa deliberação resolva por ignorar as obrigações internacionais assumidas pelo país. Nesse sentido, a doutrina da margem de apreciação ganha contornos perigosos pois pode, como o próprio ministro textualiza, afetar a “preservação dos direitos humanos”. Assim, o judiciário brasileiro, mesmo dentro de um procedimento inovador de controle de convencionalidade instaurado no contexto do caso em análise, opta pelo uso da margem de apreciação como um embasamento jurídico que pretensamente dá o aval para o Estado afastar a obrigatoriedade de cumprimento das decisões da CtIADH, além de deslegitimar o seu papel essencial de desenvolvimento e interpretação da Convenção.

A partir desse posicionamento inicial, outros dois acórdãos de 2018, também relacionados ao crime de

desacato, emanados pelo Supremo Tribunal Federal<sup>45</sup>, repetiram, *ipsis verbis*, os fundamentos da decisão de 2017, colocando a margem de apreciação como elemento de elisão de obrigatoriedade das decisões advindas da CtIADH. Além da problemática relativa à hermenêutica normativa, deparamo-nos com um desafio mais grave que é a capilarização, nas mais altas cortes do país, dessa perspectiva da doutrina da margem de apreciação, entendida equivocada e forçosamente como um elemento interno, fruto direto da soberania Estatal. Atenemos também, que é este o significado de margem de apreciação pretendido pelos Estados sul-americanos, quando endereçam sua declaração conjunta ao SIADH, em 2019.

Ademais, se, por um lado, a disponibilidade casuística é singela, por outro, a repetição de elementos argumentativos equivocadamente fundamentados, nas mais altas instâncias judiciárias nacionais, abre margem a interpretações contrárias à preservação dos direitos humanos no Brasil e mostra a seriedade com que esse tema deve ser analisado.

Mas não é somente em relação a decisões oriundas do SIADH que o Brasil vem aplicando essa “nova” figura hermenêutica. Em setembro de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu pelo descumprimento<sup>46</sup> de uma medida cautelar emanada<sup>47</sup> pelo Comitê de Direitos Humanos previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966<sup>48</sup>, que requisitou às autoridades

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Habeas Corpus. HC N.º 379.269/MS (2016/0303542-3). Habeas corpus. Recebimento da denúncia. Violação do art. 306 do código de trânsito e dos arts. 330 e 331 do código penal. Princípio da consunção. Impossibilidade [...]. Impetrante: Defensoria Pública Do Estado De Mato Grosso Do Sul. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De Mato Grosso Do Sul. Paciente: Magno Leandro Santos Angelico. Relator: Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Brasília, 24 de maio de 2017. Disponível em: [www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=73399234&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false](http://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=73399234&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false). Acesso em: 05 maio 2023. p. 2.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. HC N.º 143.968/RJ. Agravo regimental. Habeas corpus. Penal. Código penal militar. Desacato. Criminalização [...]. Agte.: Gilreu Oliveira De Azevedo. Agdo.: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 16 de maio de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747859216&clen=427409>. Acesso em: 05 maio 2023.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC N.º 149.580/SC. 08 de junho de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314566773&ext=.pdf>. Acesso em: 05 maio 2023.

<sup>46</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura. RCand 0600903-50.2018.6.00.0000. Brasília, 01 de setembro de 2018. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/299993>. Acesso em: 05 maio 2023.

<sup>47</sup> As medidas cautelares e demais procedimentos do Comitê no que se refere ao recebimento e análise de comunicações de particulares, dentro do contexto do Protocolo Facultativo referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, estão previstos nas Regras de Procedimento do Comitê.

<sup>48</sup> O Comitê de Direitos Humanos, composto de 18 membros, está previsto no artigo 28 e seguintes do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966. O Protocolo Facultativo Referente ao Pacto, estende a competência do Comitê, que pode examinar co-

brasileiras que tomassem todas as medidas necessárias para garantir o pleno exercício dos direitos políticos do requerente, Sr. Luiz Inácio Lula da Silva. A decisão estabeleceu que ele não poderia ser impedido de concorrer às eleições presidenciais de 2018, até que todos os recursos pendentes sobre sua condenação criminal fossem julgados<sup>49</sup>. Tendo como base o voto do Ministro Luiz Roberto Barros (também Ministro do Supremo Tribunal Federal), a recusa do Tribunal brasileiro se fundamenta, entre outros argumentos, sobre a doutrina da margem de apreciação.

Em seu voto, Barroso aprofunda a análise interpretativa da margem de apreciação, oferecendo elementos adicionais àqueles presentes na decisão do STJ, de 2017. O julgador indicou que seria possível aplicar a doutrina da margem de apreciação estatal no caso em análise, e que esta seria um instrumento originado da Corte Europeia de Direitos Humanos que garantiria a preservação “de um certo espaço de liberdade para que os Estados integrem e concretizem normas e decisões internacionais<sup>50</sup>”. Mas, acima disso, a margem de apreciação permitiria que:

ao exercer o dever de consideração do mérito da decisão dos tribunais e órgão internacionais de proteção de direitos humanos, os tribunais internos devem estar atentos não apenas à Constituição,

municicações encaminhadas por particulares vítimas de violação do Pacto.

<sup>49</sup> No caso de Luiz Inácio Lula da Silva (Comunicação 2841/2016), o Comitê indicou que “on 17 August 2018, the Committee, taking note of the author’s submission of 27 July 2018, concluded that the facts before it indicated the existence of a possible irreparable harm to the author’s rights under article 25 of the Covenant. Pursuant to rule 92 of its rules of procedure, the Committee requested that the State party take all measures necessary to ensure that the author enjoyed and exercised his political rights while in prison, as a candidate in the presidential election in 2018, including appropriate access to the media and members of his political party, and that the State party not prevent the author from standing for election, until the pending applications for review of his conviction had been completed in fair judicial proceedings and the conviction had become final. On 10 September 2018, the Committee reiterated its request to the State party of 17 August 2018, recalling the State party’s obligations under the Optional Protocol”. HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2841/2016*. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F134%2FD%2F2841%2F2016%20%28INITIAL%20PROCEEDINGS%29&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2F134%2FD%2F2841%2F2016%20%28INITIAL%20PROCEEDINGS%29&Lang=en). Acesso em: 02 jul. 2023.

<sup>50</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura. *RCand 0600903-50.2018.6.00.0000*. Brasília, 01 de setembro de 2018. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/299993>. Acesso em: 05 maio 2023. parág. 44.

manifestação mais plena da soberania popular, mas também às suas especificidades culturais e às inclinações da vontade política do seu povo que compoñham a cultura constitucional local<sup>51</sup>.

Além disso, coloca que:

há de se reconhecer uma margem de apreciação estatal no caso, diante da impossibilidade de este Tribunal afastar a aplicação da legislação interna vigente, fruto da expressão da soberania popular, e alinhada às exigências constitucionais de moralidade e probidade para o exercício de cargos eletivos<sup>52</sup>.

Em outras palavras, para Barroso a doutrina da margem de apreciação seria um instrumento hermenêutico que sustentaria a inobservância de decisões judiciais e normas internacionais obrigatórias que eventualmente impactassem a legislação interna vigente, por conta do alicerce de soberania popular a essa adjacente. E vai além, ao claramente colocar a efetividade de decisões de tribunais internacionais de direitos humanos sob dependência de um dever de análise material efetuada pelo judiciário, que, para tanto, deve estar atento à soberania popular, às especificidades culturais e à vontade política do povo.

Dessa maneira, segundo a interpretação criativa de Barroso, as decisões de tribunais internacionais ou as indicações de órgãos internacionais quase-judiciais, mesmo que tenham o Brasil como destinatário final, não seriam imediatamente obrigatórias, pois a doutrina da margem de apreciação atuaria como uma espécie de filtro de aplicabilidade, operando um determinante e perigoso peso hermenêutico, fato este que não pode ser relativizado.

Observa-se, portanto, que, a partir da aplicação inaugural pelo STJ, em 2017, a interpretação brasileira da doutrina da margem de apreciação ganhou adeptos dentro de quase todas as Cortes superiores do Estado e já é utilizada como fundamento de decisões que se relacionam com importantes elementos internacionalistas. Não há como negar, portanto, que o uso cada vez mais intenso de tal vertente da doutrina da margem de apreciação constitui-se em um risco potencial, e a capilariza-

<sup>51</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura. *RCand 0600903-50.2018.6.00.0000*. Brasília, 01 de setembro de 2018. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/299993>. Acesso em: 05 maio 2023. parág. 44.

<sup>52</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura. *RCand 0600903-50.2018.6.00.0000*. Brasília, 01 de setembro de 2018. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/299993>. Acesso em: 05 maio 2023. parág. 47.

ção do instituto dentro das altas cortes nacionais pode ser caracterizada como uma das principais ameaças ao desenvolvimento e aplicação dos direitos humanos (e do direito internacional) no Brasil e também no contexto americano, visto que os desajustes interpretativos dos tribunais nacionais acerca da margem de apreciação não é exclusividade brasileira<sup>53</sup>.

#### 4 Considerações finais: a interpretação criativa da doutrina pelos tribunais brasileiros

Como vimos, a doutrina da margem de apreciação não é objetivamente aceita dentro do arcabouço normativo do SIADH, apesar de ser aplicada, seja textualmente, seja indiretamente, em alguns de seus julgados. Se, por um lado, essa resistência do SIADH em admitir a aplicação e a regulamentação do instituto não previne o seu uso como fundamento de deferência nacional nas sentenças da Corte; por outro, oferece uma oportunidade perigosa aos judiciários nacionais, como o brasileiro, ao favorecer a construção de interpretações criativas e interessadas da doutrina da margem de apreciação, que, nessa ótica, tem sua aplicabilidade exclusivamente dependente da discricionariedade e interesse nacionais.

A interpretação é criativa e equivocada, mas principalmente perigosa, pois verga os fundamentos do instituto europeu às necessidades casuísticas nacionais. Por isso, ao mesmo tempo em que as altas cortes brasileiras utilizam o peso discursivo da CtEDH como fundamento de validade para as suas peculiares interpretações do instituto da margem de apreciação, também ignoram, por dolo ou por descuido, o contexto de aplicação da doutrina dentro do SEDH. Há, dessa forma, uma interpretação criativa que revisa os fundamentos de validade do instituto em benefício de argumentos de matiz estatista, que se sobrepõem, com aval jurisprudencial, às obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro. Ademais, nada impede que essa doutrina supere o contexto dos sistemas de proteção regional e interna-

cional de direitos humanos e avance para, virtualmente, qualquer área obrigacional do direito internacional.

Contudo, diferentemente do indicado pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, não cabe ao Estado, nem mesmo as suas cortes, o dever ilimitado “de consideração do mérito da decisão dos tribunais e órgão internacionais de proteção de direitos humanos”. A doutrina da margem de apreciação não é um salvo conduto para um pretenso poder de revisão nacional, que estaria permanentemente à disposição dos Estados e de seus interesses de momento. Ela deveria ser entendida enquanto uma deferência interpretativa expressamente concedida pela CtEDH, no contexto de casos sob sua tutela, em favor do Estado demandando, para que este possa, em circunstâncias excepcionais e sob o controle contínuo da Corte, interpretar os direitos e liberdades da Convenção Europeia de maneira mais adequada a seus fundamentos culturais e normativos locais. Esses mesmos contornos devem ser observados no contexto do SIADH.

É, ademais, importante reforçar que essa margem interpretativa deve ser limitada a um pequeno número de situações doutrinariamente definidas e deve estar sob o controle constante da CtEDH. É isso o que determina a parte final do artigo 1º do Protocolo n.º 15, quando indica que os Estados Signatários gozam de uma margem de apreciação, “sujeita à jurisdição de supervisão da Corte”.

Cabe ao SIADH regular o uso da doutrina da margem de apreciação dentro de suas normativas procedimentais, estabelecendo os contornos de utilização do instituto de maneira objetiva, para que, assim, as interpretações nacionais relativas ao seu uso e natureza sejam restringidas. Resta saber se essa abertura, aproveitada pelos tribunais brasileiros e outros mais, não seja irreversível, principalmente em situações em que os Estados sejam condenados internacionalmente em relação a contextos casuísticos de grande relevo nacional.

Em conclusão, é essencial que o debate sobre a aplicabilidade da doutrina da margem de apreciação seja conduzido de maneira responsável, dentro dos limites contextuais e conceituais que esta possui no sistema da CEDH, pois, do contrário, enfrentaremos o risco crescente de nos depararmos, de maneira cada vez mais consolidada, com posicionamentos jurisprudenciais nacionais que encaram a relação entre o ordenamento nacional e o internacional a partir da prevalência, incon-

<sup>53</sup> VILA, Maria Iglesias. The conventionality control and the Fontevicchia case: is the margin of appreciation the panacea? *Revus – Revija za Ustavno Teorijo in Filozofijo Prava*, n. 46, 5 jan. 2022. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/8203>. Acesso em: 02 jul. 2023.

tinente, dos efêmeros e maleáveis preceitos soberanos e culturais de seus respectivos povos. Foi para enfrentar alguns desdobramentos abomináveis desse perigoso discurso que os fundamentos do direito internacional contemporâneo se estruturaram, em meados da década de 1940. E este é, ainda hoje, um imperativo inescapável de resistência.

## Referências

BENVENISTI, Eyal. Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards. *International Law and Politics*, v. 31, 1999.

BERTELSEN, Soledad. A Margin for the Margin of Appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 19, n. 3, p. 887-913, jul. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moab063>. Acesso em: 25 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Habeas Corpus. *HC N.º 379.269/MS* (2016/0303542-3). Habeas corpus. Recebimento da denúncia. Violação do art. 306 do código de trânsito e dos arts. 330 e 331 do código penal. Princípio da consunção. Impossibilidade [...]. Impetrante: Defensoria Pública Do Estado De Mato Grosso Do Sul. Impetrado: Tribunal De Justiça Do Estado De Mato Grosso Do Sul. Paciente: Magno Leandro Santos Angelico. Relator: Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Brasília, 24 de maio de 2017. Disponível em: [www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=73399234&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false](http://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=73399234&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false). Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus. *HC N.º 143.968/RJ*. Agravo regimental. Habeas corpus. Penal. Código penal militar. Desacato. Criminalização [...]. Agte.: Girleu Oliveira De Asevedo. Agdo.: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 16 de maio de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747859216&cLen=427409>. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC N.º 149.580/SC*. 08 de junho de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPe>

ca.asp?id=314566773&ext=.pdf. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura. *RCand 0600903-50.2018.6.00.0000*. Brasília, 01 de setembro de 2018. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/299993>. Acesso em: 05 maio 2023.

BRAUCH, Jeffrey A. The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: treat to the rule of law. *Columbia Journal of European Law*, v. 11, p. 113-150, 2005.

CONCIL OF EUROPE. *European Convention on Human Rights*. Disponível em [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_ENG). Acesso em: 10 jul. 2023.

CONCIL OF EUROPE. *Protocol No. 15 Amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Strasbourg, 24 jun. 2013. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol\\_15\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol_15_ENG). Acesso em: 10 jul. 2023.

CONCIL OF EUROPE. The Sunday Times versus The United Kingdom: before the European Court of Human Rights. *The Sunday Times Case*, serie A, n. 30, 26 apr. 1979. Disponível em: <https://www.ucpi.org.uk/wp-content/uploads/2018/03/The-Sunday-Times-v-The-United-Kingdom-A30-1979-80-2-E.H.R.R.-245.pdf>. Acesso em: 01 maio 2023.

CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Derechos Humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 262-279, 2013. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2581/pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

DAL RI JUNIOR, A.; VELOSO, P. P. A. The regulation of foreign investments in Mercosur: failed attempts and challenges ahead. In: SACERDOTI, Giorgio *et al.* (org.). *General Interests of Host States in International Investment Law*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. v. 1. p. 378-396.

EUROPEAN COURT OF HUMANS RIGHTS. *Case Handside v. The United Kingdom (Application 5493/74)*. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-7499&filename=001->. Acesso em: 15 maio 2023.

- FOLLESDAL, Andreas. Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 359-371, apr. 2017.
- GUERRA, Raquel. The origin of the margin of appreciation and the jurisprudence of the European system of human rights and inter-american system of human rights. *Inter – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, v. 4, n. 2, p. 197-210, jul./dez. 2021.
- HOVIUS, Berend. The Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter. *Ottawa Law Review*, v. 17, p. 213-261, 1985.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2841/2016*. Disponível em: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2F134%2FD%2F2841%2F2016%20%28INITIAL%20PROCEEDINGS%29&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2F134%2FD%2F2841%2F2016%20%28INITIAL%20PROCEEDINGS%29&Lang=en). Acesso em: 02 jul. 2023.
- KEOHANE, R. O.; MORAVCSIK, A.; SLAUGHTER, A. Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational. Massachusetts Institute of Technology. *International Organization*, v. 54, n. 3, 2000.
- KRISCH, Nico. Institutions under Stress: Covid-19, Anti-Internationalism and the Futures of Global Governance. *Global Challenges*, special Issue, n. 1, jun. 2020. Disponível em: [https://globalchallenges.ch/issue/special\\_1/institutions-under-stress-covid-19-anti-internationalism-and-the-futures-of-global-governance/](https://globalchallenges.ch/issue/special_1/institutions-under-stress-covid-19-anti-internationalism-and-the-futures-of-global-governance/). Acesso em: 02 jul. 2023.
- LEGG, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- LETSAS, George. Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 705-732, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 01 maio 2023.
- PARAGUAY. Ministerio de Relaciones Exteriores. *Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Disponível em: <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>. Acesso em: 01 jul. 2023.
- RAMOS, André de Carvalho. Control of Conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience. *Revista IIDH*, v. 64, p. 11-34, 2017.
- ROJAS, Claudio N. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, v. 11, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539>. Acesso em: 10 jul. 2023.
- SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES, Jesus Tupã Silveira. A Margem de Apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 324-337, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5351/3964>. Acesso em: 17 out. 2023.
- SHANY, Yuval. Toward a general margin of appreciation doctrine in international law? *The European Journal of International Law*, v. 16, n. 5, 2006.
- SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia. Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*, v. 14, p. 237-257, 2018.
- VILA, Maria Iglesias. The conventionality control and the Fontevecchia case: is the margin of appreciation the panacea? *Revus – Revista za Ustavno Teorijo in Filozofijo Prava*, n. 46, 5 jan. 2022. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/8203>. Acesso em: 02 jul. 2023.
- VILA, Marisa Iglesias. Subsidiarity, margin of appreciation and international adjudication within a cooperative conception of human rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 393-413, 2017.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**As funções da interpretação de  
sentença na Corte Interamericana  
de Direitos Humanos**

**The functions of interpretation of  
judgment at the Inter-American  
Court of Human Rights**

Lucas Carlos Lima

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**



# As funções da interpretação de sentença na Corte Interamericana de Direitos Humanos\*

## The functions of interpretation of judgment at the Inter-American Court of Human Rights

Lucas Carlos Lima\*\*

### Resumo

O procedimento de interpretação de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“CtIDH” ou “Corte”) está previsto no Art. 67 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Os Estados condenados em decisões de mérito, reparações e custas podem requerer à Corte o esclarecimento de pontos específicos da sentença, de modo a facilitar o seu processo de implementação e execução. Busca-se definir, neste artigo, os efeitos jurídicos das decisões de interpretação dentro da função judicial da Corte, sublinhando sua diferenciação em relação a outros mecanismos processuais como a revisão judicial, o mecanismo de supervisão de cumprimento de sentença e a retificação. O artigo ressalta o caráter estrito do procedimento de interpretação, sublinhando também as frequentes razões para rejeição de pedidos de interpretação pela Corte a partir de argumentos de jurisdição e admissibilidade. Dessa maneira, busca-se definir as diferentes funções exercidas pelas decisões de interpretação emitidas pela Corte, avaliando seu papel como meios para fomentar o engajamento entre a Corte e os Estados ou como meio para coibir o processo de resistência ou *backlash* contra a CtIDH. Utiliza-se, neste trabalho, em relação à metodologia, a análise de decisões de interpretação emitidas pela Corte Interamericana entre 1996 e o momento presente, buscando compilar os efeitos jurídicos por elas provocados sobre a implementação da sentença de mérito pelos Estados. Concluiu-se no artigo pela afirmação do papel do procedimento de interpretação de sentenças para a preservação da função judicial da Corte Interamericana, na medida em que as diversas funções por ele operadas contribuem para fortalecer a confiabilidade do órgão judicial e a eficácia da implementação de suas sentenças a nível interno pelos Estados. Contudo, verifica-se também a tendência crescente dos Estados de exigir da Corte a revisão de questões de mérito pelo procedimento de interpretação. O estudo se justifica não apenas pelo número crescente de pedidos de interpretação de sentenças à Corte Interamericana nos últimos anos, mas também pelo fenômeno de rejeição e pressão contrária à Corte verificada da parte de alguns Estados sob sua jurisdição, contra o qual as decisões de interpretação podem operar um importante papel de mantenedoras da integridade do sistema e de diálogo nacional-internacional.

**Palavras-chave:** interpretação de sentença; Corte Interamericana de Direitos Humanos; direitos humanos; Convenção Americana de Direitos Humanos; revisão judicial; supervisão de cumprimento de sentença.

\* Recebido em 01/09/2023  
Aprovado em 20/10/2023

\*\* Professor de Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Internacional pela Università degli studi di Macerata, com períodos de pesquisa na University of Cambridge e no Max Planck de Luxemburgo. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Cortes e Tribunais UFMG/CNPq (styluscuriarum.org).  
Email: carloslimalucas@gmail.com

## Abstract

The procedure for interpreting judgments of the Inter-American Court of Human Rights (“IACtHR” or “Court”) is provided for in Article 67 of the American Convention on Human Rights (ACHR). States convicted in decisions on the merits, reparations and costs may request the Court to clarify specific points of the judgment, in order to facilitate its implementation and enforcement process. This article aims to define the legal consequences of interpretation decisions within the judicial function of the Court, highlighting their differentiation in relation to other procedural mechanisms such as judicial review, the mechanism for supervising compliance with judgment and rectification. The article emphasises the strict nature of the interpretation procedure, also highlighting the frequent reasons for rejecting requests for interpretation by the Court on the grounds of jurisdiction and admissibility. In this way, we seek to define the different functions performed by the interpretation decisions issued by the Court, evaluating their role as a means to foster engagement between the Court and the States or as a means to curb the process of resistance or backlash against the IACtHR. The article adopts as methodology the analysis of interpretation decisions issued by the Inter-American Court between 1996 and the present moment, seeking to compile the legal effects they have had on the implementation of merits decisions by the states. The article concludes by affirming the role of the judgment interpretation procedure in preserving the judicial function of the Inter-American Court, insofar as the various functions operated by it contribute to strengthening the judicial body’s reliability and the effectiveness of the implementation of its judgments at the national level. Internally by the States. However, there is also a growing tendency for States to require the Court to review questions of merit through the interpretation procedure. The study is justified not only by the growing number of requests for interpretation of judgments to the Inter-American Court in recent years, but also by the phenomenon of rejection and pressure against the Court from some states under its jurisdiction, against which interpretation decisions can play an important role in maintaining the integrity of the system and national-international dialogue.

**Keywords:** judgment interpretation; Inter-American Court of Human Rights; human rights; American Con-

vention on Human Rights; judicial review; judgment enforcement supervision.

## 1 Introdução

Quando uma decisão é proferida por um tribunal internacional, espera-se que ela seja clara e compreensível para as partes com o objetivo de cumprir seu papel como método para resolução de controvérsias. Os órgãos julgadores internacionais estão sob a exigência geral de declarar os motivos de uma decisão — o chamado *devoir de motivation*.<sup>1</sup> Contudo, as partes ainda podem discordar em relação ao significado e ao escopo de um julgamento que as vincule. Discordâncias dessa natureza emanam de divergências na interpretação do texto da sentença. O processo de interpretação do direito internacional diz respeito ao processo de obtenção de clareza sobre o significado de um determinado texto, de modo que as obrigações e direitos a partir dele atribuídas sejam também claras.<sup>2</sup> Decisões de cortes e tribunais internacionais podem, contudo, ser interpretadas de forma particularmente onerosa ou liberal por cada um dos litigantes, que podem delas abstrair conclusões mais interessantes à sua posição no interior da controvérsia. Se as interpretações propostas pelas partes forem inconciliáveis, o resultado pode ser a frustração da efetividade da sentença e do reconhecimento de suas consequências jurídicas — como o dever de reparação.

A solução jurídica para essas situações é o pedido de interpretação da sentença pelo mesmo órgão julgador, que deverá proferir uma nova decisão esclarecendo as questões litigiosas levantadas pelas partes. Vários estatutos e regras dos tribunais internacionais preveem tal possibilidade.<sup>3</sup> Essa prática não se configura apenas

<sup>1</sup> Sobre o tema ver: SOREL, Jean-Marc; RUIZ-FABRI, Hélène (org.). *La motivation des décisions de juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2008.

<sup>2</sup> D’ASPREMONT, Jean. The Multidimensional Process of Interpretation: Content Determination and Law-Ascertainment Distinguished. In: BIANCHI, Andres; PEAT, Daniel; WINDSOR, Matthew (ed.). *Interpretation in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

<sup>3</sup> O estatuto da Corte Internacional de Justiça prevê essa possibilidade a partir do Art. 60 que reserva à Corte, à revelia do “caráter final e inapelável” da decisão emitida, o direito de decidir sobre o “significado e o escopo” da decisão mediante requisição de uma das partes. Por sua vez, o Estatuto do Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar, em seu Art. 33 afirma que “Em caso de disputa quanto ao significado ou alcance da decisão, o Tribunal deverá inter-

como mais um serviço oferecido pelas cortes e tribunais às partes litigantes, mas também como uma oportunidade a mais para que a Corte esclareça questões sobre a aplicação do direito, o conteúdo das normas aplicadas e as obrigações por elas impostas aos sujeitos em um verdadeiro processo de *lawmaking*.<sup>4</sup> Além disso, na medida em que o próprio órgão judicial emissor da sentença de mérito será o responsável por interpretá-la, a tendência à fragmentação tende a ser dirimida e a integridade do sistema fortalecida — em comparação, por exemplo, aos riscos de interpretação por cortes e tribunais domésticos.<sup>5</sup> O que é mais, na medida em que o processo de interpretação de sentenças não é regido pelo direito internacional geral — como é o caso da interpretação de tratados segundo as regras costumeiras codificadas pelos Arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 — ele apresenta um elemento importante na construção de um direito regional que leve em conta as particularidades daquela jurisdição específica.

Nesse contexto, o direito de solicitar uma interpretação de uma sentença é particularmente importante nos tribunais de direitos humanos, em que a presença de indivíduos como partes pode desequilibrar as forças dentro do processo e representar uma ameaça ao princípio paridade entre armas entre as partes. Esta parece ser a lógica que levou os Estados americanos a incluir no Artigo 67 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (“CADH”) o direito das partes de solicitar uma interpretação de um julgamento emitido pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos (“CtIDH” ou “Corte”). O artigo 67 da CADH estabelece que as decisões proferidas pela Corte são finais e sem recurso. Também prescreve que “em caso de desacordo quanto ao significado ou escopo da sentença, a Corte deve interpretá-la a pedido de qualquer das par-

pretá-la a pedido de qualquer das partes”, preservado o fato de que “a decisão do Tribunal é final e será cumprida por todas as partes na disputa”. Sobre o tema, ver: KULICK, Andreas. Article 60 ICJ Statute, interpretation proceedings, and the competing concepts of res judicata. *Leiden Journal of International Law*, v. 28, n. 1, p. 73-89, 2015; RAO, Chandrasekhara; GAUTIER, Philippe. *The International Tribunal for the Law of the Sea*. Londres: Elgar International, 2018.

<sup>4</sup> VENZKE, Ingo. The Role of International Courts as Interpreters and Developers of Law: Working Out the Jusgenerative Practice of Interpretation. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 34, p. 99-132, 2011.

<sup>5</sup> AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (ed.). *The interpretation of international law by domestic courts: Uniformity, diversity, convergence*. Oxford University Press, 2016. NOLLKAEMPER, André. *National courts and the international rule of law*. Oxford University Press, 2011.

tes, desde que o pedido seja feito no prazo de noventa dias a partir da data de notificação da sentença”.

Ao contrário dos tribunais interestatais, nos quais o recurso à interpretação de uma sentença é relativamente raro<sup>6</sup>, desde sua criação, a CtIDH já proferiu mais de 80 sentenças de interpretação. As razões que podem tentar explicar esse elevado número de pedidos e julgamentos são duas. Primeiro, as partes litigantes tendem a usar o pedido de interpretação como um instrumento para re-visitatar a sentença — seja para solicitar esclarecimentos adequados ou para disfarçar uma tentativa de recurso. Em segundo lugar, a percepção da Corte sobre a função da interpretação dentro de sua própria atividade judicial parece favorecer uma abordagem mais flexível. Em seu primeiro julgamento de interpretação, referente ao caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, a CtIDH observou que “a interpretação de uma sentença envolve não apenas a definição precisa de suas partes operativas, mas também a especificação de seu escopo, significado e objetivo, com base nas considerações das sentenças”.<sup>7</sup> Por consequência, a CtIDH teve a oportunidade de desenvolver uma jurisprudência significativa quanto aos requisitos processuais da interpretação de uma sentença, bem como os poderes exercidos para interpretá-las.

O exame desse ramo da jurisprudência da CtIDH permite elaborar sobre as diferentes funções que a interpretação de uma sentença pode desempenhar dentro daquele sistema judicial específico — bem como diferenciá-la de outros mecanismos de revisão ou correção decisional também disponíveis à Corte. Muitas vezes os julgamentos de interpretação abordam questões como as modalidades de reparação, perda de lucros, danos morais, o montante exato concedido, a modalidade re-

<sup>6</sup> Em especial na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça. Sobre o tema ver: ZIMMERMANN, Andreas; THIENEL, Tobias. Article 60. In: ZIMMERMANN, Andreas; TAMS, Christian; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian. *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2019. Ver também: VISSCHER, C. *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*. 1963; KULICK, A. ‘Article 60 ICJ Statute, Interpretation Proceedings, and the Competing Concepts of Res Judicata’. *Leiden JIL*, v. 28, p. 73–89, 2015; TRANCHANT, B. ‘L’arrêt rendu par la CIJ sur la demande en interprétation de l’arrêt Avena (Mexique c. États-Unis d’Amérique)’. *AFDI*, v. 55, p. 191–220, 2009; ZIMMERMANN, A. ‘Interpretation of Judgments of the International Court of Justice under Art. 60 of the Statute of the ICJ’. In: ZEHETNER, F. (ed.). *Festschrift für Hans-Ernst Folz*. 2003. p. 407–25.

<sup>7</sup> CtIDH. *Velásquez Rodríguez v Honduras. Decisão de interpretação sobre decisão de reparações e custas*. Série C, No. 09. 17 de agosto de 1990. par. 26.

paradora de reintegração, entre outras. No entanto, por meio dos procedimentos interpretativos, a Corte possui também a oportunidade de esclarecer — e desenvolver — formas específicas de reparação inerentes ao Sistema Interamericano.<sup>8</sup> Logo, a jurisprudência de interpretação de sentenças da Corte revela uma nova camada de sua capacidade de influência no desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, bem como de sua função judicial internacional.

Para situar o procedimento de interpretação de sentenças no interior da função judicial da CtIDH, analisa-se, neste artigo, parte significativa das decisões de interpretação emitidas pela Corte, de modo a identificar suas diferentes funções desenvolvidas pela jurisprudência. Esse método almeja identificar o processo de desenvolvimento de categorias estabelecidas pelos próprios Estatuto e Regulamento da Corte ao longo de sua prática judicial, sublinhando a autonomia da Corte ao manejar suas próprias normas processuais e definir suas respectivas funções no processo de solução de controvérsias. Além disso, esse método instiga a diferenciação entre essas diferentes categorias processuais que guardam alguma semelhança com o procedimento de interpretação de sentenças, visando delimitar seu escopo de aplicação e definição únicos no interior da função judicial da Corte Interamericana. O trabalho defende a hipótese de que o processo de interpretação de sentenças na Corte Interamericana possui natureza estrita e não se confunde com outros procedimentos como a revisão judicial e o mecanismo de supervisão de cumprimento. Por outro lado, ele não opera, apenas, uma função unívoca, mas sim um conjunto de funções: a preservação da eficácia dos meios de reparação impostos pela Corte, o fomento à transparência do processo decisório e da confiabilidade da função judicial, a proteção da integridade da jurisprudência e a homogeneidade de sua interpretação e, por fim, a proteção à Corte contra a resistência e o

<sup>8</sup> Ver, por exemplo: RUBIO-MARTIN, Ruth; SANDOVAL, Clara. Engendering the reparations jurisprudence of the Inter-American court of human rights: The promise of the cotton field judgment. *Human Rights Quarterly*, v. 33, p. 1062, 2011; ATTANASIO, David L. Extraordinary Reparations, Legitimacy, and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 37, p. 813, 2015; ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial approaches to human rights violations: The Inter-American Court of Human Rights and beyond. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, p. 351, 2007. Para uma avaliação mais antiga mas clássica, ver: PASQUALUCCI, Jo M. Victim reparations in the Inter-American Human Rights System: a critical assessment of current practice and procedure. *Michigan Journal of International Law*, v. 18, p. 1, 1996.

processo de *backlash* apresentado pelos Estados. Dessa forma, este conjunto de funções somente pode ser operacionalizada pelo mecanismo de interpretação superveniente das decisões da Corte.

A primeira seção deste artigo visa investigar o desenvolvimento histórico da competência da CtIDH para interpretar suas próprias decisões com base nos debates para a elaboração da CADH e da própria jurisprudência da Corte. Em seguida, uma breve comparação apresenta as distinções entre a competência para a interpretação de decisões e outras categorias processuais da CtIDH, como a revisão judicial, o monitoramento do cumprimento de sentenças e a retificação de erros. As duas seções seguintes focam no fundamento jurídico para a competência de interpretação de sentenças e seu posterior desenvolvimento pela prática judicial da Corte. Uma última seção terá o objetivo de avaliar o propósito da interpretação de sentenças no interior da função judicial da Corte e sua contribuição para o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos no continente americano.

## 2 O poder para interpretar: elementos históricos na construção do poder da Corte

O direito de solicitar a interpretação de julgamentos está previsto na CADH desde a sua conclusão em 1969. Entretanto, os debates durante o processo de elaboração da Convenção revelam, apenas, discussões relacionadas ao tempo para se solicitar uma interpretação<sup>9</sup> sugerindo, portanto, não ter sido alvo de grandes controvérsias. O período de seis meses inicialmente previsto na primeira versão da Convenção deu lugar ao prazo de noventa dias, seguindo a sugestão da República Dominicana.<sup>10</sup> O processo de redação também revela que a principal fonte de inspiração para esta disposição foi o artigo 60 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), do qual a Convenção Americana e as Regras da Corte Interamericana tomaram emprestada sua linguagem. Além disso, na época, o Sistema Europeu de Direitos Humanos não previa o direito de solicitar interpretações (que somente

<sup>9</sup> OEA. *Actas y Documentos de la Conferencia Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969*. OAS/Ser.K/XVI/1.2. 1969. p. 31.

<sup>10</sup> OEA. *Actas y Documentos de la Conferencia Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969*. OAS/Ser.K/XVI/1.2. 1969. p. 85.

foi reconhecido pelo Protocolo 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos).<sup>11</sup> Na prática da CIDH, especialmente em seu início, as referências à prática interpretativa do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos (SEDH) eram comuns.

Ao longo dos anos — e passando por seis versões diferentes do Regulamento reformadas pela Corte —, as alterações no Estatuto cobriram, principalmente, questões menores, refinando os poderes da CtIDH e limitando o procedimento para solicitar uma interpretação à Corte. Por exemplo, na versão de 1996 das Regras de Procedimento, somente as decisões sobre o mérito e reparação poderiam ser objeto de um pedido de interpretação. A versão de 2009 incorporou a possibilidade de outros julgamentos serem objeto de um pedido, tais como “julgamentos sobre objeções preliminares, sobre o mérito, ou sobre reparações e custas”. Da mesma forma, a exigência de manter, se viável, a mesma composição da Corte para o exame do pedido de interpretação foi incluída na segunda versão do Regulamento (1991) e lá permanece até o presente.

Se os textos normativos que regem a interpretação realizada pela CtIDH não foram alterados substancialmente ao longo de sua história, um número significativo de decisões foi responsável por moldar a prática interpretativa da Corte de São José. Não é surpreendente que, como não há direito de apelação no Sistema Interamericano<sup>12</sup>, o pedido de interpretação de uma sentença tenha sido utilizado processualmente por partes com diferentes propósitos de “elaborar o significado da decisão quando uma das partes sustenta que o texto de seus parágrafos operativos ou de suas considerações são pouco claros ou imprecisos”.<sup>13</sup> A linguagem escolhida para modelar as regras de pedido de interpretação da Corte acabam por conduzir a um exame de distinção entre os pedidos de interpretação e outras figuras processuais desenvolvidas no interior da prática da Corte.

<sup>11</sup> Para reações contemporâneas à conclusão do Protocolo 11, ver: KLERK, Yvonne. Protocol No. 11 to the European Convention for Human Rights: a drastic revision of the supervisory mechanism under the ECHR. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 35-46, 1996. Ver também: BERNHARDT, Rudolf. Reform of the control machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol no. 11. *American Journal of International Law*, v. 89, n. 1, p. 145-154, 1995.

<sup>12</sup> MAROTTI, Loris. *Il doppio grado di giudizio nel processo Internazionale*. Milano: Giappichelli, 2020.

<sup>13</sup> CtIDH. Loayza Tamayo v. Peru. *Interpretação da Decisão de Mérito, 8 de março de 1998*. Série C, No. 47, 8 de março de 1998. par. 16.

### 3 Distinção em relação a outras categorias processuais da CtIDH

O dever da CtIDH de expor os motivos do julgamento está consagrado no artigo 56 do Regulamento da Corte, que estabelece “os fundamentos de direito” como um dos elementos necessários do julgamento. Em um continente particularmente inclinado a resistir a processos decisórios internacionais e supranacionais<sup>14</sup>, as regras estabelecem claramente que “as sentenças e ordens da Corte não podem ser contestadas de forma alguma” (Art 31 [3]). Essa regra é frequentemente invocada nos julgamentos de interpretação que, paralelamente ao Art. 67 da CADH, cristaliza o Princípio da Coisa Julgada dentro do sistema processual da CtIDH.

O papel da interpretação do direito internacional é uma função precípua de praticamente todos os tribunais internacionais.<sup>15</sup> Ela opera no sentido de reconhecer ou não a existência de uma norma aplicável ou de delimitar seu conteúdo, seu escopo de aplicação e as consequências jurídicas de sua violação, na medida em que estas categorias não estão claras a partir da análise do texto. Caso o processo de interpretação se debruce sobre um tratado internacional, as regras costumeiras codificadas nos Arts. 31 e 32 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados serão aplicadas,<sup>16</sup> assim como eventuais princípios e regras de *lex specialis* aplicáveis a uma corte ou tribunal específicos<sup>17</sup> — por exemplo, o Princípio Pro Persona no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Contudo, no caso da interpretação sobre uma decisão judicial emitida pelo próprio órgão julgador, a Corte se encontra livre para “interpretar a si mesma” e tornar mais claro o sentido

<sup>14</sup> HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 2, p. 493, 2011 e CONTESSÉ, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *Yale Journal of International Law*, v. 44, n. 2, p. 179, 2018.

<sup>15</sup> Sobre o tema, ver: DUMBERRY, Patrick. Le recours en interprétation des arrêts de la Cour internationale de justice et des sentences arbitrales. *Revue québécoise de droit international*, v. 13, p. 201, 2000.

<sup>16</sup> GARDINER, Richard K. *Treaty interpretation*. Oxford University Press, USA, 2015.

<sup>17</sup> Sobre o tema, de modo geral, ver: CANNIZARO, Enzo (org.) *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011. No caso específico de regimes de direitos humanos, ver: MECHLEM, Kerstin. Treaty bodies and the interpretation of human rights. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 42, p. 905, 2009.

de suas delimitações sobre o direito, as violações reconhecidas e as reparações indicadas.

Como não há direito de apelação dentro do sistema judicial interamericano<sup>18</sup> e a Corte Interamericana de Direitos Humanos não é uma corte suprema (i.e., uma corte supraconstitucional ou um tribunal de apelação), as questões relacionadas à revisão de uma sentença são geralmente compreendidas dentro de diferentes categorias procedimentais da CtIDH. Portanto, os pedidos de interpretação devem ser examinados diligentemente, pois “um pedido que solicite a modificação ou a inversão da sentença é inadmissível.”<sup>19</sup> Contudo, tais mecanismos processuais possuem funções distintas e visam salvaguardar diferentes elementos da função judicial da Corte — sendo, assim, inconfundíveis com o pedido de interpretação de sentença.

Há, pelo menos, três mecanismos processuais que merecem ser examinados, dada sua semelhança com o pedido de interpretação: o pedido de revisão judicial (1); o procedimento de monitoramento do cumprimento das sentenças (2); e (3) o pedido de retificação de erros.

### 3.1 Revisão judicial

Embora a interpretação dos julgamentos seja expressamente estabelecida pelas regras que regem a atividade da CtIDH, inexistente uma disposição relativa à revisão das sentenças. Se os redatores da Convenção pareceram particularmente inclinados a incorporar a possibilidade de oferecer clareza na implementação do julgamento, este não se aplica à “descoberta de algum fato de tal natureza que possa ser um fator decisivo [...] que, quando o julgamento foi proferido, era desconhecido para a Corte e para a parte que solicitou a revisão” (nos termos do do Art. 61 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça).

No entanto, no caso *Genie Lacayo v. Nicarágua*<sup>20</sup>, a Corte estabeleceu seus poderes para decidir sobre uma revisão judicial solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Nesse caso, a CtIDH

esclareceu que somente circunstâncias excepcionais poderiam levar à revisão de uma sentença, principalmente relacionadas com a descoberta de “fatos ou situações importantes que eram desconhecidos no momento em que a sentença foi proferida.”<sup>21</sup> O raciocínio da Corte se baseou fortemente nas regras e práticas da CIJ no que diz respeito à revisão de sentenças. Ainda assim, a prática relativa à revisão de sentenças no contexto da CtIDH é escassa. Isto pode ser provisoriamente explicado por duas razões: em primeiro lugar, pela natureza dos problemas apresentados à Corte os quais não requerem um processo de revisão à luz de fatos novos.<sup>22</sup> Em segundo lugar, pela ausência de regras mais claras que permitissem às partes utilizar tal instrumento processual. Em última instância, a Corte reafirmou que “um recurso de revisão é admissível em casos excepcionais, quando um fato que tenha surgido após a sentença ter sido proferida afeta o conteúdo da decisão, ou revela um defeito substancial na mesma.”<sup>23</sup>

Em outras ocasiões, a questão da revisão judicial foi levantada obliquamente. No caso *Cantoral Huamaní e García Santa Cruz v. Peru*,<sup>24</sup> as partes questionaram a possibilidade de utilizar um procedimento de revisão judicial se o processo judicial interno em andamento chegasse a uma conclusão diferente e produzisse novas provas factuais. A Corte rejeitou a hipótese, afirmando que “a questão levantada pelo Estado diz respeito a um evento potencial; isto é, a uma situação que o Estado supõe que possa ocorrer no futuro” e, portanto, “a apresentação de situações abstratas ou hipotéticas não tem nenhuma relação com o propósito de um pedido de interpretação de julgamento.”<sup>25</sup> Logo, a Corte não descartou a possibilidade de revisão judicial, mas esclareceu que fazer um pronunciamento abstrato sobre a questão dentro do processo de interpretação seria inadequado.

<sup>18</sup> MAROTTI, Loris. *Il doppio grado di giudizio nel processo internazionale*. Milão: Giappichelli, 2020.

<sup>19</sup> CTIDH. *Comunidade Moiwana v. Suriname. Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 145. 8 de fevereiro de 2006. par. 14.

<sup>20</sup> CTIDH. *Genie Lacayo v. Nicarágua. Aplicação para revisão judicial da decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 45. 13 de setembro de 1997.

<sup>21</sup> CTIDH. *Genie Lacayo v. Nicarágua. Aplicação para revisão judicial da decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 45. 13 de setembro de 1997. par. 12.

<sup>22</sup> ÚBEDA DE TORRES, Amaya; BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *The Inter American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 154.

<sup>23</sup> CTIDH. *Juan Humberto Sánchez v. Honduras. Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares*. Série C, No. 102. 26 de novembro de 2003. par. 15.

<sup>24</sup> CTIDH. *Cantoral Huamaní e García Santa Cruz v. Peru. Pedido de interpretação de decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 176. 28 de janeiro de 2008.

<sup>25</sup> CTIDH. *Cantoral Huamaní e García Santa Cruz v. Peru. Pedido de interpretação de decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 176. 28 de janeiro de 2008. par. 16.

Apesar de reconhecer a possibilidade de revisão judicial, a Corte nunca incorporou este poder em seu Regulamento — o que seria desejável. Além disso, a CtIDH declarou recentemente que o pedido de interpretação não é o meio processual adequado para solicitar a revisão judicial. Em *Rosadio Villavicencio v. Peru*<sup>26</sup> a Corte estabeleceu que “alegadas situações excepcionais, fatos novos e provas supervenientes” não poderiam ser examinadas, uma vez que “o objetivo exclusivo de um pedido de interpretação é determinar o significado de uma sentença quando uma das partes considerar que o texto de seus parágrafos operativos ou suas considerações são pouco claros ou imprecisos.”<sup>27</sup>

### 3.2 Monitoramento do cumprimento das decisões

Uma característica inovadora da CtIDH é seu sistema de monitoramento do cumprimento de sentenças e ordens, regido pelo artigo 69 das Regras de Procedimento e por sua jurisprudência. Quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi projetada, ela se voltou essencialmente contra um contexto interestatal, altamente influenciada pela experiência da Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>28</sup> Não por acaso, os mecanismos de supervisão e implementação das decisões da Corte relegaram apenas a um órgão político a pressão para a execução e implementação das ordens. No entanto, a Corte começou a supervisionar se os Estados cumpriram plenamente as decisões por ela proferidas, solicitando um relatório, seja do Estado ou das vítimas, para verificar seu cumprimento.<sup>29</sup> Não é raro, nesse pro-

cedimento, que se reavaliem o alcance e os valores exatos a serem compensados pelo Estado às vítimas.<sup>30</sup>

Em 2003, ao decidir o caso *Baena Ricardo et al. v. Panamá*, a Corte Interamericana foi chamada a justificar o poder de monitorar o cumprimento das sentenças.<sup>31</sup> A CtIDH baseou seu poder de supervisão de sentenças no Princípio *Kompetenz Kompetenz* (“A Corte, como qualquer órgão com funções judiciais, tem em suas atribuições o poder inerente de definir o escopo de sua própria jurisdição”), reconhecendo também, nesse ato, a doutrina dos poderes inerentes.<sup>32</sup> Segundo a Corte, devido ao Princípio *Pacta Sunt Servanda*, para que as disposições da Convenção tenham um efeito útil, seria necessário que a própria Corte continuasse a monitorar se a sentença foi efetivamente cumprida, quais aspectos da sentença foram cumpridos, e exigir dos Estados colocações e atualizações sobre cada uma das sentenças. Outros argumentos foram utilizados pela Corte, inclusive que já havia surgido uma *opinio iuris communis* relativa a seu papel como supervisora das próprias decisões.

Uma vez que há um procedimento específico para supervisionar o cumprimento das sentenças, em várias ocasiões, a Corte esclareceu que o procedimento de interpretação das sentenças não poderia ser utilizado para aquele fim. Assim, “as considerações relacionadas ao cumprimento desta medida de reparação, sua modalidade e como alcançar o objetivo visado pela mesma, podem ser submetidas à consideração da Corte pelo Estado no processo de supervisão do cumprimento da sentença e ser avaliadas pela Corte no referido processo”.<sup>33</sup> Como esclarecido pela Corte, “a correta implementação das medidas de reparação será avaliada durante a fase de monitoramento do cumprimento da Sentença; consequentemente, a Corte avaliará quaisquer informações e observações que as partes possam apresentar durante essa fase”.<sup>34</sup> Em suma, uma vez que exis-

<sup>26</sup> CtIDH. *Rosadio Villavicencio v. Peru. Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 414. 8 de outubro de 2020.

<sup>27</sup> CtIDH. *Rosadio Villavicencio v. Peru. Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 414. 8 de outubro de 2020. par. 26.

<sup>28</sup> HUNEEUS, Alexandra.; MADSEN, M. Between Universalism and Regional Law and Politics: A Comparative History of the American, European, and African Human Rights Systems. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, n. 1, p. 136, 2018. Para uma visão abrangente sobre a estrutura processual da Corte Interamericana, ver: PASQUALUCCI, Jo. *The Practice and Procedure of the Inter American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014; TIGROUDJA, Hélène; HENNEBEL, Ludovic. *The American Convention of Human Rights: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2022; ÚBEDA DE TORRES, Amaya; BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *The Inter American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

<sup>29</sup> CtIDH. *Godínez Cruz v. Honduras. Procedimento de supervisão de cumprimento de decisão*. 10 de setembro de 1996.

<sup>30</sup> CtIDH. *Barrios Altos v. Peru. Procedimento de supervisão de cumprimento de decisão*. 22 de novembro de 2002.

<sup>31</sup> Ver, por exemplo: ALESSANDRI, Pablo Saavedra. The Role of the Inter-American Court of Human Rights in Monitoring Compliance with Judgments. *Journal of Human Rights Practice*, v. 12, n. 1, p. 178-184, 2020 e ZULOAGA, Patricia Palacios. Judging Inter-American human rights: the riddle of compliance with the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 42, p. 392, 2020.

<sup>32</sup> Ver, sobre o tema: BROWN, Chester. *A Common Law of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

<sup>33</sup> CtIDH. *Prisão Miguel Castro Castro v. Peru. Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 181. 2 de agosto de 2008.

<sup>34</sup> CtIDH. *Gudiel Álvarez et al. (Diário Militar) v. Guatemala. De-*

te um procedimento específico para reavaliar questões relativas a medidas de reparação, o pedido de interpretação não é adequado para perseguir esse objetivo.

### 3.3 Retificação de erros em sentenças e outras decisões

Um terceiro mecanismo processual que não pode ser confundido com o pedido de interpretação é o pedido de retificação de erros de julgamento. De acordo com o artigo 76 das Regras, a CtIDH “pode, por sua própria iniciativa ou a pedido de qualquer uma das partes do caso, no prazo de um mês após a notificação do julgamento ou da ordem, retificar erros óbvios, erros de escrita ou erros de cálculo”. No entanto, como observou a Corte, “não é raro encontrar a retificação de erros dentro de sentenças de interpretação, especialmente em casos de reparações coletivas ou quando um número de vítimas está envolvido.”<sup>35</sup>

Talvez porque os prazos para solicitação de interpretação e o pedido de retificação se sobreponham, a CtIDH frequentemente aborda tais questões em seus julgamentos sobre interpretação. A prática abundante, também recente, revela diferentes tipos de erros retificados pela Corte, os quais vão desde o número de beneficiários de uma determinada medida<sup>36</sup>, a correção do prazo para implementação da sentença<sup>37</sup> ou mesmo inexatidões textuais relativas à divisão administrativa de um Estado.<sup>38</sup>

Embora o procedimento de interpretação dos julgamentos não tenha sido inicialmente projetado para corrigir erros menores, a prática revela que, em um número significativo de decisões de interpretação, a CtIDH aproveitou a ocasião para retificar imprecisões, erros de digitação e erros factuais.

*Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, reparações e custas.* Série C, No. 262. 19 de agosto de 2013. par. 11.

<sup>35</sup> CTIDH. Comunidades indígenas da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) *n.* Argentina. *Série C, No. 400.* 6 de fevereiro de 2020. par. 19.

<sup>36</sup> CTIDH. Comunidades indígenas da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) *n.* Argentina. *Série C, No. 400.* 6 de fevereiro de 2020. par. 19.

<sup>37</sup> CTIDH. Gudiel Álvarez *et al.* (Diário Militar) *n.* Guatemala. *Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, reparações e custas.* Série C, No. 262. 19 de agosto de 2013.

<sup>38</sup> CTIDH. Massacres de El Mozote e área adjacentes *n.* El Salvador. *Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas.* Série C, No. 264. 19 de agosto de 2013. par. 56.

## 4 Os fundamentos jurídicos do poder de interpretar sentenças da Corte Interamericana

O Estatuto da Corte (1979) é omissivo quanto aos pedidos de interpretação. Provavelmente, isto se deve ao fato de que o Estatuto cobre as principais questões de composição da CtIDH e a relação entre a Corte e outros órgãos do sistema, em vez de se concentrar no procedimento, que é principalmente a função das Regras de Procedimento. O fato de a Corte ser o órgão responsável pela adoção e reforma de seu próprio Regulamento dá maior peso e controle à CtIDH em relação a possíveis mudanças nas regras de interpretação das sentenças.

Juntamente ao texto do artigo 67 da CADH, que estabelece o direito de solicitar uma interpretação e o prazo em caso de disputa entre as partes em relação ao significado e ao escopo da sentença, o regime jurídico de interpretação das sentenças está previsto no artigo 68 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2009). A disposição abrange (a) que tipo de decisões podem requerer uma interpretação; (b) os elementos necessários de um pedido de interpretação; (c) o procedimento para solicitar uma interpretação de uma sentença; (d) a composição da Corte nos procedimentos de interpretação e (e) os poderes da CtIDH para determinar os procedimentos relativos à interpretação de uma sentença.

Uma questão coberta pelo Regulamento da Corte diz respeito a sua composição para a interpretação da sentença. O artigo 68 (3) determina que “a Corte será composta, sempre que possível, pelos mesmos juízes que proferiram a sentença cuja interpretação está sendo solicitada”. Considerando que os juízes da CtIDH são eleitos para um mandato de seis anos, que pode ser considerado um prazo relativamente curto em comparação com outros mandatos judiciais internacionais, o Art. 68 (3) é regularmente invocado com vistas a manter, tanto quanto possível, a composição original da Corte que proferiu a sentença. Entretanto, a mesma regra esclarece que “em caso de morte, renúncia, impedimento, recusa ou desqualificação, o juiz em questão será substituído nos termos do artigo 17 deste Regulamento”. Nessas ocasiões, o juiz ausente “será substituído pelo juiz que foi eleito para tomar seu lugar, se for o caso, ou pelo juiz que tem precedência entre os novos juízes



eleitos após o término do mandato do juiz a ser substituído” (Art. 17 [1]).

Não foram levantadas questões significativas em relação à composição da Corte em sua prática jurisprudencial. Devido ao período de 90 dias para solicitar uma interpretação de uma sentença, é comum que a mesma composição que proferiu a decisão seja mantida. Além disso, a regra que exclui dos processos os juízes e membros da Secretaria da nacionalidade do Estado requerido (Art. 19 [1] e Art. 19 [2], Regras da IACtHR) também se aplica.<sup>39</sup> Em *Rosadio Villavicencio v. Peru*<sup>40</sup>, a então presidente da Corte, a juíza Elizabeth Odio Benito, não participou da deliberação e assinatura da sentença de interpretação “por motivos de força maior que foram aceitos pelo pleno”. Não surgiram problemas decorrentes de sua ausência.

O artigo 68 (1) das regras estabelece diferentes categorias de decisões que podem ser submetidas à interpretação da Corte em caso de desacordo entre as partes quanto a seu escopo e significado: “decisões sobre objeções preliminares, sobre o mérito, ou sobre reparações e custos”. Como assinalado por ao menos um internacionalista,<sup>41</sup> houve algum debate em relação a quais decisões poderiam ser objeto de um pedido de interpretação. A última versão do Art. 68 (1) do Regulamento sugere uma expansão em relação à prática anterior da Corte. Essa disposição exclui pareceres consultivos, medidas provisórias, decisões relativas à supervisão de sentenças, e ordens processuais. Isto parece confirmar a lógica de que o pedido de interpretação é um instrumento à disposição das partes que visa garantir a função contenciosa da CtIDH. Entretanto, pode-se perguntar se, dada a atual expansão da função consultiva da Corte<sup>42</sup>, não seria recomendável permitir que os Estados (e

a Comissão Interamericana) solicitem a interpretação de pareceres consultivos. Apesar disso, essa possibilidade constituiria um instrumento processual que permitiria aos Estados compreender os meios mais apropriados para harmonizar seus sistemas jurídicos com os direitos e obrigações esclarecidos no parecer.

Outra prescrição do Artigo 68 (1) é que o pedido de interpretação “deve declarar com precisão as questões relativas ao significado ou escopo do julgamento do qual a interpretação é solicitada”. A prática da Corte revela que as partes que solicitam a interpretação muitas vezes indicam um ponto resolutivo específico da disposição da sentença. Como a Corte observou, a decisão de interpretação tem por objetivo “esclarecer o significado de uma decisão quando uma das partes afirma que o texto em suas partes operativas ou em suas considerações carece de clareza ou precisão, desde que tais considerações tenham relação com as partes operativas.”<sup>43</sup>

Quanto ao procedimento após o pedido de interpretação de uma sentença, em consonância com os requisitos do devido processo, as regras estabelecem que o Secretário da Corte “transmitirá o pedido de interpretação a todos os participantes do caso e os convidará a apresentar quaisquer comentários escritos que considerem relevantes dentro do prazo estabelecido pela Presidência” (Art. 68 [2]). Ao mesmo tempo, o Regulamento é claro ao reforçar a posição primária da Corte para determinar o processo, pois “a Corte determinará o procedimento a ser seguido e proferirá sua decisão na forma de um julgamento” (Art. 68 [5]). A linguagem empregada no Regulamento é evidente em relação à vinculação da decisão relativa à interpretação: trata-se de um julgamento e, portanto, esclarece o significado e o alcance da primeira decisão. Assim, as partes não podem aplicar os julgamentos sem levar em consideração o julgamento de interpretação.

Considerando-se esse fato, questiona-se se um julgamento de interpretação equivaleria a *res interpretata* e seria coberto pela doutrina do controle de Convencionalidade<sup>44</sup> que, em termos práticos, exigiria que os Es-

<sup>39</sup> CTIDH. *Martínez Esquivia v. Colômbia. Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, objeções preliminares e reparação*. Série C, No. 428. 21 de junho de 2021 e CTIDH. *Comunidades indígenas da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) v. Argentina. Série C, No. 400*. 6 de fevereiro de 2020.

<sup>40</sup> CTIDH. *Rosadio Villavicencio v. Peru. Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 414. 8 de outubro de 2020.

<sup>41</sup> FÁUNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

<sup>42</sup> CONTESSÉ, Jorge. The Rule of Advice in International Human Rights Law. *American Journal of International Law*, v. 115, n. 3, p. 367, 2021. Ver também: LIMA, Lucas Carlos.; FELIPPE, Lucas Mendes.; A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas. *Anuario Mexicano de Derecho*

*Internacional*, v. 21, p. 125, 2021.

<sup>43</sup> CTIDH. *Meninas Yean e Bosico v. República Dominicana. Decisão de interpretação de decisão sobre objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 156. 23 de novembro de 2006. par. 14.

<sup>44</sup> Sobre o tema, ver: MARINO, Tiago Fuchs; CARVALHO, Luciano Coimbra de. A Doutrina da Res Interpretata no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Diferenciais, Potencialidades e Desafios. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 8, n. 16, p. 75-94,

tados Partes da convenção levassem em consideração a CADH conforme interpretada pela CtIDH em seus julgamentos e pareceres consultivos. De acordo com o argumento mencionado anteriormente e a abordagem geral da Corte em relação à doutrina do controle da Convencionalidade, a resposta afirmativa parece ser defensável. Um exemplo reconhecido parece confirmar esse raciocínio. Na interpretação do julgamento do caso *Barrios Altos v. Peru*<sup>45</sup>, a Corte declarou que as leis de anistia são “*per se* uma violação da Convenção pela qual o Estado incorre em responsabilidade internacional”. A passagem tornou-se um importante ponto de referência na jurisprudência da Corte, sendo citada em quase todos os casos em que surgiram questões de leis de anistia.<sup>46</sup>

A última questão coberta pelo Regulamento da Corte refere-se aos efeitos da sentença principal após a apresentação do pedido de interpretação. Originalmente, em relação a uma questão levantada pelas partes, a Corte esclareceu que “o pedido de interpretação apresentado pelo Estado peruano em 13 de outubro de 1999 não suspende os efeitos da sentença de 29 de setembro de 1999 proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.”<sup>47</sup> Finalmente, essa decisão foi incorporada às Regras no Art. 68 (4) que prescreve que “um pedido de interpretação não suspenderá o efeito da sentença”.

## 5 A prática interpretativa de sentenças da Corte: mera interpretação?

Diferentes razões explicam por qual motivo há um número relevante de julgamentos de interpretação na jurisprudência da CtIDH. Um número significativo de questões apresentadas à Corte é geralmente indeferido com base na jurisdição ou na admissibilidade quando o pedido não é preenchido com vistas ao esclarecimento de uma passagem específica da sentença. Embora haja uma crescente consistência na jurisprudência da Cor-

te em relação às questões jurisdicionais e de admissibilidade, também é notável que um número recorrente de pedidos de interpretação continua a ser indeferido com base em fundamentos de admissibilidade (1). Além dessas decisões, a maioria dos pedidos de interpretação considerados admissíveis diz respeito às modalidades de reparação, particularmente resolvendo dúvidas quanto à implementação das sentenças (2).

### 5.1 Jurisdição e admissibilidade

A CtIDH estabeleceu limites em relação a seus poderes jurisdicionais e de admissibilidade. Em relação à jurisdição, a Corte reafirma, constantemente, seus poderes nos termos do artigo 67 da Convenção Americana e enfatiza o fato de que a composição da Corte corresponde tanto quanto possível aos juízes que proferiram a sentença. Quanto à admissibilidade, os requisitos do artigo 68 do Regulamento são uma diretriz, desde que “o objetivo de tal pedido seja exclusivamente determinar o significado de uma decisão quando uma das partes afirma que o texto de seus parágrafos operativos ou suas considerações carecem de clareza ou precisão, desde que tais considerações afetem tais parágrafos operativos.”<sup>48</sup>

A Corte possui uma certa discricão para determinar os pedidos que merecem esclarecimento e as questões que não são admissíveis. Um motivo frequente de inadmissibilidade é qualquer tentativa de utilizar o procedimento de interpretação de sentenças como recurso ou para discutir o cumprimento de reparações. A CtIDH, frequentemente, salienta que “as considerações relacionadas com o cumprimento desta medida de reparação, sua modalidade e como alcançar o objetivo visado pela mesma, podem ser submetidas à consideração da Corte pelo Estado no processo de supervisão do cumprimento da sentença e ser avaliadas pela Corte no referido processo.”<sup>49</sup>

No entanto, essa posição não é absoluta. Em alguns casos, a Corte considera necessário esclarecer um as-

2020 e MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Conventional control the new doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. *American Journal of International Law*, v. 109, p. 93-99, 2015.

<sup>45</sup> CTIDH. *Barrios Altos v. Peru. Pedido de interpretação de decisão de mérito*. Série C, No. 83. 3 de setembro de 2001. par. 18.

<sup>46</sup> BINDER, Christina. The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, v. 12, n. 5, p. 1203, 2003.

<sup>47</sup> CTIDH. *Godínez Cruz v. Honduras. Procedimento de supervisão de cumprimento de decisão*. 10 de setembro de 1996, dispositif.

<sup>48</sup> CTIDH. *Martínez Esquivia v. Colômbia. Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, objeções preliminares e reparação*. Série C, No. 428. 21 de junho de 2021. par. 10; CTIDH. *Comunidades indígenas da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) v. Argentina*. Série C, No. 400. 6 de fevereiro de 2020. par. 11.

<sup>49</sup> CTIDH. *Prisão Miguel Castro Castro v. Peru. Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 181. 2 de agosto de 2008. par. 52.

pecto específico da sentença, mesmo que já fosse suficientemente compreensível na própria decisão. Um *dictum* antigo a esse respeito pode ser encontrado no caso *Blake v. Guatemala*<sup>50</sup>, no qual a Corte assinalou que “mesmo quando o escopo e o significado das disposições da sentença sobre reparações são claros, é útil explicar os pontos levantados pelo Estado a fim de eliminar quaisquer dúvidas sobre o pagamento de despesas de natureza extrajudicial e o reembolso das despesas incorridas no processamento do caso perante o sistema interamericano para a proteção dos direitos humanos”. Essa posição da CtIDH tem a consequência de conceder uma certa discricão para determinar quando é “útil explicar os pontos levantados”, com o objetivo de eliminar dúvidas.

Outros fundamentos de admissibilidade foram desenvolvidos na jurisprudência da Corte. Por exemplo, a Corte declarou que “o direito de apresentar, no momento processual apropriado, argumentos escritos sobre os pedidos de interpretação da sentença acima referida, não implica no direito daqueles que apresentaram pedidos de interpretação de apresentar pedidos adicionais”<sup>51</sup> e que a Corte “não precisa fazer pronunciamentos sobre toda e qualquer questão levantada pelo Estado [...], pois sua intenção não é dissipar dúvidas quanto à interpretação da sentença.”<sup>52</sup>

Por outro lado, em certas ocasiões, a Corte parece conceder uma certa margem de apreciação quanto ao cumprimento de algumas medidas de reparação. Como observou a CtIDH, “a forma pela qual o Estado fará a reparação acima mencionada deve ser decidida pelo próprio Estado, desde que o *espírito* da reparação signifique honrar o nome da vítima.”<sup>53</sup> Em outras circunstâncias, a decisão da Corte sobre a interpretação reafirma que a medida de reparação deve ser determinada pela vítima. Ilustrativamente, no caso *López Soto et al. vs. Venezuela*, a Corte esclareceu que “de acordo com o objetivo com o qual a medida de reparação foi ordenada, Linda Loaiza López Soto deve ser aquela que escolherá a universidade

de na qual ela completará sua formação profissional.”<sup>54</sup> As duas passagens acima revelam um elemento do raciocínio da CtIDH: a finalidade da reparação.

Embora a Corte nunca tenha abordado mais profundamente esse elemento, o texto parece coerente com a estrutura geral de atividade da Corte, que coloca ênfase na eficácia da reparação, enfatizando uma abordagem funcionalista também em relação à função interpretativa.

## 5.2 A interpretação de sentenças *vera e propria*

A Corte fez pronunciamentos esclarecendo questões sobre diferentes tópicos de sua jurisprudência. Apenas algumas regras gerais especificando critérios de interpretação foram estabelecidas nesse processo. Uma expressão frequente nos julgamentos de interpretação lembra que “é necessário que as partes façam uma leitura abrangente do julgamento e não considerem cada parágrafo do julgamento como se fosse independente do resto.”<sup>55</sup> A grande maioria dos casos trata de questões de reparação, e uma abordagem caso a caso parece ser desenvolvida pela Corte ao especificar métodos de restituição e satisfação ou ao detalhar questões de compensação.

É possível reconhecer duas abordagens gerais seguidas pela Corte ao esclarecer trechos das decisões sob solicitação das partes. Por um lado, é possível verificar questões que dão à Corte a oportunidade de especificar e detalhar o nível de precisão exigido pelo contexto da sentença, bem como a incerteza das partes. Nessas ocasiões, a Corte parece se recusar a assumir uma abordagem intrusiva e estabelecer critérios gerais a serem seguidos. Por outro lado, há situações que precisam de definições precisas, então, a Corte deixa pouco espaço para ação por parte dos Estados.

Em uma determinada decisão, a CtIDH foi solicitada a esclarecer os tipos de violência sofridos por uma vítima, para que o Estado pudesse realizar a investigação adequada em relação a esses fatos. A Corte respondeu que competia ao Estado realizar todos os tipos de inves-

<sup>50</sup> CTIDH. *Blake v. Guatemala. Pedido de interpretação de decisão de mérito e custas*. Série C, No. 57. 1 de outubro de 1999. par. 22.

<sup>51</sup> CTIDH. *Acevedo Jaramillo et al. v. Peru. Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 157. 24 de novembro de 2006. par. 25.

<sup>52</sup> CTIDH. *Loayza Tamayo v. Peru. Interpretação da Decisão de Mérito, 8 de março de 1998. Série C, No. 47*. 8 de março de 1998.

<sup>53</sup> CTIDH. *Escué Zapata v. Colômbia. Decisão de reparações e custas*. Série C, No. 178. 5 de maio de 2008. par. 21.

<sup>54</sup> CTIDH. *López Soto et al. v. Venezuela. Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, objeções preliminares e reparação*. Série C, No. 379. 14 de maio de 2019. apr. 17.

<sup>55</sup> CTIDH. *Alvarado Espinoza et al. v. México. Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 381. 30 de agosto de 2019. par. 18.

tigações sobre as alegações da vítima, especificando que elas eram, em sua maioria, mas sem excluir outras modalidades, violações de natureza sexual.<sup>56</sup> Em outro caso, no qual a Corte determinou a necessidade de garantir a revisão judicial a uma das vítimas, o Estado questionou exatamente qual solução poderia estar de acordo com a determinação da Corte. A CtIDH respondeu oferecendo os critérios que deveriam ser levados em conta para esse tipo de procedimento, sem, contudo, estabelecer rigidamente o percurso a ser seguido.<sup>57</sup> Da mesma forma, em um caso em que a Corte constatou uma violação ao direito de propriedade de uma comunidade indígena, decidiu que o Estado deveria realizar a demarcação das terras indígenas em questão, bem como estabelecer um fundo para a aquisição de terras privadas que deveriam ser devolvidas aos povos indígenas (*Comunidade Indígena Yakeje Axa v. Paraguai*). O pedido de interpretação esclareceu o cumprimento dessas obrigações e, diante de dúvidas, a Corte especificou quais seriam as medidas necessárias a serem respeitadas, garantindo também um certo grau de discricionariedade ao Estado.

Outras decisões têm a função de especificar os termos da Corte sobre o método de pagamento.<sup>58</sup> Por exemplo, no caso *Gutiérrez Hernández et al. v. Guatemala*,<sup>59</sup> a Corte, após ser questionada a quem deveria ser paga a indenização por vítimas desaparecidas, estabeleceu que essa “deve ser entregue diretamente a seus herdeiros, de acordo com a legislação doméstica aplicável”. Outros exemplos dizem respeito à determinação dos destinatários de cada medida de reparação determinada pela Corte.<sup>60</sup> Na mesma linha, em outras decisões, a Corte é chamada para determinar o cálculo do *quantum* devido pelo Estado.

A prática selecionada revela que ambas as abordagens são úteis para as partes. Por outro lado, também é conveniente que a Corte estabeleça normas gerais que serão aplicadas em decisões subsequentes, mantendo alguma discricionariedade para determinar até onde a interpretação poderia ir em relação à precisão da conduta a ser adotada pelo Estado para cumprir a sentença.

## 6 Considerações finais: as funções de interpretação de uma decisão na jurisprudência da CtIDH

Um exame da prática de interpretação de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos revela que o instrumento se distingue de modo claro de, pelo menos, outros três mecanismos ou categorias processuais disponíveis à Corte que visam cumprir com o dever de motivação a qual está submetida. Tais mecanismos têm como objetivo assegurar o cumprimento da sentença ou corrigir erros decorrentes de redação ou cálculos incorretos, bem como revisar a sentença diante de uma mudança fundamental da situação das partes decorrente da insurgência de um novo fato pertinente. Por sua vez, o pedido de interpretação está circunscrito ao direito das partes de ter trechos específicos da decisão esclarecidos de forma contextualizada ao restante do texto. Esse esclarecimento deve facilitar a implementação eficaz da decisão pelo Estado, embora caiba à Corte oferecê-lo uma discricionariedade maior ou menor na escolha dos meios para tanto. Logo, o mecanismo de interpretação, em última análise, visa preservar a própria eficácia dos meios de reparação impostos pela Corte, sem, contudo, infringir, excessivamente, sobre a margem de escolha dos Estados sobre os meios de cumprimento e implementação da sentença de acordo com sua realidade nacional.

Além disso, a decisão de interpretação opera funções diferentes dentro do procedimento. Antes de tudo, a Corte Interamericana procura cumprir sua função judicial e oferecer precisamente os parâmetros e normas a serem observados no momento da execução da sentença de modo a possibilitar seu cumprimento eficaz pelo Estado condenado. Consequentemente, ao emitir a decisão, ela já contribui, de forma positiva, para o cumprimento das sentenças. Contudo, o processo de interpretação subsequente também revela um incremento

<sup>56</sup> CTIDH. *J. v. Peru. Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 102. 20 de novembro de 2014. par. 21.

<sup>57</sup> CTIDH. *Wong Ho Wing v. Peru. Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 313. 22 de junho de 2016. par. 17; CTIDH. *Comunidades indígenas da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) v. Argentina*. Série C, No. 400. 6 de fevereiro de 2020. dispositivo 2.

<sup>58</sup> Ver, por exemplo: CTIDH. *Atala Ríffo e filhas v. Chile. Pedido de interpretação de decisão de mérito, reparação e custas*. Série C, No. 254. 2012. par. 21; CTIDH. *Gudiel Álvarez et al. (Diário Militar) v. Guatemala. Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, reparações e custas*. Série C, No. 262. 19 de agosto de 2013. par. 52.

<sup>59</sup> CTIDH. *Gutiérrez Hernández et al. v. Guatemala. Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 357. 22 de agosto de 2018. par. 27.

<sup>60</sup> CTIDH. *Carvajal Carvajal et al. v. Colômbia. Decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 352. 13 de março de 2018. par. 14-18.

relativo na transparência do processo judicial na Corte Interamericana. Como a Corte observou no caso *El Amparo v. Venezuela*, “a transparência dos procedimentos [...] é reforçada pelo esclarecimento, quando assim considerado apropriado, do conteúdo e do escopo de seus julgamentos, dissipando assim quaisquer dúvidas a respeito deles, e que não podem ser contestados por considerações meramente formais.”<sup>61</sup> O aumento da transparência, por sua vez, reforça a confiabilidade da Corte diante de seus “clientes”, os próprios Estados, na medida em que estes enxergam o mecanismo de interpretação como um modo de cooperação com a Corte no processo de implementação da sentença. Isso é um ativo precioso para a estabilidade da Corte como tribunal regional em um cenário de *backlash* a expansão gradual de sua competência, pois propõe um mecanismo de engajamento com os Estados capaz de “ajudar o sistema a enfrentar formas de resistência.”<sup>62</sup>

Por outro lado, o alto número de tentativas de rediscutir questões de mérito no âmbito do procedimento de interpretação pode ser indicativo de uma necessidade das partes perante o sistema — isto é, de um processo mais abrangente de revisão judicial capaz de rediscutir a sentença mediante colocações das partes posteriormente à decisão. Difícil distinguir uma necessidade legítima de participação dos Estados na construção da função judicial da Corte quanto às formas de reparação para violações de direitos humanos ou quanto aos padrões protetivos por ela estabelecidos de mais uma tentativa de se esquivar de sua jurisdição. É certo, todavia, que a futura jurisprudência de interpretação de sentenças da Corte deve se confrontar com o crescente apelo à Corte para revisar suas sentenças ao invés de tão somente interpretá-las. Grande desafio a essa tendência é o fato de que a jurisprudência consistente sobre jurisdição e admissibilidade excluiu a possibilidade de utilizar o procedimento de interpretação de sentenças como um processo de revisão judicial.

<sup>61</sup> CTIDH. *El Amparo v. Venezuela. Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 46. 16 de abril de 1997. par. 1.

<sup>62</sup> CONTESSÉ, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *Yale Journal of International Law*, v. 44, n. 2, p. 179, 2018.

## Referências

ALESSANDRI, Pablo. Saavedra The Role of the Inter-American Court of Human Rights in Monitoring Compliance with Judgments. *Journal of Human Rights Practice*, v. 12, n. 1, p. 178, 2020.

ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial approaches to human rights violations: The Inter-American Court of Human Rights and beyond. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, p. 351, 2007.

ATTANASIO, David L. Extraordinary Reparations, Legitimacy, and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 37, p. 813, 2015.

AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (ed.). *The interpretation of international law by domestic courts: Uniformity, diversity, convergence*. Oxford University Press, 2016.

BERNHARDT, Rudolf. Reform of the control machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol no. 11. *American Journal of International Law*, v. 89, n. 1, p. 145-154, 1995.

BINDER, Christina. The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, v. 12, n. 5, p. 1203, 2003.

BROWN, Chester. *A Common Law of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context*. Paris: Pedone, 2020.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CASSEL, Douglas. The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights. In: FEYTER, Koen de; PARMEN-TIER, Stephan; BOSSUYT, Marc; LEMMENS, Paul (ed.). *Out of the ashes: reparations for gross violations of human rights*. Cambridge: Intersentia, 2005.

CANNIZARO, Enzo (org.) *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CONTESSÉ, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *Yale Journal of International Law*, v. 44, n. 2, p. 179, 2018.

- CONTESSÉ, Jorge. The Rule of Advice in International Human Rights Law. *American Journal of International Law*, v. 115, n. 3, p. 367, 2021.
- CTIDH. Acevedo Jaramillo *et al.* v. Peru. *Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 157. 24 de novembro de 2006.
- CTIDH. Alvarado Espinoza *et al.* v. México. *Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 381. 30 de agosto de 2019.
- CTIDH. Associação Nacional de Funcionários Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) v. Peru. *Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 413. 8 de outubro de 2020.
- CTIDH. Atala Riffo e filhas v. Chile. *Pedido de interpretação de decisão de mérito, reparação e custas*. Série C, No. 254. 2012.
- CTIDH. Blake v. Guatemala. *Pedido de interpretação de decisão de mérito e custas*. Série C, No. 57. 1 de outubro de 1999.
- CTIDH. Barrios Altos v. Peru. *Pedido de interpretação de decisão de mérito*. Série C, No. 83. 3 de setembro de 2001.
- CTIDH. Barrios Altos v. Peru. *Procedimento de supervisão de cumprimento de decisão*. 22 de novembro de 2002.
- CTIDH. Cantoral Huamaní e García Santa Cruz v. Peru. *Pedido de interpretação de decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 176. 28 de janeiro de 2008.
- CTIDH. Carvajal Carvajal *et al.* v. Colômbia. *Decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 352. 13 de março de 2018.
- CTIDH. Cesti Hurtado v. Peru. *Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 86. 27 de novembro de 1999.
- CTIDH. Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai. *Decisão de interpretação sobre a decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 142. 6 de fevereiro de 2006.
- CTIDH. Comunidade Moiwana v. Suriname. *Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 145. 8 de fevereiro de 2006.
- CTIDH. Comunidades indígenas da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) v. Argentina. *Série C, No. 400*. 6 de fevereiro de 2020.
- CTIDH. El Amparo v. Venezuela. *Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 46. 16 de abril de 1997.
- CTIDH. Escué Zapata v. Colômbia. *Decisão de reparações e custas*. Série C, No. 178. 5 de maio de 2008.
- CTIDH. Fernández Ortega *et al.* v. México. *Decisão de interpretação de decisão sobre objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 224. 15 de maio de 2011.
- CTIDH. Genie Lacayo v. Nicarágua. *Aplicação para revisão judicial da decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 45. 13 de setembro de 1997.
- CTIDH. Godínez Cruz v. Honduras. *Procedimento de supervisão de cumprimento de decisão*. 10 de setembro de 1996.
- CTIDH. Gudiel Álvarez *et al.* (Diário Militar) v. Guatemala. *Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, reparações e custas*. Série C, No. 262. 19 de agosto de 2013.
- CTIDH. Gutierrez Hernández *et al.* v. Guatemala. *Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 357. 22 de agosto de 2018.
- CTIDH. J. v. Peru. *Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 102. 20 de novembro de 2014.
- CTIDH. Juan Humberto Sánchez v. Honduras. *Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares*. Série C, No. 102. 26 de novembro de 2003.
- CTIDH. López Soto *et al.* v. Venezuela. *Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, objeções preliminares e reparação*. Série C, No. 379. 14 de maio de 2019.
- CTIDH. Martínez Esquivia v. Colômbia. *Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, objeções preliminares e reparação*. Série C, No. 428. 21 de junho de 2021.
- CTIDH. Massacres de El Mozote e área adjacentes v. El Salvador. *Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 264. 19 de agosto de 2013.
- CTIDH. Meninas Yean e Bosico v. República Dominicana. *Decisão de interpretação de decisão sobre objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 156. 23 de novembro de 2006.
- CTIDH. Prisão Miguel Castro Castro v. Peru. *Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 181. 2 de agosto de 2008.

- CTIDH. Rosadio Villavicencio v. Peru. *Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 414. 8 de outubro de 2020.
- CTIDH. Valle Jaramillo v Colômbia. *Decisão de interpretação sobre decisão de mérito, reparações e custas*. Série C, No. 201. 7 de julho de 2009.
- CTIDH. Velásquez Rodríguez v Honduras. *Decisão de interpretação sobre decisão de reparações e custas*. Série C, No. 09. 17 de agosto de 1990.
- CTIDH. Wong Ho Wing v. Peru. *Decisão de interpretação sobre decisão de objeções preliminares, mérito, reparações e custas*. Série C, No. 313. 22 de junho de 2016.
- CTIDH. Loayza Tamayo v. Peru. *Interpretação da Decisão de Mérito, 8 de março de 1998*. Série C, No. 47. 8 de março de 1998.
- D'ASPREMONT, Jean. The Multidimensional Process of Interpretation: Content Determination and Law-Ascertainment Distinguished. In: BIANCHI, Andres; PEAT, Daniel; WINDSOR, Matthew (ed.). *Interpretation in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- DUMBERRY, Patrick. Le recours en interprétation des arrêts de la Cour internationale de justice et des sentences arbitrales. *Revue quebécoise de droit international*, v. 13, p. 201, 2000
- FÁUNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- GARDINER, Richard K. *Treaty interpretation*. Oxford University Press, USA, 2015.
- HENNEBEL, Ludovic; TIGROUDJA, Hélène. *Traité de droit international des Droits de l'homme*. Paris: Pedone, 2016.
- HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 2, p. 493, 2011.
- HUNEEUS, Alexandra; MADSEN, M. Between Universalism and Regional Law and Politics: A Comparative History of the American, European, and African Human Rights Systems. *International Journal of Constitutional Law*, v. 16, n. 1, p. 136, 2018.
- KLERK, Yvonne. Protocol No. 11 to the European Convention for Human Rights: a drastic revision of the supervisory mechanism under the ECHR. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 35-46, 1996.
- KULICK, A. 'Article 60 ICJ Statute, Interpretation Proceedings, and the Competing Concepts of Res Judicata?'. *Leiden JIL*, v. 28, p. 73-89, 2015.
- KULICK, Andreas. Article 60 ICJ Statute, interpretation proceedings, and the competing concepts of res judicata. *Leiden Journal of International Law*, v. 28, n. 1, p. 73-89, 2015.
- LIMA, Lucas Carlos; FELIPPE, Lucas Mendes; A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Derechos Humanos através de opiniões consultivas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 21, p. 125, 2021.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Conventionality control the new doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. *American Journal of International Law*, v. 109, p. 93-99, 2015.
- MARINO, Tiago Fuchs; CARVALHO, Luciani Coimbra de. A Doutrina da Res Interpretata no Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Diferenciais, Potencialidades e Desafios. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 8, n. 16, p. 75-94, 2020.
- MAROTTI, Loris. *Il doppio grado di giudizio nel processo internazionale*. Milão: Giappichelli, 2020.
- MECHLEM, Kerstin. Treaty bodies and the interpretation of human rights. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 42, p. 905, 2009.
- NOLLKAEMPER, André. *National courts and the international rule of law*. Oxford University Press, 2011.
- NUNO, Alejandra. Artículo 67. In: STEINER, C.; FUCHS, M. C.; URIBE, P. *Convención America sobre Derechos Humanos: comentario*. Berlim: KAS, 2019.
- OEA. *Actas y Documentos de la Conferencia Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969*. OAS/Ser.K/XVI/1.2, 1969.
- OEA. *American Convention on Human Rights*. United Nations Treaty Series 1144, adotada em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor em 18 de julho de 1978.
- OEA. *Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, adotada em 28 de novembro de 2009.

- OEA. *Statute of the Inter-American Court of Human Rights, adotada em outubro de 1979*.
- PASQUALUCCI, Jo M. Victim reparations in the Inter-American Human Rights System: a critical assessment of current practice and procedure. *Michigan Journal of International Law*, v. 18, p. 1, 1996.
- PASQUALUCCI, Jo. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- RAO, Chandrasekhara; GAUTIER, Philippe. *The International Tribunal for the Law of the Sea*. Londres: Elgar International, 2018.
- ROSENNE, Shabtai. *Interpretation, Revision, and Other Recourse from International Judgments and Awards*. Leiden: Brill, 2007.
- RUBIO-MARTIN, Ruth; SANDOVAL, Clara. Engendering the reparations jurisprudence of the Inter-American court of human rights: The promise of the cotton field judgment. *Human Rights Quarterly*, v. 33, p. 1062, 2011.
- RUIZ-FABRI, Hélène; SOREL, J. M. (ed.). *La motivation des décisions des juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2008.
- SOREL, Jean-Marc; RUIZ-FABRI, Hélène (org.). *La motivation des décisions de juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2008.
- TIGROUDJA, Hélène; HENNEBEL, Ludovic. *The American Convention of Human Rights: A Commentary*. Oxford : Oxford University Press, 2022.
- TRANCHANT, B. 'L'arrêt rendu par la CIJ sur la demande en interprétation de l'arrêt Avena (Mexique c. états-Unis d'Amérique)'. *AFDI*, v. 55, 2009, p. 191–220.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The Operation of the Court (1979-1996). In: HARRIS, D.; LIVINGSTONE, S. (ed.). *The Inter-American System of Human Rights*. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1998.
- ÚBEDA DE TORRES, Amaya; BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *The Inter American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- VENZKE, Ingo. The Role of International Courts as Interpreters and Developers of Law: Working Out the Jusgenerative Practice of Interpretation. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 34, p. 99-132, 2011.
- VISSCHER, C. *Problemas d'interprétation judiciaire en droit international public*. 1963.
- ZIMMERMANN, A. 'Interpretation of Judgments of the International Court of Justice under Art. 60 of the Statute of the ICJ'. In: ZEHETNER, F. (ed.). *Festschrift für Hans-Ernst Folz*. 2003. p. 407–425.
- ZIMMERMANN, Andreas; THIENEL, Tobias. Article 60. In: ZIMMERMANN, Andreas; TAMS, Christian; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian. *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- ZULOAGA, Patricia Palacios. Judging Inter-American human rights: the riddle of compliance with the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 42, p. 392, 2020.



**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Treaty regime of ocean  
fertilization: gaps and solutions**

**Regime do Tratado de  
Fertilização Oceânica: lacunas e  
soluções**

Zahra Mahmoodi Kordi

Masume Gholami Miansarayi

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**

# Treaty regime of ocean fertilization: gaps and solutions\*

## Regime do Tratado de Fertilização Oceânica: lacunas e soluções

Zahra Mahmoodi Kordi\*\*

Masume Gholami Miansarayi\*\*\*

### Abstract

The international community has been trying to regulate ocean fertilization technology as a new geoengineering technique to deal with climate change for about a decade. During this period, some strategies have been proposed by international jurist to govern this technology in the international law Regime. These solutions have been mainly driven from the available treaties such as Convention on the Law of the Sea, the Framework Convention on Climate Change, the Convention on Biological Diversity, and the London Convention Dumping Regime. There is no doubt that treaties are considered one of the primary and traditional sources of international law, as well as a means of creating rights and obligations for subjects of international law. Treaties are widely recognized as one of the most suitable forms for law-making and regulation in the framework of international law. Due to their efficient and expeditious approach to law-making, the significance of their role in shaping new rules of International Law continues to grow steadily. Despite the continuous and rapid advances in science and technology, contemporary international law faces new challenges in various fields, one of which is related to regulating new technologies such as ocean fertilization. The most important question in this issue is whether the capacity of existing treaties can be utilized for regulating ocean fertilization technology. The authors of the article hypothesize that although it is better to have scattered rules than none at all, treaties that have directly or indirectly addressed this technology have their weaknesses and gaps due to issues such as ignoring the benefits of fertilization as one of the emerging technologies to deal with climate change, ambiguities existing in defining the critical concepts related to this technology, content inconsistency, and neglecting the position of private actors. Therefore, these treaties do not fully represent the current situation, and the result will be incomplete regulation. Hence, in the present study, it is shown that International community needs to regulate ocean fertilization technology with a dedicated document, but until then, soft law capacities can be utilized for its regulation. Soft law tools are beneficial, especially when solutions are unclear, and their voluntary nature encourages participation by governments and non-state actors. Accordingly, Data collection of this research is library method and the procedure is descriptive analytical.

\* Recebido em 10/04/2023  
Aprovado em 21/06/2023

\*\* Doctor of Public International Law at Shahid Beheshti University, Iran. Assistant Professor at Mazandaran University, Iran.  
Email: z.mahmoudi@umz.ac.ir

\*\*\* Master of International Law at Mazandaran University.  
Email: masume\_gholami@yahoo.com

**Keywords:** ocean fertilization; climate change; environment; treaty regime; shortcomings; solution.

## Resumo

A comunidade internacional tem tentado regulamentar a tecnologia de fertilização dos oceanos como uma nova técnica de geoengenharia para lidar com as alterações climáticas há cerca de uma década. Durante este período, algumas estratégias foram propostas para governar tais atividades na falta de um regime jurídico. Estas soluções foram impulsionadas principalmente pelos tratados disponíveis, como a Convenção sobre o Direito do Mar, a Convenção-Quadro sobre Alterações Climáticas, a Convenção sobre a Diversidade Biológica e o Regime de Dumping de Londres. Embora a disponibilidade de tais soluções seja tão valiosa, elas não representam totalmente a situação actual. Tal problema advém da ignorância dos benefícios da fertilização como uma das tecnologias emergentes para lidar com as mudanças climáticas, das ambiguidades existentes na definição dos conceitos críticos relacionados a esta tecnologia, da inconsistência de conteúdo e da negligência da posição dos atores privados. Assim, no presente estudo, mostra-se que a comunidade internacional deveria tentar estabelecer um documento específico para a fertilização dos oceanos, de forma parcial ou geral, para superar tais inconvenientes. Mas, uma vez que tal processo é tão demorado, as capacidades da legislação não vinculativa podem ser utilizadas para regular as atividades de fertilização dos oceanos. A aplicação de soft law será muito útil, especialmente na situação actual em que os problemas da fertilização dos oceanos e as suas soluções ainda são desconhecidos. Sem dúvida, é altamente provável que a natureza voluntária da legislação não vinculativa conduza a um maior envolvimento dos governos. Além disso, a sua flexibilidade permite a participação de intervenientes não estatais. Nesse sentido, a coleta de dados desta pesquisa é pelo método bibliotecário e o procedimento é analítico descritivo.

**palavras chave:** fertilização dos oceanos, alterações climáticas, ambiente, regime do tratado, deficiências, soluções

## 1 Introduction

Climate change has remarkably increased over the last few years. Besides, the adopted traditional measures have not been able to deal with this phenomenon appropriately. Therefore, the attention of the international community has shifted to a new method called geoengineering (climate engineering). Geoengineering is a set of deliberate large-scale technological interventions proposed to balance climatic change.<sup>1</sup> Geoengineering methods are often low-cost, easy, and fast-impact methods. Among these methods, ocean fertilization, a marine geoengineering method<sup>2</sup>, has been considered more by policymakers, scientists, and jurists.

The Ocean and climate change are closely related. Since 1970, oceans have absorbed more than 90 percent of the energy stored by global warming and about 30 percent of the emitted carbon dioxide.<sup>3</sup> Thus, not only do they play a vital role in preserving the planet's life, but also they are one of the largest carbon reservoirs in the world. The biological pump's process is one of the essential mechanisms of the oceans to change the concentration of carbon dioxide in the atmosphere. The biological pump transports organic and mineral carbon from the ocean's surface to the depths. It should be noted that the physiology of phytoplankton and the structure of the marine community affect the performance of this process. Phytoplankton needs sunlight, nutrients (macronutrients such as nitrogen and micronutrients like iron), carbon dioxide, and water to grow similar to land plants. The production of organic matter from mineral molecules by photosynthesis is called primary production. Most of this primary product is consumed by marine life or decomposed by bacteria and returned

<sup>1</sup> THE ROYAL Society Report: geoengineering the climate: science, governance and uncertainty. 2009. p. 1-81.

<sup>2</sup> Marine geoengineering methods carried out in the sea are called marine geoengineering. According to Clause 5 of Article 1 of the 2013 amendment of the London Protocol, marine geoengineering is a deliberate intervention in the marine environment to manipulate natural processes, including dealing with climate change of human origin or its effects, as well as processes that have the ability to lead to the harmful impacts, especially where these effects are widespread, prolonged or severe.

<sup>3</sup> BODANSKY, Daniel. The ocean and climate change law: exploring the relationships. In: BARNERS, R.; LONG, R. (ed.). *Frontiers in international law: oceans and climate challenges: essays in honor of David Freestone*. Brill Publisher, 2020. p. 1-30. and see: Working Group I Contribution to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge University Press. 2014. p. 1-30.

to the ocean's surface. Otherwise, they are moved to the depths and stored there.<sup>4</sup>

Research conducted over the past few decades has shown that although about 30% of the world's oceans contain a high amount of macronutrients, they have very low chlorophyll. In this condition, photosynthesis and primary production will noticeably reduce. Based on the conducted research, the lack of micronutrients such as iron is one of the factors involved in this condition. In 1980, John Martin discovered that fertilization of the ocean by iron could increase its carbon dioxide absorption.<sup>5</sup> This technology, which tries to utilize micronutrients to boost the biological pumps of the oceans and thus boost carbon absorption, is called ocean fertilization.

So ocean fertilization seeks to increase the absorption of carbon dioxide by the ocean and ultimately deal with global warming. Countering global warming, increasing of the fish resources, promote marine scientific research and the carbon trade have been cited as potential benefits of ocean fertilization, but in addition to these benefits, the possibility of environmental problems such as ocean acidification, toxic algal blooms<sup>6</sup> and anoxia<sup>7</sup> is not out of the question. Until now, 13 experiments have been performed on ocean fertilization<sup>8</sup>. But, despite all the advantages and disadvantages of this technology, it has not been implemented widely yet. This issue increases the importance of explaining and analyzing the position of this technology in the context of international environmental law sources. According to the available research, ocean fertilization is the only marine geoengineering method that can be regulated by the current treaty rules. However, it is debatable if the existing treaties will be able to provide a comprehensive regime is.

<sup>4</sup> BASU, Samarпита; MACKEY, Katherine. Phytoplankton as key mediators of the biological carbon pump: their responses to a changing climate. *Sustainability*, v. 10, n. 3, p. 1-18, 2018.

<sup>5</sup> SVERDRUP, K. A.; DUXBURY, A. B.; DUXBURY, A. C. *Fundamentals of oceanography*. 5. ed. New York: McGraw-Hill College, 2004.

<sup>6</sup> In the process of fertilizing the oceans, toxic algal blooms may occur as a result of Eutrophication or an excess of nutrients (iron).

<sup>7</sup> Anoxia means a complete reduction in oxygen levels and a severe state of hypoxia.

<sup>8</sup> see YOON, Joo-Eun et al. Reviews and syntheses: ocean iron fertilization experiments: past, present, and future looking to a future Korean Iron Fertilization Experiment in the Southern Ocean (KIFES) project. *Biogeosciences*, v. 15, p. 5847-5889, 2018.

So the present study analyzes the treaty regimes applicable to ocean fertilization through a descriptive-analytical approach to answer the research question. These treaties can be classified into two categories. The first category includes global conventions or framework-convention, which are broad and global in terms of geographical scale, scope, and performance. They have widespread application and specify general laws and principles for government activities in the world's oceans. The second category comprises various partial treaties developed in environmental areas and specific to environmental issues, such as the 1972 Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes or Other Matter. The study identifies the strengths and weaknesses of each treaty and proposes solutions to address shortcomings and desirable models for treaty regulation to prove the authors' hypothesis.

The present paper is arranged as follows. In Section 2, the treaties whose provisions can be applied to the ocean fertilization are investigated. Section 3, illustrate the identified gaps in the current regime. In section 4, the solutions to eliminate these gaps are described. Finally, Section 5, concludes our findings.

## 2 The treaty regime governing the ocean fertilization

According to the investigations, the documents such as the Climate Change Framework Convention and the UN Convention on the Law of the Sea are placed in the ocean fertilization treaty regime owing to their thematic connections. These treaties contain general commitments regarding the protection of the environment, which can also be applied to ocean fertilization. On the other hand, the London Dumping Regime and the Convention on Biological Diversity are treaties playing more specific and explicit roles in regulating ocean fertilization. In the following, the methods of regulating ocean fertilization by the mentioned treaties have been reviewed.

### 2.1 Fertilizers as pollutant

The Convention on the Law of the Sea is described as the Constitution of the Seas owing to its thematic comprehensiveness and the rate of countries' partici-

pation.<sup>9</sup> This treaty provides a legal framework for international cooperation in the field of the seas. It sets out the rights and obligations of members in the conduct of any maritime activity by which it governs all the matters relating to the sea from differentiation to environmental monitoring, scientific research, commercial activities, economic, technological, and dispute resolution. Thus, this convention also seems to be the starting point for identifying applicable laws and regulations for activities such as ocean fertilization. Nevertheless, due to the novelty of this technology and its absence at the convention's ratification stage, no rules have been set about it. However, based on the general definition of pollution described in Article 1 and the provision in Article 196, the Convention on the Law of the Sea can be applied to oceans fertilization in the operational phase. In addition, according to the content of the provisions of Section 13, it can be used for the experimental phase. It should be noted that this argument is based on the fact that iron and micronutrients used to fertilize are considered pollutants.

Pollution is the entry of any substance or energy that will definitely or possibly have harmful effects (1.1.4). Therefore, the fertilization process is a kind of marine contamination and is prohibited if it leads to definite or possible harmful effects on marine life and living resources. Based on Article 196, members must take the necessary measures to control and prevent pollution caused by the technology. Although the nature of such measures is not distinctly expressed in the article, the prevention and control of marine pollution caused by any technology, including fertilization, is the responsibility of member countries<sup>10</sup>. Moreover, while the oceans fertilization is at the test and research stage, the thir-

teenth section of the Convention, the rules governing scientific research, can be applied to this technology.

In Article 240, many criteria have been mentioned for conducting scientific research at sea, including being peaceful, using appropriate methods and tools, not obstructing the legitimate use of the sea, and observing all regulations, especially environmental regulations. Among these criteria, it is hard to ensure that the method of fertilization is appropriate and its application does not violate environmental regulations relating to the protection of the seas, including part 12 of the Convention<sup>11</sup>. Because, there is no scientific certainty about the environmental consequences of this technology. Based on the current knowledge, ocean fertilization is highly likely to lead to adverse environmental impacts such as ocean acidification, marine ecosystem restructuring, and marine biodiversity destruction.<sup>12</sup>

## 2.2 Ocean dumping of fertilizers

The London Convention aiming to prevent marine pollution by dumping waste and other matters at sea was approved in 1972. Later on, an additional Protocol aiming to eliminate the gaps in this Convention was approved in 1996. The London Convention and Protocol are among the few Conventions that have directly sought to regulate ocean fertilization. These documents are the most significant elements of the ocean fertilization treaty regime. Generally, the definition of the London Protocol on the dumping waste at sea, the list of permitted materials, the element of volume of waste discharged, the need for prevention in cases of uncertainty, and resolutions adopted by the members are the main criteria of these two treaties for regulating ocean fertilization, which shows a more precise structure than other related documents. Here, there are three issues that should be explained as follow:

i) According to the first paragraph of Section 4 of Article 1 of the Protocol, the deliberate disposal or storage of any "waste" or "other material" by ships, aircraft, platforms, or other manufactured structures at sea or in its seabed is prohibited. Indeed, iron micronu-

<sup>9</sup> NOORI, Mansoor Poor; HABIBI, Mohammad. *International law of the sea: Convention on the Law of the Sea 1982*. Tehran, 2006.

<sup>10</sup> It should be noted that some jurists, considering the broad definition of the convention of disposal, which includes any kind of intentional dumping of waste or other substances in the sea (Part A, Clause 5, Article 1), believe that fertilizers like iron and other micronutrients that are used in fertilization, thus governments are not only prohibited from disposing of them in the sea but also obliged to reduce the environmental pollution that results from their disposal, according to Article 210. There are however problems with this argument, since according to part (b) of the same provision, even if adding micronutrients is equivalent to disposal, Article 210 does not cover it because, firstly, the disposal of micronutrients is not solely for disposal but serves other purposes, and secondly, based on current knowledge, it is not contrary to the objectives of the Law of the Sea Convention.

<sup>11</sup> DU, Haomiao. *An international legal framework for geoengineering managing the risks of an emerging technology*. New York: Routledge, 2018.

<sup>12</sup> see WILLIAMSON, Phillip *et al.* Ocean fertilization for geoengineering: a review of effectiveness, environmental impacts and emerging governance. *Process Safety and Environmental Protection*, v. 90, n. 6, p. 479-482, 2012.

trients can be classified as “other substances”. However, the second paragraph of Section 4 of this article immediately describes the cases that are not considered waste disposal. One of these exceptions is the placement of any material for purposes except disposal provided that do not conflict with the protocol’s aims (i.e., protecting the marine environment, improving the sustainable use of its resources, and preventing pollution). Since adding iron to the water aims to separate the carbon dioxide and store it in the depths of the ocean, it locates within the scope of this exception. However, due to the scientific uncertainties, the negative effects of this technology on the marine environment and marine living resources are still unknown. Thus, the fertilization technology cannot be allowed with referring to such an exception. Moreover, the results of some studies demonstrate that the addition of iron to the sea can lead to many adverse consequences such as the spread of toxic algae, endangering the marine<sup>13</sup> ecosystem, and oxygen reduction. All of the consequences have a conflict with the goal of the London Protocol. In addition, the Protocol commits members to take preventive measures in the absence of explicit scientific evidence.<sup>14</sup>

ii) Regarding the first annex of the London Protocol, the disposal of any substance at sea (excluding the eight exceptions mentioned in the annex) is prohibited. Among these permitted exceptions, inert, inorganic geological material and organic material of natural origin might be used in the fertilization process<sup>15</sup>. Nevertheless, the need for a general permit for members of the London Convention and Protocol to carry out small-scale fertilization experiments and special permits when the volume of materials is extensive should be pointed out (Under the first annex of the protocol and the second annex of the London Convention). There-

<sup>13</sup> ABATE, Randall S. Ocean iron fertilization: science, law, and uncertainty. In: BURNS, Wil C. G.; STRAUSS, Andrew L. (ed.). *Climate change geoengineering: philosophical perspectives, legal issues, and governance frameworks*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 221-241.

<sup>14</sup> GERRARD, Michael; HESTER, Tracy. *Climate engineering and the law: regulation and liability for solar radiation management and carbon dioxide removal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

<sup>15</sup> Carbon dioxide separated by phytoplankton blooms in the process of fertilization of the oceans is buried as organic matter (remains of phytoplankton), which means that it can be considered the organic matter of natural origin, and more importantly, according to No. 5 of the List, iron is clearly considered as a mineral geological material, but there is no general consensus about whether it can be considered ineffective.

fore, a license is still required, even if the used materials are on the list of allowed materials for disposal.

iii) It is defective to explain the approach of the London Convention and Protocol without addressing the measures of member states aimed at controlling ocean fertilization. Member states commenced their actions in 2008 and issued a resolution defining ocean fertilization<sup>16</sup> and emphasizing that it is only allowed for small-scale scientific research. Afterward, in 2010, while announcing the inconsistency of ocean fertilization technology with the objectives of the convention and the Protocol, they set the initial evaluation framework for conducting scientific research related to fertilization by resolution LC-LP.2 (2010). An essential part of this framework emphasizes the need for environmental assessment for scientific research, such as considering an appropriate site for experiments, assessing possible environmental impacts, etc. The regulated framework obliges members to act with caution and refrain from continuing the project if environmental impacts are anticipated.

Eventually, in 2013, the members of the London Protocol illustrated their determination to make the Protocol the first mandatory marine geoengineering document by approving the amendment to the London protocol.<sup>17</sup> <sup>18</sup> If the amendment enters into force, the treaty regime governing the oceans fertilization will undergo fundamental changes, and the current ambiguities of the protocol will be removed. For instance, marine geoengineering will be formally defined (1. 5bis). Besides, the addition of materials to the sea by ships, aircraft, platforms, or other manufactured structures to carry out marine geoengineering activities shall be prohibited (6bis.1) unless the necessary permission is obtained. Furthermore, the prerequisites for obtaining a permit will be non-contradiction with the protocol’s objectives and conducting environmental impact assessments.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> In this resolution, it is stated that fertilization refers to the process of stimulating primary production in the oceans besides normal aquaculture and artificial reef building.

<sup>17</sup> AMENDMENT to The 1996 Protocol to The Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter, 1972 to Regulate Marine Geoengineering, 2013.

<sup>18</sup> There are only five countries that have adopted it as of 2019.

<sup>19</sup> GINZKY, Harald. Marine geo-engineering. In: SALOMON, M.; MARKUS, T. (ed.). *Handbook on marine environment protection*. New York: Springer International Publishing AG, 2018. p. 997-1011.

## 2.3 Threat to marine biodiversity

The Convention on Biological Diversity was adopted in 1992. The majority of the world's countries are members of this convention. One of the main goals of the Convention is the conservation of biodiversity, and the sustainable use of its components. Since marine ecosystems and aquatic are a kind of biodiversity, ocean fertilization can alter the marine biodiversity by changing the marine food chain and increasing the acidity of water. One of the important innovations of the Convention on Biological Diversity in regulating the technology of ocean fertilization is that it includes activities carried out in areas outside the jurisdiction of states (high seas)<sup>20</sup>. Moreover, criteria such as control and management of activities that have significant adverse impacts on biodiversity (8.3), assessment of environmental effects of projects that may have severe detrimental effects on biodiversity (14.1(a)), ratification of Bilateral, regional and multilateral agreements for the purpose of informing, exchanging information and consulting on the transboundary effects of activities threatening biodiversity (14.1.(c)) are among the criteria applicable by this Convention to the activities of members in the field of ocean fertilization.

Although the provisions of the Convention are so important, the efforts made by the Conference of the Parties<sup>21</sup> to regulate ocean fertilization should not be overlooked. The Conference of the Parties to the convention has adopted two specific decisions on ocean fertilization. Regarding the decisions made by the Conference of the parties in 2008, 2010, 2012, and 2016, it is clear that consistently want members and other states to refrain from activities related to ocean fertilization, as long as there is not enough scientific basis for the projects' justification. They made the decisions based on the precautionary approach and the substance of Article 14 of the Convention. Additionally, the mentioned scientific basis includes environmental risk assessment for biodiversity and related social, economic, and cultural impacts and a transparent and effective control and regulatory mechanism. However, according to the viewpoint of the members of the Convention on Biological

Diversity, scientific research conducted on a small scale, in coastal waters, and in a controlled setting, intending to collect scientific data, and not for commercial purposes is an exception.<sup>22</sup>

It can be concluded that the Convention on Biological Diversity has taken a preventative approach in the face of large-scale ocean fertilization owing to the hazard that such activities may bring to marine biodiversity.

## 2.4 Stabilization of greenhouse gas concentration

The United Nations treaty regime on Climate Change includes the Framework Convention on Climate Change, the Paris Agreement, and the Kyoto Protocol. The Convention on Climate Change's purpose is to stabilize the concentration of greenhouse gases at a level that prevents dangerous interference by human activities with the climate (Using Article 2). The aim of the Paris Agreement is to reduce global temperatures by holding the increase of the global average temperature to well below 2°C above pre-industrial levels and pursuing efforts to limit the temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels. One of the most important goals of ocean fertilization is to stabilize the concentration of greenhouse gases, reduce the carbon rate, and consequently decrease the earth's temperature.<sup>23 24</sup> Hence, this technology's goal is compatible with the nature of the Framework Convention and Paris Agreement. Also, the Kyoto Protocol seems to have a positive view of ocean fertilization as one of the carbon dioxide removal technologies because the protocol has encouraged countries to use such technologies. But the problem is that the protocol considers safety to be a condition for the application of these technologies.<sup>25</sup> This crite-

<sup>20</sup> BRENT, Kerry; BURNS, Wil; MCGEE, Jeffrey. *Governance of marine geoengineering*: special report. Centre for International Governance Innovation, 2019.

<sup>21</sup> See LAJAUNIE, Claire; MAZZEGA, Pierre. Mining CBD. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 276-290, 2016.

<sup>22</sup> KEANE, Kevin. *Towards a new climate ethic: international law, ethics and geoengineering in the Anthropocene*. 2020. Thesis (Master's in Public International Law) – Elferink Utrecht University, 2020.

<sup>23</sup> JOHANSEN, Elise. Ocean fertilization. In: *THE LAW of the sea and climate change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 184-205.

<sup>24</sup> See NGUYEN, Yen Thi Hong; NGUYEN, Dung Phuong. The efforts to respond to climate change and implementation of the Sustainable Development Goals (SDGS) from the hardest-affected countries: Vietnam case analysis. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 164-191, 2022.

<sup>25</sup> DU, Haomiao. *An international legal framework for geoengineering managing the risks of an emerging technology*. New York: Routledge, 2018.

tion is not applied to ocean fertilization in the current situation.

Furthermore, the third paragraph of Article 3 of the United Nations Framework on Climate Change Convention (UNFCCC) calls on the parties to take precautionary measures to anticipate, prevent or minimize the causes of climate change and reduce its adverse effects. Even scientific uncertainty should not be a reason to delay such measures. Tedsen et al. believe that Article 3 is considered in the context of preventive measures, given that ocean fertilization reduces the significant cause of climate change, namely global warming.<sup>26</sup> In addition, Article 4.1. (b) refers to the need to eliminate greenhouse gas emission sources from human activities by using sinks to absorb these gases. Also, paragraph (d) explicitly mentions oceans as one of the pivotal reservoirs of absorption and reminds us of the importance of strengthening them.

Based on the mentioned goals and provisions, it can be declared that ocean fertilization is one of the new technologies to deal with climate change that even developing countries can utilize<sup>27</sup>. The only limitation of the technology is the criterion of safety emphasized by the Kyoto Protocol. Thus, this technology has grabbed the attention of the treaty regime on climate change.

### 3 Major gaps in the ocean fertilization treaty regime

As shown, the treaty regime applicable to ocean fertilization to regulate this technology faces many gaps and shortcomings that will be discussed in the following.

#### 3.1 Fragmentation of treaty framework to ocean fertilization

Fragmentation is a prominent feature of the issue containing different regimes. The diversity of regulatory instruments in international environmental law has led to fragmentation in the regulation of issues in this

branch of international law, including environmental technologies such as ocean fertilization.<sup>28</sup> As noted, each treaty looks at the technology according to its matter, scope, goals, and even codification timing, resulting in inconsistencies in implementation. This situation is even more complicated for states that are parties to more than one treaty. An example to illustrate this point is the inconsistency between the London Protocol approach and the Convention on Biological Diversity. Comparing these two documents, we find that the attitude of the Convention on Biological Diversity is more restrictive than the London Protocol. Besides, large-scale experiments under the Convention on Biological Diversity are not justified, and small-scale experiments are only allowed in coastal waters. In addition, the convention prohibits ocean fertilization for commercial purposes, an issue not specified in other treaties.<sup>29</sup>

The lack of coordination between the climate change treaty regime and other regulatory treaties is another important issue. The Framework on Climate Change Convention and the Paris Agreement have a positive view of ocean fertilization as a method of carbon dioxide removal (the most important of which is to stabilize greenhouse gas concentrations). Also, The Kyoto Protocol welcomes this technology, providing it is safe. In contrast, the Convention on the Law of the Sea, the London Dumping Regime, and the Convention on Biological Diversity seek to prohibit this technology by relying on objectives such as protecting the marine environment from pollutants and disposed materials and the sustainable use of marine biodiversity.

#### 3.2 Disregarding the private sector

Since traditional international law is a state-centered law, they have the initiative in fulfilling international obligations over the non-state actors. International law regulates the behavior of private actors indirectly through the imposition of obligations on governments to accept responsibility for their behavior or the imposition of few direct regulations on specific issues (e.g., the

<sup>26</sup> TEDSEN, Elizabeth; HOMANN, Gesa. Implementing the precautionary principle for climate engineering. *Carbon & Climate Law Review*, v. 7, n. 2, p. 90-100, 2013.

<sup>27</sup> VEDANT, Dikshit. Ocean fertilization as a method to mitigate the climate change. In: GUPTA, A. (ed.). *Conservation, sustainability, and environmental justice in India*. London: Lexington Books, 2021.

<sup>28</sup> BIERMANN, Frank; PATTERBERG, Philipp; VAN ASSELT, Harro; ZELLI, Fariborz. The fragmentation of global governance architectures: a framework for analysis. *Global Environmental Politics*, v. 9, n. 4, p. 14-40, 2009.

<sup>29</sup> RADCLIFFE, Saadi. Geoengineering: ocean iron fertilization and the law of the sea. *LIM research paper*, p. 1-61, 2014.



foreign investment system)<sup>30</sup>. But technology is one of the new ones affected by non-governmental actors (individuals and companies). As an emerging technology, there is no exception for ocean fertilization. However, there is no international legal standard that directly regulates the actions of private sectors concerning ocean fertilization.<sup>31</sup> Since the regulations are only for member states and there is no regulation to monitor and control the activities of the private sector under their jurisdiction, it can be declared that the treaty regime does not indirectly include non-governmental actors.

Consequently, private sectors can engage in ocean fertilization activities without being legally and internationally responsible due to the silence of these documents. It is even possible for private sectors to act under the supervision of non-member states or members of treaties. Naturally, in states that are potentially affected by climate change, the tendency to apply this technology is undeniable.<sup>32</sup> However, based on the provisions of the Convention on the Law of the Sea, particularly Article 153.2, in the field of technologies and operations to exploit seabed resources, four entities are competent to exploit. These entities include the Enterprise of International Seabed Authority, States Parties to the Convention, natural or legal persons (which possess the nationality of States Parties or are effectively controlled by them or their nationals), and international organizations.

Under this framework, States can obtain a mining license directly from the authority through membership in the Convention on the Law of the Sea. So, they are committed to implementing the Convention, ratifications, and regulations adopted by the International Seabed Authority. Since mining requires high technology and notable investment, governments usually prefer to act in the form of supporters of private individuals (natural and legal). In this regard, the Convention on the Law of the Sea has established a mechanism called sponsoring, covering the problem of individuals as passive subjects of international law and forming the relationship between the protecting state and the contrac-

tors under its protection. Therefore, private individuals with the support of the Sponsoring State can participate in this field while complying with the Convention and its regulations. It should be noted that private individuals should have either the nationality of States Parties to the Convention or be under their effective control. Overall, the support mechanism can be an effective model for regulating the activities of private sectors in the field of ocean fertilization in the future.

### 3.3 Neglecting the capability of ocean fertilization to deal with climate change

Ocean fertilization can be one of the effective ways to deal with the adverse consequences of climate change. The fertilization experiments performed so far demonstrate that although this technology cannot solely cope with climate change, its positive effects are undeniable. However, most regulatory and applicable treaties have viewed this technology negatively, relying on its potential adverse effects without considering its possible benefits.

One of the most important criticisms of these documents is the ban on small-scale ocean fertilization. Although the first intent was to respect this technology as valuable scientific research within the framework of the London Dumping Regime, the recent international actions show the prohibition of small-scale activities. Certainly, such measures reduce the motivation for further research. Branson argues that we cannot fully assess ocean fertilization's positive and adverse environmental impacts as long as the experiments do not go beyond research. According to Branson, the legal framework governing this technology prohibits scientific groups from conducting responsible experiments that can provide vital information to humans.<sup>33</sup> This problem is even more evident in the Convention on Biological Diversity than in the London Dumping Regime.

As expressed, the decisions made by the Conference of the Parties have also limited this technology. Such decisions have provoked the objection of many individuals interpreting the restrictions as legal bans. For example, the Intergovernmental Oceanographic Commission of the UNESCO, a member of the Convention

<sup>30</sup> WILSON, Grant. Murky waters: ambiguous international law for ocean fertilization and other geoengineering. *Texas International Law Journal*, p. 1-40, 2014.

<sup>31</sup> CLAUDIO, Cavieze; REVERMANN, Christoph. *Climate engineering, endbericht zum TA-Projekt geoengineering*. 2014.

<sup>32</sup> BRANSON, Michael C. A green herring: how current ocean fertilization regulation distracts from geoengineering research. *The Santa Clara Law Review*, v. 54, n. 1, p. 163-200, 2014.

<sup>33</sup> BRANSON, Michael C. A green herring: how current ocean fertilization regulation distracts from geoengineering research. *The Santa Clara Law Review*, v. 54, n. 1, p. 163-200, 2014.

on Biological Diversity, has criticized these decisions owing to imposing unnecessary restrictions on valid scientific activities.<sup>34</sup> In this regard, one of the criticisms is that the size criterion of ocean fertilization projects with iron is not an appropriate criterion for deciding on approval or disapproval of these activities.<sup>35</sup>

### 3.4 Ambiguity in some fundamental concepts

One of the most critical issues in treaties is addressing the concepts playing pivotal roles in determining the scope of members' obligations. Ambiguity in the scope of such concepts will create problems in the treaty's practical implementation, in addition to causing disagreement over its implementation. This problem is quite evident in the treaties governing ocean fertilization. Lack of clarity in fundamental concepts such as pollution and inert minerals, along with the lack of a formal definition of ocean fertilization, has obscured the regulation of this technology. It seems that the current definitions have an old approach and are inconsistent with the new developments.

The main ambiguity is whether the micronutrients entering the ocean during the fertilization can be considered polluting under the Convention on the Law of the Sea or can be considered as disposal according to the definition proposed by the London dumping regime. In order to address this vagueness, two items should be considered. Firstly, the definition of pollution<sup>36</sup> does not present clear evidence to consider micronutrients as a pollutant. Additionally, according to this definition, the creation of destructive effects is the only indicator that can be viewed as a pollutant. Due to the scientific uncertainty about the environmental impacts of ocean fertilization, there is no consensus on whether this technology is subject to the definition of pollution or not.

<sup>34</sup> UNESCO. *Report on the IMO London Convention Scientific Group Meeting on Ocean Fertilization*. Ad Hoc Consultative Group on Ocean Fertilization, Intergovernmental Ocean Commission (IOC). UNESCO Doc. IOC/INF-1247, 2008.

<sup>35</sup> BRODER, Sherry P. International governance of ocean fertilization and other marine geoengineering activities. In: ESPOSITO, Carlos; KRASKA, James; SCHEIBER, Harry N.; KWON, Moon-Sang (ed.). *Ocean law and policy: twenty years of development under the UNCLOS regime*. Nijhoff: Brill, 2017. p. 305-343.

<sup>36</sup> According to part 4 paragraph 1 of article 1, marine environmental pollution is: "The direct or indirect entry of substances or energy by humans into the marine environment, including estuaries, which leads to destructive effects such as damage to living resources and marine life and creates risks for Human health."

The source of such disagreement is the ambiguity of the definition of pollution. Secondly, the same objection applies to the concept of inert minerals in the London dumping regime.

One of the main reasons advocates claim that ocean fertilization is legitimate is to cite the annexed list of the London Protocol (list of authorized substances). The London Protocol positively lists discarded substances in this list, with the sixth article devoted to inert minerals. The challenging issue is whether the iron used to fertilize the oceans can be considered an inert substance or not. Chemists have taken a hard line on this, arguing that "inert" means that matter has no chemical reaction. However, scientists working in ocean fertilization focus on the toxicity of the substance and consider its ineffectiveness as a relative concept. On the one hand, opponents of ocean fertilization claim that the entrance of iron into the sea is for phytoplankton blooms. If the bloom of phytoplankton leads to biological damage, iron micronutrients will no longer be viewed as an inert substance. Hence, its disposal will not be allowed. On the other hand, the advocates believe that iron is an inert substance and its disposal is permitted<sup>37</sup>. The lack of transparency in the meaning of the "inert substance" term and the inefficiency of the annex are the main sources of this disagreement, which highlight the necessity to prepare a specific document.

## 4 Suggested solutions

In order to overcome the current gaps in the ocean fertilization regime, many practical solutions are introduced in this section. It should be noted that the proposed solutions may have both benefits and drawbacks described in the following.

### 4.1 A new binding instrument

As many policymakers believe, countries require coordinated regulatory responses to the challenges posed by emerging technologies such as cybersecurity, artificial intelligence, nanotechnology, and geoengineering. International treaties are important tools to make such

<sup>37</sup> SCOTT, Karen N. Regulating ocean fertilization under international law: the risks. *Carbon and Climate Law Review*, v. 7, n. 2, p. 108-116, 2013.

coordination. Since the measures taken by the governments may have transboundary and even global effects, the prevention of unilateral fertilization of the oceans is one of the main reasons for the need to adopt harmonized regulations. Another reason to be taken into consideration is the equitable sharing of responsibility for achieving an international goal, such as dealing with climate change. Without an international agreement, some countries are highly likely to act passively and rely only on the measures of others. Another significant reason for concluding an independent treaty is the issue of transnational and global impacts of fertilization technology. Thus, making a new treaty can be suggested as one of the best ways to address the challenges of the current legal regime, which can eliminate its shortcomings.

The new treaty must bridge the gap by involving non-state actors in the negotiation process and anticipating commitments from the governments and individuals by relying on the experience of the deep-seabed exploitation regime. At the same time, it provides an opportunity for decision-makers to assess the environmental advantages and disadvantages of ocean fertilization technology. The proposed treaty will be a valuable opportunity to overcome the current shattered views. Furthermore, it is a tool that can properly provide adequate information about the following items:

- the ocean fertilization definition
- large and small-scale fertilizations
- the condition for obtaining a license for the technology
- conducting fertilization in coastal waters and the high seas
- the status of the Flag of convenience
- the responsibility of the individuals and governments involved in the process
- the prevailing international and environmental principles

However, no one can deny that introducing a new treaty in international law is generally along with various hardships. Firstly, since political issues may affect the negotiations to conclude such a treaty, it is hard to attain an appropriate result. Secondly, according to the disagreements between the governments currently engaged in global warming mitigation methods, there will be a low chance of successful implementation of new

approaches and related treaties. Thirdly, the positions of countries that benefit from the commercialization of ocean fertilization<sup>38</sup> should be determined. Such industrialized and powerful governments will not be willing to restrict themselves easily through an international treaty. The unsuccessful attempts of United Nation Environment Programme (UNEP) to issue a resolution based on geoengineering frankly illustrates the difficulty of concluding an international treaty. At the 2019 session of the UNEP Assembly, a draft resolution prepared by Switzerland was presented. The specific purpose of this draft was the need to assess the state of geoengineering technologies and their regulation using confirmed and potential governance. But the draft resolution was severely opposed by the paramount fossil fuel producing countries, including the United States, Saudi Arabia, and Brazil.<sup>39</sup>

#### 4.2 A new protocol to the UNFCCC

Another way to fill in the gaps of the current legal regime is the accession of a new protocol to the Climate Change Convention. This convention that deals with climate change and guarantees global participation is one of the most appropriate instruments to regulate ocean fertilization. Moreover, acceding a protocol to a treaty is much more accessible than the conclusion of an independent treaty. The approving background of the Climate Change Convention on the regulation of relevant instruments such as the 1997 Kyoto Protocol and the 2015 Paris Agreement is an evidence for this treaty's capacity to create new instruments.

Ocean fertilization technology is in line with the purpose of the Climate Change Convention (i.e., stabilization of greenhouse gas concentration), and its mechanisms (e.g., encouraging Parties to accelerate their efforts to fund and access to environmentally sound technologies) can be applied to ocean fertilization. Consequently, considering the current infrastructures, regulating ocean fertilization in the form of a protocol accession to the Climate Change Convention could be

<sup>38</sup> In addition to helping to deal with global warming, ocean fertilization also has commercial benefits, including increased fish stocks and carbon trading. So far, the commercialization of ocean fertilization has attracted the attention of many private actors and some industrialized countries such as the United States.

<sup>39</sup> PERSPECTIVES on the UNEA Resolution. 2019. Available at: <https://geoengineering.environment.harvard.edu/blog/perspectives-unea-resolution>. Access in: 18 oct. 2022.

an important step in reducing the political expenses of concluding a new treaty. Simultaneously, it can eliminate the mentioned gaps like an independent treaty.

### 4.3 Create coordination between current documents

Another regulatory alternative is to align the content of applicable treaties. As mentioned, one of the gaps in the current treaty regime is the conflict between various treaties with different goals. It seems that by setting up joint working groups or concluding cooperation agreements between different institutions, it is possible to provide the condition for regulating ocean fertilization by current documents. The synergy process between the Basel, Stockholm, and Rotterdam conventions is a successful example. In this case, a joint working group was established between the three conventions to build the capacity of governments to manage hazardous chemicals and waste thanks to the initiative of the UNEP, which resulted in satisfactory cooperation<sup>40</sup>. This successful practice could be a model for regulating ocean fertilization. Institutions such as the UNEP, the International Maritime Organization, and the World Meteorological Organization can play an important role in establishing joint working groups to converge in this field. It is worth mentioning that establishing partnerships between different institutions will not necessarily lead to increased cooperation, as many factors like the competition between institutions can be an obstacle to this.<sup>41</sup>

### 4.4 Soft law

Although the treaty approaches proposed in the previous sections seem to be desirable options, in practice, they are not easy to implement due to their dependence on the will of governments. Experience has shown that concluding universal documents about emerging technologies is complex and time-consuming due to different economic, social, and political. For instance, in the early 21st, although the United Nations tried to

draft an international convention banning human cloning, this attempt was not successful. Such efforts have failed mainly due to the lack of consensus on cloning's definition and the lack of agreement on the executive approach.

Currently, there is no treaty in international law to address the challenges posed by geoengineering technology in general and fertilization in particular. In addition, the prospect of adopting such regulations is unclear in the near future. Therefore, soft law can be a temporary solution to achieve international harmonization. The broader tools of soft law than hard law and the differences in its constituent entities (e.g., the governments, international organizations, and private actors) can lead to greater flexibility, greater compliance, a wider range of rules and, an increasing participation rate. The high flexibility of soft law compared to binding rules will create fewer barriers to the future development of ocean fertilization technology. Also, the informal nature of these legal rules makes them relatively easier to amend, which an important feature according to the conditions prevailing in emerging technologies that are constantly changing. In the following, the soft law which is presented so far to regulate geoengineering research in general and can be applied to ocean fertilization is investigated.

#### 4.4.1 Asilomar Principles

The publication of the fourth assessment report of the intergovernmental panel on climate change and the growing demands of the international community to investigate geoengineering led to the holding of the Asilomar International Conference on Geoengineering Technology in 2010<sup>42</sup>. This conference led to setting five principles as follows:

(a) Promoting collective benefit: Promoting the collective benefit of humankind and the environment must be the primary goal of research conducted to develop and evaluate the potential of geoengineering technologies, including ocean fertilization. So, the result should be moderating or reversing the effects of climate change.

<sup>40</sup> KUOKKANEN, Tuomas; YULIA, Yam Ineva. Regulating geo-engineering in international environmental law. *Carbon and Climate Law Review*, v. 7, n. 3, p. 161-167, 2013.

<sup>41</sup> KUOKKANEN, Tuomas; YULIA, Yam Ineva. Regulating geo-engineering in international environmental law. *Carbon and Climate Law Review*, v. 7, n. 3, p. 161-167, 2013. p. 166.

<sup>42</sup> This conference is one of the actions that have been taken in order to deal with climate change, and more than 170 experts from 15 countries around the world were present.

(b) Responsibility and liability: The governments should take responsibility for managing and overseeing large-scale geoengineering research activities having the potential to make significant environmental changes and, if necessary, establish new mechanisms for handling them. These mechanisms should create a structure and regulations for the management of scientific research. Meanwhile, in the occurrence of destructive consequences, they should determine who is responsible for the consequences and how to compensate for them.

(c) Participation in research: Geoengineering research should be conducted openly and preferably with the participation of all countries and in a framework comprising widespread international support.

(d) Risk assessment: This principle emphasizes independent and continuous technical assessments of research progress. All geoengineering research activities, including ocean fertilization, which have the potential to affect the environment, are subject to risk assessment. Assessing potential and unintended consequences, impacts, and risks will help policymakers make better decisions.

(e) Public participation: In order to ensure that international and intergenerational geoengineering consequences are considered, public participation should be provided in the planning, monitoring, evaluating, and developing of decision-making mechanisms.<sup>43</sup>

#### 4.4.2 GESAMP 41 Guidelines

In 2016, the United Nations Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection (GESAMP) formed a working group to investigate the potential ecological and social impacts of marine geoengineering. The task of this group is to provide advice to the International Maritime Organization and the parties to the London Convention and Protocol. The working group released its first report in March 2019, including an initial review of twenty-seven marine geoengineering techniques. This report emphasized efficiency, practicality, side effects, current knowledge

<sup>43</sup> ASOC. Asilomar Scientific Organizing Committee. *The Asilomar Conference Recommendations on Principles for Research into Climate Engineering Techniques*. Washington, DC: Climate Institute, 2010. Available at: <http://www.climateactionfund.org/images/Conference/final-finalreport.pdf>.

gaps, verification, and potential environmental, social, and economic impacts. In this report, the main recommendation is to establish a coordinated framework for the performance of marine geoengineering activities and the integration of independent expert evaluations. In addition, the report contains three suggestions for future measures as follows:

- The need for further analysis: Undoubtedly, to conduct future measures as well as possible, issues such as the potential environmental, social, and economic effects of various marine geoengineering techniques on the marine and atmospheric environment require more investigations.
- Providing an appropriate framework: Achieving an efficient and appropriate framework for scientific evaluation is a challenging task requiring a great deal of effort.
- The need for a more comprehensive assessment: It is essential that the assessment comprises social, political, economic, environmental, and moral dimensions.

Overall, the report argues that marine geoengineering approaches should be based on definitive science and then developed in a way that is useful and acceptable to society.<sup>44</sup>

#### 4.4.3 Code of conduct governing the geoengineering research

For the first time, the Royal Society called for a code of conduct governing the geoengineering research. It includes a set of recommendations to the international scientific community that provide a governance framework for such research.<sup>45</sup> Finally, after several years of study, in October 2017, a code of conduct was developed for responsible geoengineering research, including ocean fertilization. The purpose of the rules is to monitor and guide geoengineering research. These

<sup>44</sup> BOYD, Philip; VIVIAN, Chris (ed.). GESAMP. Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection. *High level review of a wide range of proposed marine geoengineering techniques*. London: International Maritime Organization Albert Embankment, 2019. SE1-7SR.

<sup>45</sup> THE ROYAL Society Report: geoengineering the climate: science, governance and uncertainty. 2009. p. 1-81.

rules are considered a vital step in the emerging field of ocean fertilization. The role of the code of conduct in this area can be examined in several ways as follows:

- Provide specific principles and procedures to prevent and minimize adverse environmental effects of fertilization experiments.

Since initial small-scale fertilization experiments are not subject to international rules of prevention owing to the lack of significant risk of damage, codes of conduct are an excellent tool for monitoring such experiments. At the same time, this is in line with the growing trend of using the best environmental methods for conducting responsible scientific research. In this regard, Article 6 of the Code of Conduct, entitled Principles and Methods of Responsibility, stipulates that research should be conducted responsibly, in accordance with these rules as well as the provisions of international law. All appropriate measures should be taken to prevent and minimize the risks of outdoor experiments and maximize their benefits. Hence, a cautious and step-by-step approach should be considered. Experiments should be performed utilizing the best available scientific methods and tools. Meanwhile, disruption of further legitimate activities, including other research studies, should also be avoided.

- Promote international cooperation in the field of scientific research on ocean fertilization.

As discussed, ocean fertilization technology can affect the global environment if the governments put it into practice. However, most research has been conducted in the United States, Germany, and the United Kingdom. There is a need for broad, inclusive, and equitable participation in research to facilitate conscious decision-making for all countries. This technology requires international agreement, and codes of conduct can play a gradual influential role in informing and coordinating national and international measures and achieving global cooperation, resulting in a comprehensive understanding of the potential risks and benefits of geoengineering technologies, including ocean fertilization. In this regard, Article 5 of the Code of Conduct stipulates that all international actors (including governments, international organizations, and private actors) must cooperate to promote the responsible conduct of marine geoengineering research under international law. Promoting international justice is possible by increasing the capacity of developing countries and supporting de-

cision-making in the form of joint programs to provide scientific and technical education.

- Paying attention to the principles of international environmental law in research.

Codes of conduct should be interpreted and implemented under the principles and rules of international environmental law. The principles include sustainable development (based on equity and common but different responsibilities), cooperation in good faith, dominance over natural resources, considering the principle of non-harmful use of land, prevention, precaution, informing, and consulting with countries that are potentially affected (Article 3 of the Code of Conduct).

- Prohibition of ocean fertilization on a large scale until scientific certainty is achieved.

Based on Article 4, no large-scale activity should be carried out unless there are sufficient scientific reasons to justify geoengineering activities according to the environmental impacts. Therefore, only responsible geoengineering research can be conducted under all applicable laws, regulations, and the guidance in this Code of Conduct.<sup>46 47</sup>

## 5 Conclusion

Ocean fertilization technology is a geoengineering technique newly introduced to deal with climate changes. Since there is no consensus about the effectiveness of this novel technology against global warming and its adverse environmental consequences, it is necessary to establish a legal regime governing this technology. In this regard, some jurists believe that it is possible to form a legal regime to manage this technology by conventions related to international environmental law and the law of the sea. Nevertheless, such laws provide only a basic framework. Because, they are very interpretable due to their vagueness. In addition, they frequently involve a general phraseology. It should be noted that among the related treaties, there are only two documents including the Convention on Biological Diver-

<sup>46</sup> HUBERT, Anna-Maria. *A code of conduct for geoengineering research*. 2017. Available at: <https://www.c2g2.net/code-conduct-promote-geoengineering-governance/>. Access in: 15 sep. 2022.

<sup>47</sup> HUBERT, Anna-Maria. *Code of conduct for responsible geoengineering research: an interim report of the Geoengineering Research Governance Project (GRGP)*. 2017.

sity and London Dumping Regime, in which there is a direct indication of ocean fertilization technology. On top of all that, the 2013 Amendment to the London Protocol, the most important effort of the international community to regulate ocean fertilization, has not been implemented yet.

It is undeniable that the current treaty regime suffers from many problems including fragmentation and conflict between regulatory treaties, inattention to the role of non-state actors, and neglecting the advantages of ocean fertilization in coping with climate changes. Thus, it is essential to overcome such problems by introducing practical strategies. In this regard, coordination of the current documents, concluding a new treaty, acceding a protocol to the Climate Change Framework Convention, and applying the capabilities of soft laws are some important strategies. Such strategies can be divided into three main categories including long-term, medium-term and short-term strategies.

Obviously, concluding a document focusing on ocean fertilization, whether as an independent treaty or in the form of a Protocol annexed to the Framework Convention on Climate Change, is highly likely to overcome many of these problems. However, despite all benefits, the experience of regulating other technologies and countering the resolution proposed by the Switzerland government to UNEP have confirmed that reaching consent and agreement between the governments is the main obstacle against this strategy. Generally, coordinating the will of countries' leaders on complex issues such as technology is a time-consuming and challenging process due to the conflict of interests. Hence, this strategy is a long-term strategy that can map the future's directions. Besides, coordination of current documents can be considered as a medium-term option by the international community. The successful experience in the coordination of documents relating to chemical and hazardous waste management has demonstrated that it is possible to overcome the current documents' points of differentiation by creating joint working groups. Moreover, further fragmentation of the legal regime can be prevented while providing appropriate conditions for simultaneous implementation of the current documents. However, this strategy also depends on the willpower of the governments. Accordingly, soft law instruments can partially fill the gap in the lack of harmonized regulations.

Based on the obtained results, soft laws have comprised many advantages. First of all, in spite of all criticisms, soft laws can be considered as a proper format for regulating ocean fertilization, especially in the current situation where we are at the beginning of its regulation. Secondly, the governments can accept and implement such laws more readily owing to their non-binding and voluntary nature. Another benefit is the pluralistic nature of these laws contrary to the treaty and custom, which means not only don't they depend merely on the will of the governments, but also they value the participation of private actors. Additionally, soft laws provide the basis for transnational negotiations and facilitate international coordination. Finally, it can also fill the gaps caused by the lack of international regulations to conduct scientific research on fertilization.

Currently, several soft laws such as the Asilomar principles, GESAMP guidelines, and the code of conduct governing geoengineering research have been developed to regulate and monitor the behavior of governmental and non-governmental actors conducting fertilization research. Consequently, observance of the international environmental law's principles such as prevention, risk assessment, cooperation, informing and participation has been considered in this field. Furthermore, essential legal issues like considering the public interest, compensation liability and prohibition of ocean fertilization until scientific certainty about the environmental effects of this technology have also been regarded. Although ocean fertilization technology is beneficial to cope with climate changes, the content of the current soft laws indicates that monitoring the research related to this technology until achieving scientific certainty is crucial due to its potential environmental damages.

## References

- ABATE, Randall S. Ocean iron fertilization: science, law, and uncertainty. *In*: BURNS, Wil C. G.; STRAUSS, Andrew L. (ed.). *Climate change geoengineering: philosophical perspectives, legal issues, and governance frameworks*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 221-241.
- AMENDMENT to the 1996 Protocol to The Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dum-

- ping of Wastes and other Matter, 1972 to Regulate Marine Geoengineering, 2013.
- ASOC. Asilomar Scientific Organizing Committee. *The Asilomar Conference Recommendations on Principles for Research into Climate Engineering Techniques*. Washington, DC: Climate Institute, 2010. Available at: <http://www.climate-responsefund.org/images/Conference/finalfinalreport.pdf>.
- BASU, Samarпита; MACKAY, Katherine. Phytoplankton as key mediators of the biological carbon pump: their responses to a changing climate. *Sustainability*, v. 10, n. 3, p. 1-18, 2018.
- BIERMANN, Frank; PATTBERG, Philipp; VAN ASSELT, Harro; ZELLI, Fariborz. The fragmentation of global governance architectures: a framework for analysis. *Global Environmental Politics*, v. 9, n. 4, p. 14-40, 2009.
- BODANSKY, Daniel. The ocean and climate change law: exploring the relationships. In: BARNERS, R.; LONG, R. (ed.). *Frontiers in international law: oceans and climate challenges: essays in honor of David Freestone*. Brill Publisher, 2020. p. 1-30.
- BOYD, Philip; VIVIAN, Chris (ed.). GESAMP. Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection. *High level review of a wide range of proposed marine geoengineering techniques*. London: International Maritime Organization Albert Embankment, 2019. SE1-7SR.
- BRANSON, Michael C. A green herring: how current ocean fertilization regulation distracts from geoengineering research. *The Santa Clara Law Review*, v. 54, n. 1, p. 163-200, 2014.
- BRENT, Kerry; BURNS, Wil; MCGEE, Jeffrey. *Governance of marine geoengineering: special report*. Centre for International Governance Innovation, 2019.
- BRODER, Sherry P. International governance of ocean fertilization and other marine geoengineering activities. In: ESPÓSITO, Carlos; KRASKA, James; SCHEIBER, Harry N.; KWON, Moon-Sang (ed.). *Ocean law and policy: twenty years of development under the UNCLOS regime*. Nijhoff: Brill, 2017. p. 305-343.
- CLAUDIO, Cavieze; REVERMANN, Christoph. *Climate engineering, endbericht zum TA-Projekt geoengineering*. 2014.
- DU, Haomiao. *An international legal framework for geoengineering managing the risks of an emerging technology*. New York: Routledge, 2018.
- GERRARD, Michael; HESTER, Tracy. *Climate engineering and the law: regulation and liability for solar radiation management and carbon dioxide removal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- GINZKY, Harald. Marine geo-engineering. In: SALOMON, M.; MARKUS, T. (ed.). *Handbook on marine environment protection*. New York: Springer International Publishing AG, 2018. p. 997-1011.
- HUBERT, Anna-Maria. *A code of conduct for geoengineering research*. 2017. Available at: <https://www.c2g2.net/code-conduct-promote-geoengineering-governance/>. Access in: 15 sep. 2022.
- HUBERT, Anna-Maria. *Code of conduct for responsible geoengineering research: an interim report of the Geoengineering Research Governance Project (GRGP)*. 2017.
- JOHANSEN, Elise. Ocean fertilization. In: THE LAW of the sea and climate change. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 184-205.
- KEANE, Kevin. *Towards a new climate ethic: international law, ethics and geoengineering in the Anthropocene*. 2020. Thesis (Master's in Public International Law) – Elferink Utrecht University, 2020.
- KUOKKANEN, Tuomas; YULIA, Yam Ineva. Regulating geoengineering in international environmental law. *Carbon and Climate Law Review*, v. 7, n. 3, p. 161-167, 2013.
- LAJAUNIE, Claire; MAZZEGA, Pierre. Mining CBD. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 276-290, 2016.
- NGUYEN, Yen Thi Hong; NGUYEN, Dung Phuong. The efforts to respond to climate change and implementation of the Sustainable Development Goals (SDGS) from the hardest-affected countries: Vietnam case analysis. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 164-191, 2022.
- NOORI, Mansoor Poor; HABIBI, Mohammad. *International law of the sea: Convention on the Law of the Sea 1982*. Tehran, 2006.
- PERSPECTIVES on the UNEA Resolution. 2019. Available at: <https://geoengineering.environment.har>



vard.edu/blog/perspectives-unea-resolution. Access in: 18 oct. 2022.

RADCLIFFE, Saadi. Geoengineering: ocean iron fertilization and the law of the sea. *LIM research paper*, p. 1-61, 2014.

SCOTT, Karen N. Regulating ocean fertilization under international law: the risks. *Carbon and Climate Law Review*, v. 7, n. 2, p. 108-116, 2013.

SVERDRUP, K. A.; DUXBURY, A. B.; DUXBURY, A. C. *Fundamentals of oceanography*. 5. ed. New York: McGraw-Hill College, 2004.

TEDSEN, Elizabeth; HOMANN, Gesa. Implementing the precautionary principle for climate engineering. *Carbon & Climate Law Review*, v. 7, n. 2, p. 90-100, 2013.

THE ROYAL Society Report: geoengineering the climate: science, governance and uncertainty. 2009.

UNESCO. *Report on the IMO London Convention Scientific Group Meeting on Ocean Fertilization*. Ad Hoc Consultative Group on Ocean Fertilization, Intergovernmental Ocean Commission (IOC). UNESCO Doc. IOC/INF-1247, 2008.

VEDANT, Dikshit. Ocean fertilization as a method to mitigate the climate change. In: GUPTA, A. (ed.). *Conservation, sustainability, and environmental justice in India*. London: Lexington Books, 2021.

WILLIAMSON, Phillip *et al.* Ocean fertilization for geoengineering: a review of effectiveness, environmental impacts and emerging governance. *Process Safety and Environmental Protection*, v. 90, n. 6, p. 479-482, 2012.

WILSON, Grant. Murky waters: ambiguous international law for ocean fertilization and other geoengineering. *Texas International Law Journal*, p. 1-40, 2014.

WORKING Group I contribution to the fifth assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

YOON, Joo-Eun *et al.* Reviews and syntheses: ocean iron fertilization experiments: past, present, and future looking to a future Korean Iron Fertilization Experiment in the Southern Ocean (KIFES) project. *Biogeosciences*, v. 15, p. 5847-5889, 2018.

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**Early access to a legal assistance within criminal proceedings in european jurisdictions: "England & Wales as a case study"**

**Acesso antecipado a assistência jurídica em processos penais em jurisdições europeias: "Inglaterra e País de Gales como estudo de caso"**

Bassim Jameel Almusawi

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**

# Early access to a legal assistance within criminal proceedings in european jurisdictions: “England & Wales as a case study”\*

## Acesso antecipado a assistência jurídica em processos penais em jurisdições europeias: “Inglaterra e País de Gales como estudo de caso”

Bassim Jameel Almusawi\*\*

### Abstract

The main purpose of this article is to evaluate the existing law and practice regarding the right of a suspect of access to a legal assistance in England & Wales. The study analyses this conferred right by taking a procedural approach to assess whether the English criminal justice system is in line with European human rights guarantees in criminal proceedings, particularly the European Convention on Human Rights, to which the United Kingdom is a state party. The current study focuses on the right of access to a legal assistance, and doctrinal legal research was adopted in the conduct of this research, and both primary and secondary data sources were assessed. The paper critically analyses the relevant legal rules, case law as well as looking at other European jurisdictions and intentional human rights norm, with special reference to the jurisprudence of European Court of Human Rights (ECtHR) so that the right of access to a legal assistance in criminal justice system in England & Wales can be critically analysed. The key findings unearthed by the current study are that even with the many welcome identified guarantees that have been made to respect the present right of a suspect in England & Wales, however, it remains clear that the English criminal justice system is still under considerable shortage, which need further suggested reforms to be made. The study found certain weaknesses between the law and working practice. The present study concludes that further reform is required in order to ensure implementing the rule of law during every day working practice.

**Keywords:** legal assistance; fair trial; European Jurisprudences; England & Wales; criminal proceedings.

### Resumo

O principal objetivo deste artigo é avaliar a legislação e a prática existentes relativamente ao direito de um suspeito de acesso a assistência jurídica em Inglaterra e no País de Gales. o estudo analisa este direito conferido adotando uma abordagem processual para avaliar se o sistema de justiça criminal inglês está em conformidade com as garantias europeias de direitos humanos em processos penais, particularmente a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, da qual o Reino Unido é Estado Parte. o presente estudo enfoca o direito de acesso a assistência jurídica, e na condução de-

\* Recebido em 30/05/2023  
Aprovado em 05/10/2023

\*\* PhD in law from United Kingdom / Bangor university. rank/ Head of school of law in wasit university.  
Email: balmusawi@uowasit.edu.iq

sta pesquisa foi adotada pesquisa jurídica doutrinária, e foram avaliadas fontes de dados primárias e secundárias. O artigo analisa criticamente as regras jurídicas relevantes, a jurisprudência, bem como analisa outras jurisdições europeias e normas intencionais de direitos humanos, com especial referência à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), a fim de abordar o direito no sistema de justiça criminal em Inglaterra e País de Gales podem ser analisados criticamente. As principais conclusões do presente estudo são que, mesmo com as muitas garantias bem-vindas identificadas que foram dadas para respeitar o direito de um suspeito a ter assistência jurídica em Inglaterra e no País de Gales, permanece claro que o sistema de justiça criminal inglês é ainda sob considerável escassez, que precisa de mais reformas sugeridas. O estudo encontrou certas fragilidades entre a lei e a prática de trabalho. O presente estudo conclui que são necessárias mais reformas para garantir a implementação do Estado de direito durante a prática de trabalho quotidiana.

**palavras chave:** assistência legal; julgamento justo; Jurisprudências Europeias; Inglaterra e País de Gales; procedimentos criminais.

## 1 Introduction

In Europe, it is self-evident that safeguarding personal liberty is one of the most significant human rights. In this context, the right to an effective defence in criminal proceedings is indispensable for the purpose of protecting the right to a fair trial, which is unanimously recognized by all European States. This paper examines a suspect's right to legal assistance in criminal proceedings during the arrest, investigation and detention stages in the selected criminal legal system that is in England and Wales. In this regard, it may well for the purposes of human rights studies, the English criminal legal system be a good representation of modern legal systems across Europe & likely around the world.

The research is based upon assumption that the English criminal legal system vis-a-vis with European norm satisfies the essential elements of the protection of a suspect's human rights within legislative provisions in perfectly and intelligibly structure. Whereas it is self-evident that some criminal justice systems remain ine-

ffective in securing or protecting the human rights of suspects.

In recent time, ensuring minimum rights during arrest and detention has become the most critical issue. The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, expressly affirms the right of a access to legal assistance in article 6 of the convention. The criminal justice system in England and Wales then has effectively incorporated in the European Convention on Human Rights. In other words, the European Convention on Human Rights is deemed as part of English law as long as its provisions are automatically applied under the English Human Rights Act 1998. In light of this, it is claimed that English law has effective experience in implementing human rights protection since the Human Rights Act came into force in 2000.<sup>1</sup> Hence, the European Convention on Human Rights is deemed as part of English law as long as its provisions are automatically applied under the English Human Rights Act 1998 which supports the mentioned claim that English law has effective experience in implementing human rights protection since the Act came into force in 2000.<sup>2</sup> The experience of the English criminal justice system then would be an ideal yardstick to address any systemic deficiency in due process & human rights standards in Europe.

In England and Wales, following the promulgating of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) & its Codes of Practice, there was a major overhaul of English's criminal procedure law. One of the major innovations of the (PACE) & its amendments is the reform of legal rules relating to the right of a suspect to have legal advice which was reliant on inherited case law. In present time, a person facing criminal proceedings in detention at a police station or elsewhere has a clear and firmly statutory right to consult a solicitor in private and free of charge at initial stages of proceedings & thereafter.<sup>3</sup> Provisions of legal Codes of Practice

<sup>1</sup> SADIQ, Khan. Home Secretary: 'Scrap Human Rights Act'. *Yahoo News*, 2 Oct. 2011. Available in: <https://uk.news.yahoo.com/home-secretary-scrap-human-rights-act-083212525.html?guccounter=1>. Access on: 2 Oct. 2022.

<sup>2</sup> SADIQ, Khan. Home Secretary: 'Scrap Human Rights Act'. *Yahoo News*, 2 Oct. 2011. Available in: <https://uk.news.yahoo.com/home-secretary-scrap-human-rights-act-083212525.html?guccounter=1>. Access on: 2 Oct. 2022.

<sup>3</sup> THE POLICE and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) s58(1) states that "A person arrested and held in custody in a police station or other premises shall be entitled, if he so request, to consult a solicitor privately at any time". PACE s59 (as amended by legal

state that persons facing criminal proceedings should be notified & information must be sufficiently given about their right of independent legal advice. Such advice should be available free of charge whether a suspect is taken to a police station under arrest or having attended voluntarily.<sup>4</sup> Notifying access to this advice should be immediately taken place at the outset of proceedings before beginning or re-commencement of any interview at the police station or other authorised place of detention,<sup>5</sup> before a review of detention is conducted,<sup>6</sup> after a suspect has been charged or informed that he may be prosecuted, if the police wish to bring to his attention any statement or the content of an interview, or where they wish to re-interview,<sup>7</sup> before being asked to provide an intimate Sample,<sup>8</sup> and before an identification parade, or group or video identification occurs.<sup>9</sup> These new provisions, thusly, introduces a significant improvement on the earlier rules as it now provides specific protection for the right of a suspect to have a legal assistance.

One of the key arguments of the paper is that, one may well expect that there is a high degree of compliance between legal rules and practice relating to the right of legal assistance, which applies to criminal proceedings in England & Wales with the protection of the right under international human rights norm. In the latter context, it is questionable whether the expected European standard under the convention of early access to a legal assistance within criminal proceedings is properly set out in England & Wales. The paper will argue that a clear legal rules relating to the right of early access to legal assistance have been made in several forms in many European jurisdictions, particularly in the English legal system. However, in the view of the present author, a further reform is required for enhancing the effectiveness of legal Assistance in criminal proceedings. In light of the aforesaid, the present paper endeavours to examine whether the criminal justice system in England & Wales efficiently secures required protection and respecting to the right of access to a legal assistance by officials at all circumstances during

process of arrest and detention. It founded & pointed some a weakness. These shortages are relative to the absence of some rules that could properly regulate police conduct, in danger of bringing the right into disrepute. Such weakness which has not been addressed by the (PACE) undermined the effectiveness of this right in criminal proceedings.

This right is of the most important due process since it takes notable role in spreading of a human rights culture, enforcing rule of law and avoiding miscarriage of justice. In forthcoming pages relevant jurisdictions, legal rules, case law, and intentional human rights norm, would be critically analysed with special reference to the jurisprudence of European Court of Human Rights (ECtHR). In some its aspects, the present paper aims to fill an important gap in our understanding regarding any possible legal reforms that could be made for achieving an ideal system in respecting a suspect's rights of access to legal assistance. The paper to achieve its aims adopts rigorous doctrinal legal research to evaluate the existing law and practice regarding the right of a suspect of early access to a legal assistance in England & Wales. The research critically analyses the relevant legal rules. The publications of scholars that are relevant to the early access to a legal assistance have been also evaluated. In addition to the textual analysis to the relevant legal rules there are many cases in English legal system & other European jurisdictions, are looked at with special reference to the jurisprudence of European Court of Human Rights (ECtHR), so that the right of access to a legal assistance in criminal justice system in England & Wales can be critically analysed.

## 2 Justifications of access to a legal assistance at the initial investigation stage (significance & rational)

A suspect has right of access to a legal assistance in a criminal procedure. The question requires to be best considered in this regard is when should an individual have access to a lawyer?

In this respect, it can be submitted that the right to legal assistance in criminal proceedings, is considered one of the fundamental procedural rights of a person accused of a criminal offense, particularly in heinous

Aid Act 1988) provides that this consultation will be provided freely, enabling duty solicitor schemes to be established.

<sup>4</sup> CODES of Practice (Code C paras 3.1 and 3.5)

<sup>5</sup> (Code C para 11.2)

<sup>6</sup> (Code C para 15.3)

<sup>7</sup> (Code C paras 16.4 and 16.5)

<sup>8</sup> (Code D para 5.2)

<sup>9</sup> (Code D para 2.15)

offences. It is no surprise, then, that the most significant protection for due process introduced for the first time by the (PACE) is the right of access to legal advice from outset of proceedings.<sup>10</sup> A suspect in detention can be undergone long & complex criminal procedure and hence it can be said that the basic right of the detainee is to access to a lawyer in order to be one of his most important safeguards and a fundamental protection against police abuse.<sup>11</sup>

In the view of present author, the right of access to a legal advice is more arguent during the pre-trial stages, at the beginning of a criminal procedure. This right achieves for a suspect several important goals particularly in serious cases: it is a guarantee of a fair trial. In addition it is deemed a guarantee of a suspects' other rights such as right of communication with outside & presence of kin or a friend face to face. Access to a legal assistance is helpful for a suspect to be notified and known his further rights or any evidences against his case to prepare his defence.

Also, early access to a legal assistance may adequately protect the right to silence, particularly, it is under the Criminal Justice and Public Order Act 1994, as will be discussed in further details later, no adverse inferences can be drawn from remaining silence whenever a suspect is denied access to legal advice during investigation stage.

Early access to legal aid may also adequately protect the right to silence, particularly since under the Criminal Justice and Public Order Act 1994, as will be discussed in more detail later, no adverse inferences can be drawn from maintaining silence if the suspect is prevented from obtaining legal advice during the investigation phase. Moreover, a person facing criminal proceedings is in very much confusion so at this stage the legal advice prevents a suspect from making an unreliable confession, particularly there is, a strong possibility that evidence attained during the initial investigation stage is likely will be relied on in the later stage of proceedings at the trial.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> FENWICK, Helen. *Civil liberties and human rights*. 4th ed. Routledge: Cavendish Publish, 2007. p. 1208; ANDREW, Sanders; RICHARD, Young. *Criminal justice*. 2nd ed. London: Butterworths, 2000. p. 216.

<sup>11</sup> MARTEN, Hannibal; LISA, Mountford. *The law of criminal and civil evidence: principles and practice*. Harlow: Pearson Education Limited, 2002. p. 214.

<sup>12</sup> MARASINGHE, Charika. The right to legal assistance in inter-

It can be submitted that an access to legal assistance can be deemed as the first and most significant step towards providing a right balance between police power & suspect's human rights whilst in police custody. Consequently, for the proper investigation of offences, waiver of the right to a legal assistance should not be a common practice neither at outset of proceedings nor during questioning. The presence of a lawyer prevents the risk of oppressive interrogation. Lawyers can be seen as an obvious means of equalising the inequality between police power and a person facing criminal proceedings. It has been rightly stated that the fact that a detained person who committed a criminal offense may not understand the provisions of the criminal law and criminal procedural legislation, which puts a suspect and the criminal justice authorities in an admittedly unequal position.<sup>13</sup>

Hence, attaining a balance of power between a professional police force, who are highly trained in techniques and operating on home ground (that is police station), and the private individual who is under fear and stress & in unfamiliar and threatening circumstances. Such a balance of power can only be equalised by allowing the detainee to obtain professional legal advice.<sup>14</sup>

Most importantly, the right to a legal advice is most salient immediately after arrest more than during his trial, because at this stage as has already been mentioned that a suspect may not know exactly the accusation against him. The suspect is under grate emotional tension so he is in grave danger to make irreparably confession.<sup>15</sup> It is obvious that, the right to legal assistance minimizes, at this stage of proceedings, the emotional strain on the suspect whom police may force to endure undue pressure during the criminal proceedings. In this regard Faundeza is certainly correct in saying that "if legal assistance were immediately available after arrest or

national law, with special reference to the ICCPR, the ECHR and the ACHR. *Asian Year Book of International Law*, v. 5, p. 15-44, 1995.

<sup>13</sup> ZAVHORODNII, Vitalii A. *et al.* Application of Article 5 of the ECHR to the detention of a person who has committed a criminal offense. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 19, n. 1, p. 336-353, 2022.

<sup>14</sup> MICHAEL, Zander. *Cases and material on the english legal system*. 10th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 175; Regina v Samuel [1988] QB 615.

<sup>15</sup> ALMUSAWI, Bassim. Legal response to protection of right to communicate & appropriate adults during process of arrest or detention. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v.19, n. 2, p. 314-324. 2022.

before a person were interrogated by the police it would be less likely that he would become the victim of improper interrogation or third degree methods".<sup>16</sup> Skinns also added that it is "difficult for legal advisers to judge a suspect's state of mind and their physical condition, if they do not attend the police station. Yet understanding a suspect's physical and mental state may be the only way a legal adviser can take a fully adversarial stance on matters of legal significance, such as whether a suspect is fit for interview".<sup>17</sup> Summarizing all of the above, it is necessary to emphasize that Summing up all the above, it is necessary to emphasize that the presence of legal assistance may well ensure the validity of the proceedings and hence the neutrality of the investigation along with the protection of the suspect from arbitrary power of the police during arrest and detention can only be properly ensured after receiving legal assistance.

### 3 Requesting legal assistance

In most European legal systems & in England and Wales too, provisions of law make it compulsory for the authorities to notify a person under an arrest or detention, prior to interrogation, that he has the right to access to a legal assistance. Accordingly, if a suspect is brought to the police station either under arrest by police or voluntarily comes and then arrested there, he must be informed of the right to access to free legal assistance both orally and in a written form.<sup>18</sup> The custody officer must record every step of this request in the custody record then a solicitor must be contacted as soon as practical.<sup>19</sup>

The detainee, who has had a solicitor, should be allowed to specify that solicitor is to give advice.<sup>20</sup> If the detainee does not have a solicitor, he must be told of the availability of a duty solicitor scheme and be shown a list of the duty solicitors. If the duty solicitor who is available is unacceptable to the suspect, they can request two further selections of solicitors. Further attempts

may be permitted by the custody officer relying on his discretion. In this regard it seems to be more appropriate, if the suspect can be entitled to select as his legal advisor somebody in whom he has confidence because legal assistance of suspect's choice is deemed an essential right not only in the interest of the suspect, but also in the fair of criminal justice system.

It is no surprise, then, that, if a suspect is allowed to select a solicitor on his choice the relationship between citizen and justice provided by the State would be full of trust. After a solicitor has been chosen, the custody officer must act without delay to secure the advice by making contact with him.

A solicitor having been arrived at a police station must be, first of all, efficiently informed about the nature of the accusation and general evidence against his client, in addition of hearing the tapes of any interviews. It should be noted that, the suspect must be informed of the solicitor's arrival even if he is being interviewed at that time.<sup>21</sup>

Let us now turn to highlight the rate of requesting legal advice in police station. In this regard, research studies which achieved via different periods have shown variety proportions from requesting advice and a number of studies have demonstrated a rising in the rate of suspects making a requests for legal advice. It can be claimed that these increased rate of suspects making a requests for legal advice may belong to the provisions of Codes of Practice. Codes of Practice seek to ensure suspects entering custody understanding that legal assistance is available to them independent and free of charge.<sup>22</sup> According to these Codes, having requested is made any detainee has statutory right to access to legal advice.<sup>23</sup> Consequently, this contributed to getting higher in request and advice rates.<sup>24</sup>

Studies show that the proportion of requesting advice by detainees under detention is reached about 60

<sup>16</sup> FAUNDEZA, Hector. *International protection of human rights in criminal procedure*. 1980. Doctoral (Phil thesis) - King's College London, London, 1980. p. 201.

<sup>17</sup> SKINNS, Layla. The right to legal advice in the police station: past, present and future. *Criminal Law Review*, v. 19, n. 1, p. 19-36, 2011.

<sup>18</sup> (Cod C paras 3.1,3.2 and 6.1)

<sup>19</sup> (Cod C, Note 6B)

<sup>20</sup> (PACE s58(2) and (4))

<sup>21</sup> STONE, Richard. *Civil liberties and human rights*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 115.

<sup>22</sup> (Cod C, Note 6B) states "When a detainee asks for free legal advice, the Defence Solicitor Call Centre (DSCC) must be informed of the request".

<sup>23</sup> BUCKE, Tom; BROWN, David. *In police custody: police power and suspect rights under the revised PACE codes of practice*. United Kingdom: Home Office, Research and Statistics Directorate, 1997. p. 19.

<sup>24</sup> SKINNS, Layla. I'm a detainee: get me out of here. *British Journal of Criminology*, v. 19, 2009.

per cent which 80% got consult with a solicitor among them.<sup>25</sup> Such progress in per cent of asking legal advice is in opposite with previous much less per cent which indicated in last studies. The reasons behind this high request may belong to growth of encouraging a suspect to have due rights while facing criminal proceedings, which is legal advice is one of the most significant amongst them especially in serious crimes.<sup>26</sup> The police interested with consenting to outcome of investigation by encouragement of suspects to use their rights in legal advice to secure admissible confession at police station.<sup>27</sup> It may be well to indicate that conditions of detention which surround of detainees at custody are another important factor that may rise requests of legal advice. As the Layla rightly mentions that the environment of police custody has reflected highly in requested consultations. One of the vital role that could affect requesting legal advice by a suspect is the conduct of police. Such fact may unsurprisingly illustrate why in privatized custody the detainees are more likely to request advice than those who are detained in public custody. This is because the privatized custody is as she pointed out that bigger, less busy, brighter, and there is an adequate amount of staff to take a note of their requests.<sup>28</sup>

As already mentioned, about 20% of detainees who request legal advice did not get it so the question can be asked that what factors such default line & weakness? The notable factor is that the solicitor perhaps slow motivation to attend police station. This may belong to finance reasons, as instance the budget which puts in legal aid is not encouragement. The growing number of detainees also is not matched with the number of solicitors who could respond to these requests and thus solicitors whom police my request to attend police station some time is not ready to present nor be available in due time.

<sup>25</sup> SKINNS, Layla. The right to legal advice in the police station: past, present and future. *Criminal Law Review*, v. 19, n. 1, p. 19-36, 2011; PLEASANCE, Pascoe; NIGEL, Balmer; KEMP, Vicay. The justice lottery? Police station advice 25 years on from PACE. *Criminal Law Review*, London, v. 1, p. 3-18, Jan. 2011.

<sup>26</sup> BOTTOMLEY, Keith *et al.* The detention of suspects in police custody: the impact of the police and criminal evidence act 1984. *The British Journal of Criminology, Brit. J. Crim.*, v. 31, n. 4, p. 347-364, Dec. 1991.

<sup>27</sup> SKINNS, Layla. I'm a detainee: get me out of here. *British Journal of Criminology*, v. 19, 2009.

<sup>28</sup> SKINNS, Layla. I'm a detainee: get me out of here. *British Journal of Criminology*, v. 19, 2009.

As a result of dealing with many detainees at same times a suspect who requests advice may not always obtain it via a duty solicitor.<sup>29</sup> As description for one of such situations, the following comment in such context can be mentioned as example that "there's just one duty solicitor ... they're trying to split between ten people. Initially, they just come and see you ,sit down with you for two minutes, tell you exactly what's happening and then they cut out ... if a solicitor's been out all day, and then they cut out... if a solicitor's been out all day, and then all of a sudden he's the only duty solicitor there, like, for example, in a bust police station... they're there all day, and all up to 12, 1 o'clock in the morning they're still going to be there, 3 o'clock in the morning, so realistically there's no time for them to get out, and every time they see someone they're just hoping that's the last person they have to see".<sup>30</sup>

Despite the police are compiled with securing legal advice to a suspect without delay,<sup>31</sup> the officers at police station sometimes are behind failure to obtain advice for example when they ignore the telephone calls whose subject connections with suspect's advice whether it has received from duty solicitor or his own lawyer.<sup>32</sup>

It can be assumed on the basis of the aforesaid that these rates of requesting legal advice are less than expected. However, let us bear in mind that despite of approximately less than half of all detainees during arrest or detention did not request legal advice, receiving legal advice still play a massive role in jurisdiction of England & Wales such as its impact on reliability of confession and right of silence during police interrogations. For instance, in *Cadder v Her Majesty's Advocate*,<sup>33</sup> it has been stated that whenever a legal advice having been asked by a suspect unanswered any confession during interview would be considered illicit. What follow is that the court could exclude such a confession. Thus, it is un surprised that rates of requesting advice as the studies suggest that have been risen steadily recently.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> SKINNS, Layla. I'm a detainee: get me out of here. *British Journal of Criminology*, v. 19, 2009.

<sup>30</sup> SKINNS, Layla. The right to legal advice in the police station: past, present and future. *Criminal Law Review*, v. 19, n. 1, p. 19-36, 2011.

<sup>31</sup> PACE Code C Para 6.5.

<sup>32</sup> PLEASANCE, Pascoe; NIGEL, Balmer; KEMP, Vicay. The justice lottery? Police station advice 25 years on from PACE. *Criminal Law Review*, London, v. 1, p. 3-18, Jan. 2011.

<sup>33</sup> *Cadder v Her Majesty's Advocate* [2010] UKSC 43.

<sup>34</sup> PLEASANCE, Pascoe; NIGEL, Balmer; KEMP, Vicay. The justice lottery? Police station advice 25 years on from PACE. *Criminal*



## 4 Refusing & delaying access to a legal assistance

It is agreed that the right to have legal assistance is one of the most significant rights to a suspect in criminal procedures. Nevertheless, many suspects may select waiving this right that is one of the most importance right belongs to them. In addition, under justified reasons, access to a legal assistance can be delayed by authorities. Refusing such a safeguard raises the question of whether or not the suspect has the choice to waiving his such right. The question raised in this connection is why a suspect refuses legal advice and what the reasons are behind this refusal?

The question of waiving a legal assistance has been the subject of controversy among scholars. There are scholars who hold that a suspect in criminal cases has the right to the assistance of legal advice which should be provided either the defendants demand it or not owing to assistance of counsel is often a requisite to the very existence of a fair trial. Betz, has presented this point in the following terms: "there is case authority for the proposition that to allow self-representation would result in an unfair trial".<sup>35</sup> Also, Sir K. Younger may be right when he pointed out that "there are many people, precisely those who perhaps need lawyers most, who often say they don't want them, but thy too should be provided with legal advice, whether they want it or not".<sup>36</sup> Conversely, the opposite view has been considered that a suspect person has the right to conducting his defence in person without restore to legal advice.<sup>37</sup>

In light of the foregoing said it would be possible submitted that a suspect has choice to have legal advice but such level of protection to right of legal advice can be succeed further to add that a suspect in criminal

cases must be provided with legal advice regardless on his option either in unusual situations or in serious crimes. It is found in old opinion to some scholars in this regard that "in the absence of unusual circumstances, a suspect in a criminal case who is mentally competent has the right to conduct his defence in person, without the assistance of legal advice".<sup>38</sup>

The (PACE) adopted such above mentioned provisions which stipulated that, whenever the question of waiving rights arises whether a suspect asked legal advice or not they should be provided with it at least through phone or through any other advanced devices of communication such as cameras or online which thereby suspect is managed to contacting with adviser face to face from distance. Moreover, in a case wherever the suspect is mentally competent or is not reached eighteen years old or illiterate and does not have knowledge in law, he should be provided with legal advice face to face with adviser. It seems to be more important to deal with juveniles in more arrangements within criminal procedure by that during interview with the suspect who is a juvenile the legal advice or legal assistance must mandatorily be available to him beside appropriate adults.<sup>39</sup>

Let us now turn to reasons for refusing legal advice by suspects despite the fact of significance of that advice to them. Firstly, many suspects do not seek legal advice because they see their case as hopeless so they believe that nothing can help them at all. legal advice is sometimes refused by suspects for fear of delaying their departure from the police station because it may take a long time to be available.<sup>40</sup> In the view of legal rules, those detectives & police officers in daily life who adhere & do not violate the law should encourage suspects to seek legal advice without worrying about delays, by responding quickly and easily to the request in a timely manner and also informing the suspect of the benefit of using legal advice without alluding it needs long time to fulfill their request. In this regard, Skinns mentioned this critical issue under this terms "let's get it over

*Law Review*, London, v. 1, p. 3-18, Jan. 2011.

<sup>35</sup> James states that: "Where is the constitutional right to self-representation and why is the California Supreme Court saying all those terrible things about it?" JAMES, Betz. Where is the constitutional right to self-representation and why is the California Supreme Court saying all those terrible things about it? *Western Law Review*, v. 10, n. 1, 1973; FAUNDEZA, Hector. *International protection of human rights in criminal procedure*. 1980. Doctoral (Phil thesis) - King's College London, London, 1980. p. 213.

<sup>36</sup> Mentioned by FAUNDEZA, Hector. *International protection of human rights in criminal procedure*. 1980. Doctoral (Phil thesis) - King's College London, London, 1980. p. 211.

<sup>37</sup> THE ROYAL Commission on Criminal Procedure in England and Wales. 1981. Available in: <https://archiveshub.jisc.ac.uk/data/gb97-rccp>. Access on: 13 Feb. 2023.

<sup>38</sup> MIKE, Riddle. The right to defend. *Tex Teach Law Review*, v. 3, p. 89-90. 1971. p. 213.

<sup>39</sup> ALMUSAWI, Bassim. Legal response to protection of right to communicate & appropriate adults during process of arrest or detention. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.19, n. 2, p. 314-324. 2022.

<sup>40</sup> SKINNS, Layla. The right to legal advice in the police station: past, present and future. *Criminal Law Review*, v. 19, n. 1, p. 19-36. 2011.

with” and then conveys following example from practical life for police at one of police station when a suspect was brought to Sunnyside police station. Having been asked whether the suspect would have legal advice he questions whether it would need long time then officer answer that it would take longer so he declined and said “I want to get out of here as soon as possible”.<sup>41</sup> Furthermore, Skinns showed that there is connection between request legal advice and seriousness of offence because a suspect in less serious offence less potential to request consulting.<sup>42</sup>

In the view of some that what happens at the police station is not important, so they decide to see a lawyer in court, as guilt or innocence is determined there rather than at the police station. Some suspects have general distrust of lawyers because of past experience or unwillingness and unavailability of solicitors to attend police stations. In line with this perspective, prior experiences play notable role when the suspect feels that he would not need legal assistance because he now enough through previous experiences at police station.<sup>43</sup> Others who have clearly broken the law seek the sympathy of the jury as Philo said that “others who have clearly broken the law seek acquittal by arguing that they were following a moral code which should be given greater weight by a jury than the written law of that jurisdiction. In order to present this argument in its best light, the defendants will seek to represent themselves without aid of counsel who they contend damper the sincerity they project to the jury”.<sup>44</sup>

According to the code of practice as seen earlier and moreover, no attempt may be made to dissuade a suspect from obtaining legal advice;<sup>45</sup> the custody officer shall ask the detained person whether he would like to obtain legal advice.<sup>46</sup> Whether or not advice is the origi-

nally requested, the police are supposed to remind the suspect to his right of advice and also, he is not mandatory asked why he refused it.<sup>47</sup> The suspect shall be asked to sign the custody record to confirm his final decision about regarding such legal advice.<sup>48</sup> The custody officer is responsible for ensuring that confirming any decision the person signs in the correct place.<sup>49</sup>

On many occasions, as shown by previous studies, the notable reason why suspects refuse to exercise legal advice in daily practice is due to police discouragement regarding the use of this right. In practice the fact is that police with or without obstructing suspects from requesting legal advice during proceedings, they keen to interrogate the suspect without a lawyer whom from point of view of police seen as a major hindrance for achieving their tasks. It is common believe that confessions are more likely to be produced whenever a suspect is alone at interrogation without attendance of a lawyer.<sup>50</sup>

Sometimes the police obtain confessions from suspects through informal interviews before the solicitor’s arrival or between interrogations so they exploit the suspect to delay access to get advice until they obtain the confession from him particularly when the suspects are hesitant or silent where faced with the question of legal advice. Therefore, as a consequence by the time solicitor arrives at the station the solicitor would have nothing to do. As Dixon et al, has pointed out: “solicitors frequently complain that on arrival at the station they are often ‘informed by officer that the suspect has changed his mind, agreed to talk to them, and confessed’”.<sup>51</sup>

Sometimes the police do not call the solicitor at all, which is unclearly unlawful. Therefore, many suspects do not learn the details about their rights to legal advice because the police ploy to dissuade suspect from seeking advice.<sup>52</sup>

<sup>41</sup> SKINNS, Layla. The right to legal advice in the police station: past, present and future. *Criminal Law Review*, v. 19, n. 1, p. 19-36, 2011.

<sup>42</sup> SKINNS, Layla. The right to legal advice in the police station: past, present and future. *Criminal Law Review*, v. 19, n. 1, p. 19-36, 2011.

<sup>43</sup> SKINNS, Layla. The right to legal advice in the police station: past, present and future. *Criminal Law Review*, v. 19, n. 1, p. 19-36, 2011.

<sup>44</sup> PHILO, Steven E. Self-representation in criminal trials. *Wake Forest Law Review*, v. 9, p. 272-273, 1972. In FAUNDEZA, Hector. *International protection of human rights in criminal procedure*. 1980. Doctoral (Phil thesis) - King’s College London, London, 1980. p. 212.

<sup>45</sup> PACE Code C, para 6.4.

<sup>46</sup> PACE Code C, paras 6.1. 6.3.

<sup>47</sup> PACE Code C, para 6.5. Note 6k.

<sup>48</sup> PACE Code C, para 3.5(a)(i), (b).

<sup>49</sup> PACE Code C, para 11.2.

<sup>50</sup> BEDRI, Eryilmaz. *Arrest and detention powers in english and turkish law and practice in the light of the European Convention on Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. p.190.

<sup>51</sup> DAVID, Dixon *et al*. Safeguarding the rights of suspects in police custody. *Policing and Society*, v. 1, n. 2, p. 115-140, 1991; ANDREW, Sanders; RICHARD, Young. *Criminal justice*. 2nd ed. London: Butterworths, 2000. p. 228.

<sup>52</sup> MICHAEL, Zander. *The police and criminal evidence act 1984*. 5th ed. Mytholmroyd: Sweet & Maxwell, 2005. p. 180.

Therefore, there are scholars who suggest that if the police really want to help a suspect even a suspect who refuses legal advice should then be given the opportunity of speaking to a duty solicitor on the telephone without delay in order to discuss the question of legal advice and the suspect would have nothing to lose.<sup>53</sup>

Under those circumstances as a result there are variations in the reasons stand behind the suspect's decline of requesting legal advice owing to different factors which is most notable one that the kind of way the police custody is communicate with suspects about their right to legal advice. Therefore, if invalid reason has been used to obstruct suspect's right of advice this maybe give grounds at trail for excluding any evidence subsequently obtained by police.

In England & Wales in spite of the fact that the right of access to a legal assistance is compulsory one under the provisions of the (PACE), an investigator under exceptional situations or in certain circumstances has authority to delay it under justified reasons.<sup>54</sup> This means that if the investigator decides to delay access to a legal assistance he should mention these justified reasons and then a suspect may exercise this right at any time later. In the same vein, even where convincing causes may exceptionally justify the delaying of access to a legal assistance, such a delay should not extend more than reasonable period.

## 5 Quality of a legal assistance

Access to legal assistance is considered a significant right for a suspect but that does not mean end the matter, because if the solicitor's advice given to the suspect is subsequently criticised by the court during trial, the question here arises whether or not the performance of the counsel has an effect on the outcome of the case against the suspect at trial.

In spite of the adequate of legal assistance is taken vital role in determination to suspect destiny many studies indicate that as result of its inadequate, advice can be insufficient to be acceptable. In some cases,

<sup>53</sup> The Royal Commission on Criminal Justice, RCCJ- (1993) p. 36.; FIELD, Stewart; THOMAS, Philip. Justice and efficiency? the Royal Commission on Criminal Justice. *Journal of Law and Society*, v. 21, n. 1, p. 1-19. Mar. 1994.

<sup>54</sup> The PACE, s.58.

fairness has been compromised whenever legal advisers are largely passive and non-interventionist in police interrogations. It has been reported that "the self-perceived role of many is to act purely as witness to the proceedings".<sup>55</sup> another criticism reported that the presence of legal advisers should have notable impact during criminal proceedings particularly on police practice & preventing malpractice against the suspect while facing police power.<sup>56</sup> As a result, evidence from police interviews had been later excluded by criminal courts in a number of cases under section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 on the grounds that they had compromised of fairness.<sup>57</sup>

Under different circumstances, it seemed certain that, the quality of the solicitor's advice should be improved through training of advisers and improvement of skills. The importance of practical experience within the training programmers needs to be emphasised in order to, as the Hodgson has pointed out that "in order to advise the client effectively, the lawyer herself must first have a clear understanding of the issues involved and the consequences of adopting various courses of action".<sup>58</sup>

It may be well for the solicitor to state in the interview the advice that has been given to make clear what occurs at pre-trial stage in the police station in order to protect himself against likely criticism of the court at a later stage of the trial in case the court finds that the given legal advice was inadequate & adversely impacted the position of the suspect because it did not meet appropriate professional standard.

<sup>55</sup> DAVID, Dixon *et al.* Safeguarding the rights of suspects in police custody. *Policing and Society*, v. 1, n. 2, p. 115-140, 1991.

<sup>56</sup> HODGSON, Jacqueline; BRIDGES, Lee. Improving custodial legal advice. *Criminal Law Review*, p. 101-113, 1995; SKINNS, Layla. The right to legal advice in the police station: past, present and future. *Criminal Law Review*, v. 19, n. 1, p. 19-36, 2011; MICHAEL, Zander. *The police and criminal evidence act 1984*. 5th ed. Mytholmroyd: Sweet & Maxwell, 2005. p. 232.

<sup>57</sup> PARIS, Abdullahi and Miller (1993) 97 Cr.App.R. 99; GLAVES [1993] Crim.L.R.685. Mankdo and Mustak Manchester Crown Court, No T97/0718. Judgment: 11, 1997; FISHER and Lovell Leeds Crown Court, No. 2000/1040, judgment dated December 18, 2000.

<sup>58</sup> HODGSON, Jacqueline; HODGSON, Jacqueline; CULLO, Nicholas; NAYLOR, Bronwyn. Legal aid and access to legal representation: redefining the right to a fair trial. *Melbourne university law review*, v. 40, p. 207-236, Sept. 2016. At this point since April 2001, only solicitors who have a contract with the Legal Services Commission (LSC) can undertake legally aid work.

As a result, it can be argued that there are a number of judicial reviews which can be considered incorrect because according to these reviews the jury is entitled to draw an adverse inference from the refusing to answer questions even if the suspect followed the wrong advice of his solicitor, especially when the result is that the prosecution has obtained evidence that they may not have otherwise obtained, whether in the form of admissions, lies or silence.<sup>59</sup> Conversely, following creation of a statutory right to legal advice for suspects at the police station, it is rightly held that courts should exclude any evidence obtained as a result of incompetence legal advice that have been given at the police station.<sup>60</sup>

By virtue of statutory right of legal assistance, attention has been given to the connections between legal advice and acceptability of evidence during trial. It seemed right that a poor quality of legal advice that may take place during police station at pre-trial stage has effect in the outcome of criminal cases, particularly regarding unacceptability of evidence during trial.<sup>61</sup>

## 6 European Standard

The right of access to a legal assistance is considered as fundamental safeguard for a suspect against ill-treatment during criminal proceedings. International European standard is taken place through rules that interpreted by decisions, comments, and reports issued from European human rights bodies such as the European Court of Human Rights & the European Committee on the Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT).

It is self-evident that the protecting due process during criminal proceedings as other human rights is not a purely internal competence of states.<sup>62</sup> Accordingly, European Committee on the Prevention of Torture and

other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) has mentioned that a legal assistance has a crucial role for ensuring a fair trial in plenty of cases. CPT has indicted a specific significance to tangible safeguards for a person under an arrest or detention in police station rights: the right to communicate with a third party (family member, a friend), translator or interpreter, the right of access to a legal assistance, and the right to have a medical auspices & examination.<sup>63</sup>

The European Convention of Human Rights, underlines that “Any accused has the right to defend himself or to be assisted by a lawyer assigned by him and, if he does not have any means to reward the lawyer, he must be guaranteed with a legal assistance freely by a lawyer primarily assigned, mainly when this is required by the interests of justice”.<sup>64</sup> Regarding case law, it can be submitted that the Right of early access to a legal assistance while in police detention has been expressly adopted by the judicial practice of European Court of Human Rights in several cases.<sup>65</sup> The ECtHR points out that in case, when a person is arrested, one of the fundamental his rights is the right to have a defense counsel during interrogations and meet with him under conditions that ensure the confidentiality of communication. According to jurisprudence of the European court of human rights, the European convention on human rights in article 6 of the convention, maintains the right of access to a legal assistance from early stage of proceeding during arrest & detention. In this regard the court held that “even if the primary purpose of Article 6, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a “tribunal” competent to determine “any criminal charge”, it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 - especially paragraph 3 – may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions”.<sup>66</sup>

<sup>59</sup> CAPE, E. Incompetent police station advice and the exclusion of evidence. *Criminal Law Review*, London, p. 471-484, Jun. 2002.

<sup>60</sup> CAPE, E. Incompetent police station advice and the exclusion of evidence. *Criminal Law Review*, London, p. 471-484, Jun. 2002.

<sup>61</sup> SKINNS, Layla. The right to legal advice in the police station: past, present and future. *Criminal Law Review*, v. 19, n. 1, p. 19-36, 2011.

<sup>62</sup> ABLAMSKYI, Serhii; MUZYCHUK, Oleksandr; D'ORIO, Eugenio; ROMANIUK, Vitalii. Taking biological samples from a person for examination in criminal proceedings: correlation between obtaining evidence and observing human rights. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 20, n. 1, p. 194-212, 2023.

<sup>63</sup> COUNCIL OF EUROPE. *The European Committee on the Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*. CPT Standards Document. Available in: <http://www.cpt.coe.int/en/documents/eng-standards.pdf>. Access on: 17 Apr. 2023.

<sup>64</sup> ECHR, article 6/3; see

<sup>65</sup> MARASINGHE, Charika. The right to legal assistance in international law, with special reference to the ICCPR, the ECHR and the ACHR. *Asian Year Book of International Law*, v. 5, p. 15-44, 1995.

<sup>66</sup> *Salduz v Turkey* App no 36391/02 (ECtHR, 27 November 2008), (2009) 49 EHRR 19 paras 50-63; *Plonka v Poland* App no 20310/02 (ECtHR, 31 March 2009) para 35; *Shabelnik v Ukraine* App no 16404/03 (ECtHR, 19 February 2009) paras 52, 53; SKINNS, Layla.

The court In its jurisprudence describes the role of access to a legal assistance as watch dog in modern criminal justice systems by which a vulnerable persons facing criminal investigations can be protected against every human rights violations as torture and other cruel, inhuman or degrading treatment.<sup>67</sup> It has held that exercising right of access to a legal assistance from outset of proceedings performances a major role in guaranteeing other defence rights for a person under interrogation in order these guarantees and all his rights to be effectively implemented in the practice.<sup>68</sup>

The European Court of Human Rights in many cases made it clear that authorities must agree to persons during criminal proceedings to have a legal assistance from the first interrogation by the police. Moreover, it is recognized in some verdicts that the court goes further than that by not only giving a person facing criminal proceedings right to legal assistance but also the right to being notified of the right of accesses to a legal assistance.<sup>69</sup> In line with such norm, in most European legal systems & in England and Wales too provisions of law make it compulsory for the authorities to notify a person under an arrest or detention, prior to interrogation, that he has the right to access to a legal assistance.

In spite of the fact that the right of access to a legal assistance is compulsory one under the norm of international law of human rights, according the jurisprudence of ECtHR authorities under exceptional situations or in certain circumstances can delay it under justified reasons.<sup>70</sup> it is argent for states to enact legal rules that defines such certain circumstances. These described rules are regarded as binding and observed in

practice. In this regards, given legal assistance should be in practical way not illusory & effectively given to a suspect. the ECtHR has clearly held that that the authority is necessary to interfere in event a legal assistance has not effectively provided for the person facing criminal proceedings.<sup>71</sup>

## 7 Conclusion

The present paper has reminded us that from the outset, the right of a suspect to have legal assistance is of the most significant human rights during all stage of criminal proceedings. In response, the English law requires everyone detained in relation to criminal offences is legally entitled to receive a legal assistance even at state expense. Yet, in respect of all matters within exercising this right the question has been already attempted to be answered throughout the present paper is that whether the practice of police during dealing with the right of a suspect to have legal assistance meets the eligibility criteria set out in the law & European norm of human rights. The present paper, in the wider sense described above, indicates a number of circumstances in which there were the lack of access to a legal assistance were very common. In spite of the fact that the right of access to a legal assistance is always required in criminal proceedings, wider factors influencing the exercise this right and unsurprised then that lack of access to legal assistance at pre-trial processes significantly prejudice on the outcome of proceedings in a number of cases at the trial stage.

This means that apart from counter-terrorism acts, the English law rules are complimented by international institutions at many occasions. As example the European Committee of Preventing Torture (CPT) in one of the occasions has summarised the rules of the Police and Criminal Evidence Act (PACE) and its Codes of Practice (COP) which have had the approval of international institution due to the suspect rights in police detention have been protected by them into impressive level.<sup>72</sup>

I'm a detainee: get me out of here. *British Journal of Criminology*, v. 19, 2009.

<sup>67</sup> CAPE, E. *Improving pretrial justice: the roles of lawyers and paralegals*. New York: Open Society Foundations, 2012. p. 14.

<sup>68</sup> SALDUZ v Turkey App no 36391/02 (ECtHR, 27 November 2008); MURRAY v the United Kingdom App no 18731/91 (ECtHR, 8 February 1996) para 59.

<sup>69</sup> SALDUZ v. Turkey (App no 36391/02) (27 November 2008) para 16; SHABELNIK v Ukraine, ECtHR, Judgment of 17 February 2009, at para.57; ZAICHENKO v Russia, ECtHR. Judgment: 28 Jun. 2010.

<sup>70</sup> SHISHKIN v. Russia (Application no. 18280/04) 7 July 2011, papa 140; SALDUZ v. Turkey (App no 36391/02) (27 November 2008) para 54-55; PANOVTIS v. Cyprus (App no 4268/04) (11 December 2008) para 66 and 70-73; COUNCIL OF EUROPE. *The European Committee on the Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*. CPT Standards Document. Available in: <http://www.cpt.coe.int/en/documents/eng-standards.pdf>. Access on: 17 Apr. 2023.

<sup>71</sup> ARTICO v. Italy (App no 6694/74) (1980) Series A no 37; Kamasinsk (App no 9/1988/153/207) (1989) 168. CAPE, E. *et al. Effective criminal defence in Europe*. Antwerp: Intersentia, 2010. p. 16.

<sup>72</sup> COUNCIL OF EUROPE. *Report of CPT, UK, First Report to the United Kingdom Government, date of visit from 29 July 1990 to 10 August 1990, reference CPT/Inf (91) 15*. 26 Nov. 1991. Available in: <http://>

Accordingly, having taken into account avoiding any rules may contradict with a suspect's human rights, English law as modern law will be ideal yardstick to any reform can be achieved regarding the right of a suspect to access legal advice. However, it may well to conclude that in spite of the fact that there is an adequate protection of suspect's human rights in England and Wales which is deserved to be sufficient yard stick to measuring and developing any the lack of rules covering access of a legal instance there is another reform should be made.

The reform should be made in law & practice. The right of access to a legal assistance should not only be clearly stated & legally enforceable but also a suspect should be received professional legal advice during detention in police station at outset of proceedings. Courts also during trial stage are under duty to abstain from drawn adverse inference from a suspect silence that has been submitted before police during pre-trial questioning stage unless the courts make sure that the suspect in reality has been already conferred a proper legal advice. This of course is a reasonable because in accordance with European norm of fair trial, it should be given effect to the right of legal assistance which is already provided in legislative as articulated in the (PACE) alongside with the fact that in criminal proceedings as already has been seen a suspect should be conferred professional assistance to satisfy the fair trial requirement. Finally, the paper drew attention about some adequate steps that need to be taken to provide effective access to legal advice. Failure to do so will mean that the state fails to respect human rights and the due process system.

## References

ABLAMSKYI, Serhii; MUZYCHUK, Oleksandr; D'O-RIO, Eugenio; ROMANIUK, Vitalii. Taking biological samples from a person for examination in criminal proceedings: correlation between obtaining evidence and

observing human rights. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 20, n. 1, p. 194-212, 2023.

ALMUSAWI, Bassim. Legal response to protection of right to communicate & appropriate adults during process of arrest or detention. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 19, n. 2, p. 314-324. 2022.

ANDREW, Sanders; RICHARD, Young. *Criminal justice*. 2nd ed. London: Butterworths, 2000.

BEDRI, Eryilmaz. *Arrest and detention powers in english and turkish law and practice in the light of the European Convention on Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000.

BIRTLES, Alexander. *The standards developed by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. 2000. Doctoral (Phil thesis) - University of Nottingham, Nottingham, 2000.

BOTTOMLEY, Keith *et al.* The detention of suspects in police custody: the impact of the police and criminal evidence act 1984. *The British Journal of Criminology, Brit. J. Crim.*, v. 31, n. 4, p. 347-364, Dec. 1991.

BUCKE, Tom; BROWN, David. *In police custody: police power and suspect rights under the revised PACE codes of practice*. United Kingdom: Home Office, Research and Statistics Directorate, 1997.

CAPE, E. *et al. Effective criminal defence in Europe*. Antwerp: Intersentia, 2010.

CAPE, E. *Improving pretrial justice: the roles of lawyers and paralegals*. New York: Open Society Foundations, 2012.

CAPE, E. Incompetent police station advice and the exclusion of evidence. *Criminal Law Review*, London, p. 471-484, Jun. 2002.

COUNCIL OF EUROPE. *Report of CPT, UK, First Report to the United Kingdom Government, date of visit from 29 July 1990 to 10 August 1990, reference CPT/Inf (91) 15*. 26 Nov. 1991. Available in: <http://www.cpt.coe.int/documents/gbr/1991-15-inf-eng.htm>. Access on: 13 Mar. 2023.

COUNCIL OF EUROPE. *The European Committee on the Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*. CPT Standards Document. Available in: <http://www.cpt.coe.int/en/documents/eng-standards.pdf>. Access on: 17 Apr. 2023.

---

[www.cpt.coe.int/documents/gbr/1991-15-inf-eng.htm](http://www.cpt.coe.int/documents/gbr/1991-15-inf-eng.htm). Access on: 13 Mar. 2023. Similar view has been held by other scholars for instance see BIRTLES, Alexander. *The standards developed by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. 2000. Doctoral (Phil thesis) - University of Nottingham, Nottingham, 2000. p. 74.

- DAVID, Dixon *et al.* Safeguarding the rights of suspects in police custody. *Policing and Society*, v. 1, n. 2, p. 115-140, 1991.
- FAUNDEZA, Hector. *International protection of human rights in criminal procedure*. 1980. Doctoral (Phil thesis) - King's College London, London, 1980.
- FENWICK, Helen. *Civil liberties and human rights*. 4th ed. Routledge: Cavendish Publish, 2007.
- FIELD, Stewart; THOMAS, Philip. Justice and efficiency? the Royal Commission on Criminal Justice. *Journal of Law and Society*, v. 21, n. 1, p. 1-19. Mar. 1994.
- FISHER and Lovell Leeds Crown Court, No. 2000/1040. Judgment: Dec. 18, 2000.
- GLAVES [1993] Crim.L.R.685. *Mankdo and Mustak Manchester Crown Court, No T97/0718*. Judgment: 11, 1997.
- HODGSON, Jacqueline; BRIDGES, Lee. Improving custodial legal advice. *Criminal Law Review*, p. 101-113, 1995.
- HODGSON, Jacqueline; CULLO, Nicholas; NAYLOR, Bronwyn. Legal aid and access to legal representation: redefining the right to a fair trial. *Melbourne university law review*, v. 40, p. 207-236, Sept. 2016.
- JAMES, Betz. Where is the constitutional right to self-representation and why is the California Supreme Court saying all those terrible things about it? *Western Law Review*, v. 10, n. 1, 1973.
- MARASINGHE, Charika. The right to legal assistance in international law, with special reference to the ICCPR, the ECHR and the ACHR. *Asian Year Book of International Law*, v. 5, p. 15-44, 1995.
- MARTEN, Hannibal; LISA, Mountford. *The law of criminal and civil evidence: principles and practice*. Harlow: Pearson Education Limited, 2002.
- MICHAEL, Zander. *Cases and material on the english legal system*. 10th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- MICHAEL, Zander. *The police and criminal evidence act 1984*. 5th ed. Mytholmroyd: Sweet & Maxwell, 2005.
- MIKE, Riddle. The right to defend. *Tex Teach Law Review*, v. 3, p. 89-90. 1971.
- PHILO, Steven E. Self-representation in criminal trials. *Wake Forest Law Review*, v. 9, p. 272-273, 1972.
- PLEASANCE, Pascoe; NIGEL, Balmer; KEMP, Vicay. The justice lottery? Police station advice 25 years on from PACE. *Criminal Law Review*, London, v. 1, p. 3-18, Jan. 2011.
- ROYAL COMMISSION ON CRIMINAL PROCEDURE. *LSE Library Archives and Special Collections*. 1981. Available in: <https://archiveshub.jisc.ac.uk/data/gb97-rccp>. Access on: 13 Feb. 2023.
- SADIQ, Khan. Home secretary: 'scrap human rights act'. *Yahoo News*, 2 Oct. 2011. Available in: <https://uk.news.yahoo.com/home-secretary-scrap-human-rights-act-083212525.html?guccounter=1>. Access on: 2 Oct. 2022.
- SKINNS, Layla. I'm a detainee: get me out of here. *British Journal of Criminology*, v. 19, 2009.
- SKINNS, Layla. The right to legal advice in the police station: past, present and future. *Criminal Law Review*, v. 19, n. 1, p. 19-36, 2011.
- STONE, Richard. *Civil liberties and human rights*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- UNITED NATIONS. General Assembly Resolution 43/173. *Body of principles for the protection of all persons under any form of detention or imprisonment*. Dec. 9, 1988. Available in: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/body-principles-protection-all-persons-under-any-form-detention>. Access on: 1 Feb. 2023.
- ZAVHORODNII, Vitalii A. *et al.* Application of Article 5 of the ECHR to the detention of a person who has committed a criminal offense. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 336-353, 2022.

**CEUB**

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

**REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW**

**An analysis of sustainable  
development treaty adoption  
as domestic laws in chinese  
jurisdiction**

**Uma análise da adoção do  
Tratado de Desenvolvimento  
Sustentável como legislação  
interna na jurisdição chinesa**

Renata Thiebaut

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

**DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION**



# An analysis of sustainable development treaty adoption as domestic laws in chinese jurisdiction\*

## Uma análise da adoção do Tratado de Desenvolvimento Sustentável como legislação interna na jurisdição chinesa

Renata Thiebaut\*\*

### Abstract

This paper delves into the singular landscape of Treaty Adoption as Domestic Laws in the Chinese Jurisdiction. It examines potential challenges, mainly related to the law-making process, enforcement and eventual conflict of laws principles in environmental protection and sustainable development-related legislation. The research methodology encompasses qualitative and deductive approaches, explicitly focusing on sustainability and international law within China's jurisdiction. This methodology involves analyzing the processes of adopting Agenda 21 and the Paris Agreement, as well as the implementation of the Renewable Energy Law. These analyses are necessary to understand the impediments hindering China's progress toward achieving carbon neutrality by 2026. In response to these challenges, this study proposes two recommendations. These recommendations advocate for comprehensive legal reforms that aim to align domestic laws with international commitments and present the establishment of a centralized regulatory body with provincial-based sub-organs to ensure legal enforcement, conducive to oversight of renewable energy initiatives within China's continually evolving legal framework.

**Keywords:** China; environmental law; renewable energy; transnational law; conflict of laws.

### Resumo

Este artigo adentra no processo de Adoção de Tratados como Leis Domésticas na Jurisdição Chinesa. Ele examina desafios potenciais, principalmente relacionados ao processo de elaboração de leis, à sua aplicação e aos eventuais princípios de conflito de leis na legislação de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável. A metodologia de pesquisa engloba abordagens qualitativas e dedutivas, com foco explícito em sustentabilidade e direito internacional dentro da jurisdição chinesa. Essa metodologia envolve a análise dos processos de adoção da Agenda 21 e do Acordo de Paris, bem como a implementação da Lei de Energia Renovável. Essas análises são necessárias para compreender os obstáculos que dificultam o progresso da China

\* Recebido em 10/07/2023  
Aprovado em 09/10/2023

\*\* Full professor at GISMA University of Applied Sciences. PhD of Law at Shanghai Jiaotong University, China.  
Email: thiebautrenata@hotmail.com

em direção à neutralidade de carbono até 2026. Em resposta a esses desafios, este estudo propõe duas recomendações. Essas recomendações defendem reformas legais abrangentes que visam alinhar as leis domésticas com compromissos internacionais e apresentam o estabelecimento de um órgão regulador centralizado com subórgãos baseados em províncias para garantir a aplicação legal, propícia à supervisão das iniciativas de energia renovável dentro do quadro legal em constante evolução na China.

**Palavras-chave:** China; direito ambiental; energia renovável; direito transnacional; conflito de leis.

## 1 Introduction

In order to comprehend China's Treaty Adoption as Domestic Laws and the eventual challenges related to the implementation of environmental protection and sustainable development-related legislation to achieve carbon neutrality, this study will empirically explore the theories that establish the relationship between international law and national law within the Chinese jurisdiction. The analyses of Agenda 21 and Paris Agreement adoption-process, along with the establishment and efficacy of the Renewable Energy Law, will constitute essential elements of this investigation, a topic of significant yet scarce scholarly.

The adoption of international documents on sustainable development is inherent in the principle of mutual agreed commitments to achieve stipulated sustainable goals through the definition of domestic binding legal framework supportive to these commitments. However, the domestic law system become an obstacle to international cooperation through overlapping, contradiction, and different legal understandings, being a pertinent topic in the international norm adoption process scholarly.

On one hand, international treaties normally do not stipulate how the State shall implement its provisions internally, the other hand, the legal system of each State provides what is the hierarchical level of international norm: equivalent to ordinary law, constitutional law, or any other internal norms<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> KÖHN, E. A norma internacional no ordenamento jurídico brasileiro. *Boletim Jurídico*, v. 752, 2011. Available at: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2185>. Access on: 10 Feb. 2023.

The tangible element between international and domestic laws becomes visible when international norms become part of domestic legislations, but divergences between doctrines help to explain how different jurisdictions approach international law, the relationship and prevalence of international and domestic norms. The importance to specify the hierarchy of rules rests on the necessity to resolve controversies caused by the possible conflict between international and domestic norms.

Theories of the relationship between international law and national law have systematic variations as following:

### 1.1 Monism

Monism supports that the international norm does not need to be translated into the domestic juridical system. The adoption process is done by immediate incorporation, the so-called self-execution, and ratification is enough for the acceptance of the legal terms. In some jurisdictions, Human Rights laws, such as the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) automatically become part of national law upon the State's ratification<sup>2</sup>. This automatic adoption indicates that both international and norms are in the same juridical system, with a two-folded understanding of hierarchy of laws based on the jurisprudences of Hegel and Kelsen.

Monism with primacy in domestic law has its roots in Hegelianism, which supports the State's absolute sovereignty. The State shall not be subject to any other legal system against its own will, having as consequence losing validity and effectiveness expected of a normative instrument. The Constitution above all is hierarchical superior or international norms.

From Kelsen's monist perspective, international law is the form of customary law or peremptory norms, a general practice that is thus accepted and adopted by the States. International law is hierarchical superior to domestic laws, since "one can conceive of international

<sup>2</sup> UNITED NATIONAL ENABLE. Secretariat for the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (SCRPD). *International norms and standards relating to disability*: part I. National Frameworks. 2003. Available at: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/comp101.htm#1.4>. Access on: 18 May 2023.

law together with the state legal systems as a unified system of norms in exactly the same way as one is accustomed to regarding the state legal system as a unity.” The monist theory denies State sovereignty since there is supremacy of international over domestic law<sup>3</sup>.

France is an example of a monist State. The article 55 of the 1958 French Constitution brings that “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.” (Treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon publication, have greater superiority than that of laws, subject, for each agreement or treaty, to its application by the other party.)

Monist States require that ratification must be approved by the Parliament, especially in cases where the treaty modifies internal provisions. The process of incorporation of an international norm is not necessary but is also possible. The 1969 Vienna Convention adopts the monist theory, in its “Article 27. Internal Law and Observance of Treaties: A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.”<sup>4</sup> The article refers to the obligation of the State to perform a treaty, which is in force, regardless of if a domestic norm is contrary. It is clear, therefore, that the international norm prevails in case of a conflict of law. Within international treaty law, monism is an ideal form of incorporation due to the automaticity characteristics that avoid conflict of laws.

## 1.2 Dualism

Contrary to the monists, the dualist school brings about an antagonism to both laws. International law and domestic law are independent of each other. Independence in the sense that both laws have different origins, act in different spheres, and have different objectives<sup>5</sup>.

Their relationship is established through the common will of contractual States to accommodate and incorporate international laws *verbi gratia* into the domestic juridical system. During the litigation process involving transnational matters, for instance, the domestic Courts will give direct effect to international law<sup>6</sup>.

Incorporation is usually done through parliamentary or legislative procedure, or given effect by national courts, where international law is translated and implemented into the national legal system<sup>7</sup>. This legislative process involves analysis of existing internal laws in order to avoid overlapping and conflict of laws, however, the relationship between both remains inexistent if there is ratification without incorporation. The treaty is not part of the national system, not being applicable or enforceable.

The main argument of the dualists is to support the relative independence between international and domestic law is the State’s sovereignty, being State the solely responsible for the creation and interpretation of laws for their own individuals.

The United Kingdom adopts a dualist approach, since international law is only valid after it is accepted as a domestic law through parliamentary procedure, with “[...] post-ratification incorporation by legislation by a treaty [...]” otherwise “[T]he unincorporated treaty has no legal effect in English Law”<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> AHL, Björn. Chinese law and international treaties. *Hong Kong Law Journal*, v. 39, n. 735, 2009. Available at: <http://www.cesl.edu.cn/upload/201101136092167.pdf>. Access on: 13 Jan. 2023.

<sup>4</sup> UNITED NATIONS. *Vienna Convention on the law of treaties*. 1969. Available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>. Access on: 22 May 2023.

<sup>5</sup> XUE, Hanqin; JIN, Qian. International treaties in the chinese domestic legal system. *Chinese Journal of International Law*, v. 8, n. 2, p. 299-322, 2009. DOI: 10.1093/chinesejil/jmp007. Access on: 27 Nov. 2014.

<sup>6</sup> SHELTON, D.; KISS, A. *Judicial handbook on environmental law*. United Nations Environmental Programme, 2005.

<sup>7</sup> ROSE, G. L. National and global environmental laws: dichotomy and interlinkages as examined through the implementation of multilateral environmental agreements. In: PREPARATORY MEETING OF THE WORLD CONGRESS ON JUSTICE, GOVERNANCE AND LAW FOR ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY, 1., 2011. *Proceedings* [...]. [S. l.: s. n.], 2011. Available at: <http://www.unep.org/delc/Portals/24151/NationalandGlobalEnvironmentalLaws.pdf>. Access on: 22 May 2023.

<sup>8</sup> UNITED NATIONAL ENABLE. Secretariat for the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (SCRPD). *International norms and standards relating to disability: part I. National Frameworks*. 2003. Available at: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/comp101.htm#1.4>. Access on: 18 May 2023.

<sup>8</sup> UNITED NATIONAL ENABLE. Secretariat for the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (SCRPD). *International norms and standards relating to disability: part I. National Frameworks*. 2003. Available at: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/comp101.htm#1.4>. Access on: 18 May 2023.

### 1.3 Dialectical model

Despite monism and dualism being the prevailing doctrines in the West, the Dialect model, introduced by the Soviet legal system, remains relevant and is still in practice in China.

Strongly influenced by Marxists thoughts, it is neither monist nor dualist, despite of having elements in common with the West dualism, since it assumes the separation of both norms and the need of internalization. The difference is the fact that the dialectical model understands that international and domestic laws are distinct yet complementary legal systems. The process of adoption of an international treaty must be in conformity with domestic laws which may result in a certain level of flexibility granted to State organs<sup>9</sup>.

The doctrine does not specify the possibility of conflict of laws, but one may suggest the primacy of the domestic law due to Marx ideas over Communism and the *proletariat* Revolution:

Chinese scholars reject both the monistic and dualistic views that are typically used to describe the relationship between international law and municipal law. The monist theory with primacy of international law is criticised as denying state sovereignty and as reflecting an imperialist policy to control the world through world law. The dualist theory is regarded as overemphasising the formal antagonistic aspect of international law and municipal law<sup>10</sup>.

For China, State sovereignty is the guiding principle of its foreign relations: the State has supreme and absolute authority over applicable legislations.

The Chinese international law, *suis generis*, is still largely influenced by Soviet Union: the contemporary dialectical model found in China is determined by the complex division of labor between the legislative, executive and judiciary. Nowadays, the doctrines are still in use, perhaps with different characteristics as brought by the pure theories.

<sup>9</sup> AHL, Björn. Chinese law and international treaties. *Hong Kong Law Journal*, v. 39, n. 735, 2009. Available at: <http://www.cesl.edu.cn/upload/201101136092167.pdf>. Access on: 13 Jan. 2023.

<sup>10</sup> AHL, Björn. Chinese law and international treaties. *Hong Kong Law Journal*, v. 39, n. 735, 2009. Available at: <http://www.cesl.edu.cn/upload/201101136092167.pdf>. Access on: 13 Jan. 2023.

### 2 Transnational Legal Process

Although both monistic and dualistic theories have their positive aspects, most States have a largely dualistic Constitution, since an automatic adoption of international treaties may offend their sovereignty<sup>11</sup>.

Transnationalism as a theory has emerged from the globalization phenomenon since the idea of cross-border regulatory system may not suffice in a statistic international law environment. Since 1950s, the term has been applied to several fields in social sciences, economics and law, and its scholarship gained space accordingly. Since mentioned by Philip Jessup in 1956 in a speech addressed at the American Yale University, transnational law emerged as a doctrine, vastly applied in different fields of law, such as immigration and criminal procedure law<sup>12</sup>.

The adoption of an international norm into the domestic legal system is done through interaction, interpretation and internalization, which Harold Hongju Koh describes as transnational legal process:

One or more transnational actors provokes an interaction (or series of interactions) with another, which forces an interpretation or enunciation of the global norm applicable to the situation. By so doing, the moving party seeks not simply to coerce the other party, but to internalize the new interpretation of the international norm into the other party's internal normative system. The aim is to "bind" that other party to obey the interpretation as part of its internal value set. Such a transnational legal process is normative, dynamic, and constitutive. The transaction generates a legal rule which will guide future transnational interactions between the parties; future transactions will further internalize those norms; and eventually, repeated participation in the process will help to reconstitute the interests and even the identities of the participants in the process<sup>13</sup>.

Transnational legal process represents a mechanism through which an international law is internalized into different domestic legal systems by executive and le-

<sup>11</sup> KÖHN, E. A Norma internacional no ordenamento jurídico brasileiro. *Boletim Jurídico*, v. 752, 2011. Available at: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2185>. Access on: 10 Feb. 2023.

<sup>12</sup> KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 181, 1996. Available at: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2096](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096). Access on: 15 Jan. 2023.

<sup>13</sup> KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 181, 1996. Available at: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2096](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096). Access on: 15 Jan. 2023.

gislative action, or by judicial interpretation, increasing compliance and obedience of international law norms by the States<sup>14</sup>.

Despite adopting a dualist approach, this premise does not support the traditional idea of dualism described above, with the separation and independence of international and domestic law, rather with certain elements of interdependence and influence.

Transnationalism differs from international law in three elements: it is non-traditional in terms of form; non-static in terms of actors; dynamic in terms of content; and normative in terms of behavior<sup>15</sup>. Unlike international law, there is no traditional segregation between international and domestic, public and private laws, as they are as interconnected. International law, as previously explained, influences domestic laws after the internalization process is implemented; while public law may also deal with elements of private law and vice versa that, for instance, are applicable to mixed ownership corporations. In transnational law, the actors can be either States, non-state actors and individuals, while the international law usually considers States, international organizations and non-governmental organizations as actors with international legal personality, excluding individuals, public and private corporations<sup>16</sup>. Another difference is that transnational law is dynamic since it is in constant change resultant of globalization challenges and new society's needs.

Transnational law sources, like the traditional international law, are composed by customary practices, jurisprudences, norms, and patterns of behavioral regulation, which transcends and crosses borders, being a hybrid form of international and domestic law.

Koh's analogy of transnational law with the internet "dot.com" concept, which explains that the law can "downloaded" and "uploaded", is an interesting method for analysis and comprehension. First, interna-

tional law shall be downloaded to domestic law. It is a process of internalization of the law, and common process for international laws to be valid within the borders of the State. Second, the law is uploaded and then downloaded.

A domestic law that is adopted by an international law, such as the Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, can be drafted considering the States' own recommendations, reservations and optional protocols adherence. Once it becomes an international norm, it is adopted and internalized into their legal systems<sup>17</sup>. Third, the law is borrowed and "horizontally" implemented from one nation to another, which is the case of several colonies that adopted norms originated from their colonizers<sup>18</sup>.

Environmental protection norms are an intriguing example. Originally, international norms would bring specificity to a certain topic on areas over air or water pollution, forests and wildlife protection, hazardous waste, among many other themes, like The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer or even the Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, Basel. Then, in other following treaties, some topics started to be approached together.

Our Common Future and Rio Declaration contain principles and guidelines to reach the sustainable development goals in their scope. It is a common practice that international environmental laws have their legal texts aligned with the Our Common Future as well as guide the *signataires* on how to adjust and internalize environmental principles.

Sustainable development has become a legal value within their legal system, where the members shall accomplish through new strategies and governmental planning. Notwithstanding, sustainable development became an applausive linkage between international and domestic laws, with renewable energy being the main

<sup>14</sup> RAUSTIALA, K.; SLAUGHTER, A. M. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, W.; RISSE, T.; SIMMONS, B. (ed.). *The handbook of international relations*. [S. l.]: Sage Publications, 2002. p. 538-559. Available at: <http://www2.law.ucla.edu/raustiala/publications/International%20Law,%20International%20Relations%20and%20Compliance.pdf>. Access on: 15 Jan. 2023.

<sup>15</sup> KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 181, 1996. Available at: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2096](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096). Access on: 15 Jan. 2023.

<sup>16</sup> REZEK, F. *Direito internacional: curso elementar*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

<sup>17</sup> RAUSTIALA, K.; SLAUGHTER, A. M. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, W.; RISSE, T.; SIMMONS, B. (ed.). *The handbook of international relations*. [S. l.]: Sage Publications, 2002. p. 538-559. Available at: <http://www2.law.ucla.edu/raustiala/publications/International%20Law,%20International%20Relations%20and%20Compliance.pdf>. Access on: 15 Jan. 2023.

<sup>18</sup> KOH, Harold Hongju. Why transnational law matters. *Penn State International Law Review*, v. 745, 2006. Available at: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1793](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793). Access on: 13 Feb. 2023.

tool achieve it. International commitment with sustainability has been crucial to tighten the relations among and between States.

In order to compile and harmonize with international documents, existing laws were amended, and new laws needed to be enacted. It is in this scenario that the interaction between sustainable development and renewable energy became evident, and for the purpose of this dissertation, renewable energy is explained in the context of sustainable development as a hierarchy of goals and constraints within international law<sup>19</sup>.

The concept of normativity is related to the process of interaction and internalization. International law influences national identities and interest once it is internalized in the domestic legal systems, in a very natural way. When an “international rule penetrates into a domestic legal system, thus becoming part of that nation’s internal value set,” since the parties alter their behavior, relationships and expectations not with the international laws but with the commitment and relationship with one another<sup>20</sup>.

These identities and interests are endogenous to and arise from the interaction when interpretations and cultural values are shared between actors. Koh, however, failed to raise the possibility of conflict of laws, most specifically between international and domestic laws when the advent of internalization. Certain jurisdictions may adopt of the principles *lex superior derogat legi inferiori* (a law higher in the hierarchy repeals the lower one), *lex posterior derogat legi priori* (a later law repeals a prior one) or *lex specialis derogat legi generali* (a special law repeals a general law) as main remedies. France (FC. Art. 55), Greece (FC. Art. 28, 1), Peru (FC. Art. 101), for instance, adopt that any international treaty prevails over domestic laws<sup>21</sup>.

Conventionally, “[M]odern environmental laws have increasingly reflected the inter-relatedness of the environment by creating rights and duties that are general in

nature [...]” they may conflict with the with more specific laws, thus a general and special law that discuss over the same subject, should be harmonized<sup>22</sup>.

In the Chinese jurisdiction, conflict of laws allows different approaches and interpretations. The first approach is the prevalence of international law over domestic law. The Civil Procedure Law, Article 189 brings that

[I]f an international treaty concluded or acceded to by the People’s Republic of China contains provisions that differ from provisions of this Law, the provisions of the international treaty shall apply, except for those on which China has made reservations.

Hanqin Xue and Quian Jin defends, however, that

it cannot be concluded in sweeping terms that international law prevails over domestic law under the Chinese legal system, because the prevailing force of treaties in domestic law is not derived from any legal provision of the Constitution or a national law of general application but is confined to those international obligations explicitly undertaken by China.<sup>23</sup>

In this respect, this provision is only valid of matters related to the Civil Procedure Law.

The second approach is similar to *lex specialis derogat legi generali*: a special treaty or a special rule in a treaty prevails over a related domestic law, like the Kyoto Protocol or Paris Agreement<sup>24</sup> with the implementation provisions and mechanism of compliance.

The most unique legal characteristic of Chinese law is that there is no universal approach to solve conflicts of laws: its resolution depends on the subject of law, being in Civil Procedure Law or other areas of law. Interpretation, the second step of Koh’s transnational legal process, is considered as an instrument to avoid unconstitutionality of the international treaty. The international treaty shall only be adopted after the analysis done by the Judiciary to ensure that there is no conflict

<sup>19</sup> THE INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *IPCC special report on renewable energy sources and climate change mitigation*. Cambridge University Press, 2011.

<sup>20</sup> SIMMONS, B. A.; STEINBERG, R. H. *International law and international relations*. Cambridge University Press, 2006.

<sup>21</sup> MAZZUOLI, V. O. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. *Revista CEJ*, v. 14, p. 112-120, 2001. Available at: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a\\_pdf/mazzuoli\\_judiciario\\_leis\\_nac\\_intern.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/mazzuoli_judiciario_leis_nac_intern.pdf). Access on: 13 Feb. 2023.

<sup>22</sup> MAGRATH, C. *Does environmental law work? how to evaluate the effectiveness of an environmental legal system*. [S. l.]: Lambert Academic Publishing, 2010.

<sup>23</sup> XUE, Hanqin; JIN, Qian. International treaties in the chinese domestic legal system. *Chinese Journal of International Law*, v. 8, n. 2, p. 299-322, 2009. DOI: 10.1093/chinesejil/jmp007. Access on: 27 Nov. 2014.

<sup>24</sup> MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Direito internacional e litúgio climático. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, 2022. Available at: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8450/pdf>. Access on: 8 Oct. 2023.

with equivalent domestic law, thus creating case precedents in domestic legal system<sup>25</sup>. Also, the Judiciary can make changes in the domestic laws, through rules alteration and changes in the legal claims<sup>26</sup>.

By way of illustration, multilateral environmental treaties' obligation to promote public participation shall be referred as guidance by a judge in interpreting legislation that concerns public environmental objections to a proposed industrial development.

As Gregory Rose explains:

There is a widespread practice among judiciaries worldwide of utilising customary international law as a tool simply to guide the interpretation of domestic laws, so as to minimise or avoid National and Global Environmental Laws conflict between the international and domestic laws. Consequently, environment-related principles in customary international law can be readily accepted in domestic tribunals as legitimate guidance for the interpretation of statutes and regulations, if universal practice and whether it is considered to be legally binding can be discerned<sup>27</sup>.

Sustainable development has also presented characteristics of interstitial norms. As a meta-principle, it works as a mean for interpretation

[...] acting upon other legal rules and principles – a legal concept exercising a kind of interstitial normativity, pushing and pulling the boundaries of true primary norms when they threaten to overlap or conflict with each other. Lowe's interstitial norms operate as modifying norms which 'do not seek to regulate the conduct of legal persons directly' but rather establish the relationship between primary norms<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> ROSE, G. L. National and global environmental laws: dichotomy and interlinkages as examined through the implementation of multilateral environmental agreements. *In*: PREPARATORY MEETING OF THE WORLD CONGRESS ON JUSTICE, GOVERNANCE AND LAW FOR ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY, 1., 2011. *Proceedings* [...]. [S. l.: s. n.], 2011. Available at: <http://www.unep.org/delc/Portals/24151/NationalandGlobalEnvironmentalLaws.pdf>. Access on: 22 May 2023.

<sup>26</sup> SIMMONS, B. A.; STEINBERG, R. H. *International law and international relations*. Cambridge University Press, 2006.

<sup>27</sup> ROSE, G. L. National and global environmental laws: dichotomy and interlinkages as examined through the implementation of multilateral environmental agreements. *In*: PREPARATORY MEETING OF THE WORLD CONGRESS ON JUSTICE, GOVERNANCE AND LAW FOR ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY, 1., 2011. *Proceedings* [...]. [S. l.: s. n.], 2011. Available at: <http://www.unep.org/delc/Portals/24151/NationalandGlobalEnvironmentalLaws.pdf>. Access on: 22 May 2023.

<sup>28</sup> BARRAL, Valérie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 377-400, 2012. DOI: 10.1093/ejil/

The metal-principal clarifies the subject of discussion through details where the norm is still non-existent.

The Judiciary shall analyze treaties when interpreting domestic laws at any level in order to avoid ambiguity and conflict of laws through the interpretative enforcement mechanism<sup>29</sup>. Several international environmental documents are based on information-sharing and voluntary compliance, which facilitate this mechanism<sup>30</sup>.

This statement shall be valid for general documents that bring principles and guidelines concerning environmental protection. Provisions related to sustainable development shall also object of interpretative enforcement, since it is a relatively new principle taken from international treaties and implemented domestically. But international documents that are already subject of controversy, like the Kyoto Protocol, might not be applicable in this case. In order words, depending on the nature of the document, and how specific or general it is, the interpretative enforcement may or may not be valid.

While monists and dualists converge concerning the dual spheres of law, international or domestic, the traditional and static characteristics of international law debate have become obsolete. Contemporary topics such as sustainable development require a dynamic approach that allows other forms of legal interpretation and enforcement.

The academic research field of transnationalism overlooks the challenges and barriers to implementing international climate change agreements, such as the Kyoto Protocol and the Paris Agreement. These challenges may include insufficient legal coordination to implement directives and legislations that are in line with the international documents. Therefore, future research should also focus on identifying practical solutions to overcome these barriers and promote effective implementation of these international agreements yet avoiding possible conflict of laws.

Also, the need for more comprehensive analysis of the cultural and social factors that influence the adop-

chs016.

<sup>29</sup> HATHAWAY, Oona A.; MCELROY, Sarah; SOLOW, Sabel A. International law at home: enforcing treaties in U.S. Courts. *Faculty Scholarship Series*, v. 3851, 2012. Available at: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3851](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3851). Access on: 13 Jan. 2023.

<sup>30</sup> SIMMONS, B. A.; STEINBERG, R. H. *International law and international relations*. Cambridge University Press, 2006.

tion and implementation of international environmental laws is not researched within transnationalism. China has unique legal characteristics, with cultural, social, economic factors based on strong socialism ideologies that influences environmental governance. It is hence paramount to understand these factors to effectively promote sustainable development. Therefore, future research should also evaluate the role of culture, values, and social norms in shaping environmental policy and governance.

Finally, International law's constraints rely on its aspect of being an international rule over a case-by-case basis involving one or more States and possible conflicts with domestic laws due to its verticalization nature are eminent<sup>31</sup>. The content of each international agreement is related to one specific topic to States or organizations, which limits the scope of international law.

### 3 Understanding the Chinese legal system

Despite having a Civil Law system, Chinese law presents unique characteristics with combination of traditional customs and practices with Soviet and German influence. As the modern Chinese legal system had to quickly adapt since 1978, laws failed to provide detailed specifications over the treaty receipt, often relying on common practice. The Chinese government has an ongoing project regarding legal reform, which allows amendments of existing laws. The Renewable Energy Law was amended in 2009, to be consistent with international commitments China have been engaged with.

In the Chinese jurisdiction, international treaties shall be concluded following the provisions of the 1990 Law of the People's Republic of China on the Procedure of the Conclusion of Treaties, hereinafter, "The Treaty Procedure Law". The Law is applicable to both bilateral or multilateral treaties and agreements, as well as similar instruments concluded between the People's Republic of China and foreign States. The procedures for acceding to multilateral treaties and agreements

follow a procedure that involves different organs, as specified by the Law of the People's Republic of China on the Procedure of the Conclusion of Treaties, Article 11.

Interesting fact is the unbalanced importance given to each governmental body. At the international level, the Chinese Head of State, or his representative shall be responsible for the negotiation and ratification process.

According to the PRC Constitution,

Article 81 The President of the People's Republic of China, on behalf of the People's Republic of China, engages in activities involving State affairs and receives foreign diplomatic representatives and, in pursuance of the decisions of the Standing Committee of the National People's Congress, appoints or recalls plenipotentiary representatives abroad, and ratifies or abrogates treaties and important agreements concluded with foreign states<sup>32</sup>.

The Law of the People's Republic of China on the Procedure of the Conclusion of Treaties adds that: "The President of the People's Republic of China, in accordance with decisions of the Standing Committee of the National People's Congress, ratifies and abrogates treaties and important agreements concluded with foreign States."

The president is not entitled to ratify any international document without the sanction from the NPCSC, but it is his role the act of ratifying or abrogating international documents. The Ministry of Foreign Affairs is responsible for the administration of the treaty process as well as coordination with the international organs concerning the status of the process. After the approval, the Ministry of Foreign Affairs shall exam, make necessary recommendations and submit it to the State Council.

Internally, the State Council shall review and submit it to the Standing Committee of the National People's Congress, which shall decide on accession, ratification or abrogation of the treaty. The crucial decision to finally ratify or not the treaty is done by the NPCSC.

<sup>31</sup> WILETS, James D. A unified theory of international law, the state, and the individual: transnational legal harmonization in the context of economic and legal globalization. *Journal of International Law*, v. 31, n. 3, p. 753-772, 2014. Available at: <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol31/iss3/3>. Access on: 28 June 2023.

<sup>32</sup> EMBASSY OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA IN THE FEDERAL REPUBLIC OF NIGERIA. *Constitution of the People's Republic of China*. Full text after amendment on March 14, 2004. Available at: <http://ng.china-embassy.gov.cn/eng/jrzg/constitution/#:~:text=Article%2081%20The%20President%20of,People%27s%20Congress%2C%20appoints%20or%20recalls>. Access on: 28 June 2023.



There is also the possibility to amend the treaty, if permitted in the text. The State Council shall draft major modifications, if necessary, and publishes the treaty on the bulletin of the NPCSC. Mainly “[T]he State Council exercises the following functions and powers: to conduct foreign affairs and conclude treaties and agreements with foreign States<sup>33</sup>.”

The NPCSC and the State Council have different roles in the process. There are few disparities in the treaty making process in the Chinese jurisdiction depending on the nature of the treaty, for instance, the related Head of Ministry of State Council concludes less important treaties and international agreements<sup>34</sup>.

As a general rule, the NPCSC has *de facto* power to legislate, having an active role within the Chinese legal system, being responsible to interpret and modify laws, like the article 67 provides “[T]he Standing Committee of the National People’s Congress exercises the following functions and powers: to decide on the ratification or abrogation of treaties and important agreements concluded with foreign states<sup>35</sup>.” In the treaty making process, the NPCSC is the constitutional authority to advise and provide legal authorization over the ratification or abrogation of the international document<sup>36</sup>.

The Ministry of Foreign Affairs and the president has a minor role, while the State Council and the NPCSC participate actively to conclude the treaty. The transnational legal process is applied differently in China. First because the process of internalization of a treaty is done through different layers and organs, until it can be incorporated in the society; and second, the adhesion to an international treaty is influenced by the

realm of sovereignty, as Sonya Sceats and Shaun Breslin states,

Chinese commentators agree that the ‘sovereignty-bound’ (is the) approach to international relations and international law [...] From the fall of the Qing dynasty in 1911 onwards, China’s leaders invoked the principles of state sovereignty and sovereign equality as a protection against further foreign incursions<sup>37</sup>.

The theory is, however, still suitable for China since there is a direct influence of identity in both ways.

China signed and ratified treaties about discrimination, apartheid, refugees and genocide<sup>38</sup>, but it has shown reluctant to adopt international laws that go against its legislation or common practice, such as political, religion, press freedom, death penalty, among others.

China has signed, but not ratified the International Covenant on Civil and Political Rights, which guarantees essential rights ranging from freedom of expression and political participation with regular and free elections; and not signed nor ratified the Optional and the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, for the abolition of the death penalty.

The reservations are, therefore, a mechanism that reflect Beijing’s concern with sovereignty and non-interference in China’s internal affairs. The approach regarding Human Rights treaties, reinforced criticisms, and accusations over China’s political, press freedom and other Human Rights infringements. Concerning China’s societal identity, traditional ideologies still influence the adoption of international treaties.

The Chinese Constitutional law is still influenced by the concept of collective state leadership, with powers distributed between the office of General Secretary of the Communist Party and shared with the Politburo Standing Committee. This diluted power between the constitutional position of the president as the highest

<sup>33</sup> CHINA. The National People’s Congress of the People’s Republic of China. *Law of the People’s Republic of China on the Procedure of the Conclusion of Treaties*. Available at: [http://www.npc.gov.cn/english-npc/Law/2007-12/12/content\\_1383893.htm](http://www.npc.gov.cn/english-npc/Law/2007-12/12/content_1383893.htm). Access on: 19 Mar. 2023.

<sup>34</sup> AHL, Björn. Chinese law and international treaties. *Hong Kong Law Journal*, v. 39, n. 735, 2009. Available at: <http://www.cesl.edu.cn/upload/201101136092167.pdf>. Access on: 13 Jan. 2023.

<sup>35</sup> CHINA. The National People’s Congress of the People’s Republic of China. *Law of the People’s Republic of China on the Procedure of the Conclusion of Treaties*. Available at: [http://www.npc.gov.cn/english-npc/Law/2007-12/12/content\\_1383893.htm](http://www.npc.gov.cn/english-npc/Law/2007-12/12/content_1383893.htm). Access on: 19 Mar. 2023.

<sup>36</sup> AHL, Björn. Chinese law and international treaties. *Hong Kong Law Journal*, v. 39, n. 735, 2009. Available at: <http://www.cesl.edu.cn/upload/201101136092167.pdf>. Access on: 13 Jan. 2023.

<sup>37</sup> SCEAT, Sonya; BRESLIN, Shaun. *China and the international human rights system*. Chatham House (The Royal Institute of International Affairs), 2012. Available at: [https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/r1012\\_sceatsbreslin.pdf](https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/r1012_sceatsbreslin.pdf). Access on: 13 Jan. 2023.

<sup>38</sup> SCEAT, Sonya; BRESLIN, Shaun. *China and the international human rights system*. Chatham House (The Royal Institute of International Affairs), 2012. Available at: [https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/r1012\\_sceatsbreslin.pdf](https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/r1012_sceatsbreslin.pdf). Access on: 13 Jan. 2023.

representative of the State in the international affairs results in symbolic role of the president in the foreign affairs<sup>39</sup>.

“The Treaty Procedure Law”, does not provide the treaty adoption and transformation into the Chinese legal system. The publication brings a legal binding element to the treaty, but to have national applicability, three more steps are required: a) the adoption of the norms by the legislature, b) issuing of the judicial interpretation by the Supreme People’s Court, c) harmonization of laws<sup>40</sup>. Treaty-making, as well as constitutional and legal interpretation, are responsibility of legislative organs, not the judiciary. While China rejects the traditional monism doctrine, the dialectal doctrine allows the process of internalization within the legal system.

In 1994, The State Council, for instance, issued a directive calling on government institutions at all levels related to environmental protection and other similar fields, to consider China’s Agenda 21 as national strategic guideline integrated with the Five-Year Plan (1996-2000). The draft of the Chinese Agenda 21 started in 1992 right after the Earth Summit. A series of revision and amendment of existing environmental law at national and local levels were therefore needed.

In addition, the state Council has issued Provisional Regulations for Prevention and Clean up of Water Pollution along the Huihe River Valley, the first regional environmental law of its kind in China. So far, China has promulgated six laws on environmental protection, nine laws on management of natural resources, more than 30 sets of administrative regulations on environmental protection and resource management, and more than 30 other laws and regulations pertaining to sustainable development. Furthermore, the government has published 364 national standards for environmental protection and 600 local regulations on environmental preservation and resource management<sup>41</sup>.

China’s effort to broader the environmental legislation framework was propelled by the ratification of the Stockholm Declaration on the Human Environment,

and gained strengthen to with the Rio 1992 Summit, *vis-à-vis* the growing need to protect the environment amid reliance on coal production.

Even with the signature and ratification of the global Agenda 21, which was indeed adopted by the legislature, China prepared for its own Agenda 21, that captured their social and economic situations. This is a more complete implementation of an international document, which translates the necessity to implement sustainable development directives *de facto* and *de jure*. The Rio Declaration is a broad guideline, while the local Agenda 21 brings specific strategies to be adopted by the laws, and in the Chinese case, stipulated targets to be reached, with a bolder approach that includes judiciary documents. China was the first developing State to adopt the Rio Declaration, which resulted in the commitment of the legislative and judiciary organs to enact new laws and amend existing ones<sup>42</sup>. There is here a two-level approach to the Agenda 21, an interesting demonstration of a non-binding (voluntarily implemented action plan) and binding by domestic laws. In other words, China transformed the voluntary international commitments of the Agenda 21 into legally binding obligations under its domestic laws, demonstrating its proactive approach to ensure that the sustainable development goals outlined in the Agenda 21, enforceable through its legal system.

## 4 Conflict of Laws

The current legal apparatus is divided into Constitution, laws, administrative regulations, local regulations, ministerial and local ordinances, and judicial interpretations<sup>43</sup>. They are vertically set with certain level of independence and hierarchical values, however since they verse about different legal issues and have different of legal value, the checks and balances system is not applicable<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> AHL, Björn. Chinese law and international treaties. *Hong Kong Law Journal*, v. 39, n. 735, 2009. Available at: <http://www.cesl.edu.cn/upload/201101136092167.pdf>. Access on: 13 Jan. 2023.

<sup>40</sup> AHL, Björn. Chinese law and international treaties. *Hong Kong Law Journal*, v. 39, n. 735, 2009. Available at: <http://www.cesl.edu.cn/upload/201101136092167.pdf>. Access on: 13 Jan. 2023.

<sup>41</sup> UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT KNOWLEDGE PLATFORM. *Natural resource aspects of sustainable development in China*. 1997. Available at: <http://www.un.org/esa/agenda21/natlinfo/countr/china/natur.htm>. Access on: 20 May 2023.

<sup>42</sup> ZHANG, Junjie. Delivering environmentally sustainable economic growth: the case of China. *Asia Society*, 2012. Available at: [http://asiasociety.org/files/pdf/Delivering\\_Environmentally\\_Sustainable\\_Economic\\_Growth\\_Case\\_China.pdf](http://asiasociety.org/files/pdf/Delivering_Environmentally_Sustainable_Economic_Growth_Case_China.pdf). Access on: 29 May 2023.

<sup>43</sup> XUE, Hanqin; JIN, Qian. International treaties in the chinese domestic legal system. *Chinese Journal of International Law*, v. 8, n. 2, p. 299-322, 2009. DOI: 10.1093/chinesejil/jmp007. Access on: 27 Nov. 2014.

<sup>44</sup> CHINA INTERNET INFORMATION CENTER. *China’s cur-*

The hierarchy of norms has fundamental importance to international law, since it enables to understand the treaty adoption process including the treaty value within the domestic legal system and the prevalence of which norm (international or domestic) in case of conflict. In China, however, each regulation is promulgated by different organs, within a very a complex system. Also, the process of adoption of a treaty and its equivalence in the Chinese legal system is not as clear, resulting in diverse discussions within international law scholarly.

According to the Law of Legislation of China from 2000, the 1982 PRC Constitution (amended in 2004) is the Supreme Law, and no other legislation shall violate the principles or provisions set forth by the Constitution. The Constitution besides being the guidance of the Chinese society, reinforces the one-party socialist republic political system as well as the socialism tradition with Chinese characteristics (the combination of socialist principles with market-oriented economic policies and a one-party political system led by the Communist Party of China, CPC).

Followed by the Constitution, there are national laws, which are legislations passed by the National People's Congress, the highest organ of state power, and its Standing Committee signed by the chairman upon being published. The Renewable Energy Law, for instance, was adopted at the 14th Meeting the Standing Committee of the Tenth National People's Congress on February 28, 2005; Amended according to the Decision of the 12th Meeting of the Standing Committee of the 11th National People's Congress on December 26, 2009. The laws passed by National People's Congress and the Standing Committee have national coverage and is only hierarchical inferior of the Constitution. In parallel, there are also Autonomous Regulation and Separate regulation, passed by the People's Congresses of Autonomous Region, applicable to Tibet, Xingjiang, Inner Mongolia, Guangxi and Ningxia; and Law of Special Administrative Region, passed by Legislative Organ of Special Administrative Region, applicable to Hong Kong, Macau.

Administrative Regulations are passed by the State Council and signed by the Prime Minister upon being published. Usually, they regulate matters regarding economy, politics, education, science, culture, for instance,

however many environmental-related regulations were issued as administrative regulations, such as Implementation Rules for the People's Republic of China on Prevention and Control of Water Pollution Law, from the State Council, No. 284, promulgated in 1989 and revised in 2000), and the Regulations on the Administration and Use of Pollution Discharge Fee from the State Council, No. 369, promulgated in 2003. In general, these types of regulations are detailed directions and requirements for carrying out legislations and enforcing them.

Local Regulations are legislations passed by the Local People's Congress at the provincial or municipal level and shall only be applied within the administrative territory of that province or municipality. Most of environmental regulations in China are done locally. Ordinances are divided into ministerial and local. The ministerial ordinance or decree refers to the rules made by the ministries under the State Council such as Ministry of Commerce to dictate the affairs of the ministry, while local Ordinance refers to the rules made by the local provincial or municipal governments.

Judicial interpretations are issued by the Supreme People's Court, but they are not recognized as a source of law by the Legislation Law. These judicial interpretations carry substantial weight in legal practice: judicial interpretation stands independent without subjecting themselves to any other legislation (excluding the Constitution) and may to some degree alter the original laws by wielding its discretion in interpreting the laws (referring to laws made by NPC and its Standing Committee)<sup>45</sup>.

Following its commitment to economic reform and opening up in late 1970s, China has actively participated in the realm of international law, signing a significant number of international documents that would soon be part of its judicial ordainment. The hierarchical level of the treaty has, thus, limited options. National laws are passed by the National People's Congress and its Standing Committee. Björn Ahl suggests that

[T]he rank of treaties is the same as the rank of the law which is adopted by the State organ that participates in the process of treaty-making, international treaties which are subject to the approval

*rent legislation structure.* Available at: <http://www.china.org.cn/english/kuaixun/76212.htm>. Access on: 13 Jan. 2023.

<sup>45</sup> CHINA INTERNET INFORMATION CENTER. *China's current legislation structure.* Available at: <http://www.china.org.cn/english/kuaixun/76212.htm>. Access on: 13 Jan. 2023.

of the NPC Standing Committee have the rank of national statutes<sup>46</sup>

Which is the same level as national laws passed by the NPCSC, however “[I]n Chinese practice, a treaty is superior to municipal law in application, though the Chinese Constitution has no express provision on the relative status of treaties and laws<sup>47</sup>.”

The importance of having a clear definition over the status of the international norm within the domestic legal system rely on the need to avoid conflict alongside with the enforceability according to the internal hierarchy of law. Currently there is a lack of provision in this direction, what results in the lack of coordination between the organs in the treaty making process.

## 5 The Chinese Agenda 21 Legal Process

The adoption of the global Agenda 21 by the Chinese government happened in a very pioneering way for the country<sup>48</sup>. Its adoption process lasted for 2 years, from 1992 to 1994, when the State Council finally promulgated the “China’s Agenda 21: White Paper on China’s Population, Environment, and Development in the 21st Century”. The document brings a mix of policies, measures, and strategies to implement sustainable development as result of its active participation in the Earth Summit<sup>49</sup>.

China’s international commitment to sustainability had direct impact into the legal system, with new policies, laws and regulations being updated and enacted accordingly. The new concept of sustainable development

was now incorporated to the legal framework, covering the three-pillar economy, society, and environment, with great influence from the ideologies contained in the international document. These laws are complementary to the China Agenda 21- and Five-Years Plans, which gave a legal enforceability to the government’s agenda towards sustainable development.

During the process of interaction and internalization, the term sustainable development was internalized and indeed had direct impact to determine China’s values and identities, since the Chinese government has been influenced by international discourse over sustainable development definitions and interpretations<sup>50</sup>. The term ‘sustainable development’ has been adopted by the government in national and international speeches, as well as in legislative pieces, such as the Five-Year Plans and Renewable Energy Law, becoming a national policy goal to be achieved through short and long-terms.

The Chinese Agenda 21 reinforces China as a developing country, and emphasizes that traditionalism is still present in the country:

There has been great progress in coordinating the relationship between economic development and environmental protection and in creating China’s own mode of environmental protection with Chinese characteristics. Sustainable development is a strategic choice that must be made by both developing and developed countries. For a developing country like China, however, the precondition for sustainable development is development<sup>51</sup>.

The government’s main concern is to promote economic growth, and progressively adopt a more sustainable agenda. It is important to mention that, in the Chinese political context, development is also perceived as economic growth<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> AHL, Björn. Chinese law and international treaties. *Hong Kong Law Journal*, v. 39, n. 735, 2009. Available at: <http://www.cesl.edu.cn/upload/201101136092167.pdf>. Access on: 13 Jan. 2023.

<sup>47</sup> ZOU, Keyua. International law in the chinese domestic context. *Valparaiso University Law Review*, v. 44, n. 3, p. 935-956, 2010. Available at: <http://scholar.valpo.edu/vult/vol44/iss3/10>. Access on: 27 June 2023.

<sup>48</sup> ZHANG, Junjie. Delivering environmentally sustainable economic growth: the case of China. *Asia Society*, 2012. Available at: [http://asiasociety.org/files/pdf/Delivering\\_Environmentally\\_Sustainable\\_Economic\\_Growth\\_Case\\_China.pdf](http://asiasociety.org/files/pdf/Delivering_Environmentally_Sustainable_Economic_Growth_Case_China.pdf). Access on: 29 May 2023.

<sup>49</sup> OBERHEITMANN, Andreas. *Approaches towards sustainable development in China*. [S. l.]: German Institute of Global and Area Studies, 2005. Available at: [http://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/openaccess/chinaaktuell/2005\\_4/giga\\_cha\\_2005\\_4\\_oberheitmann.pdf](http://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/openaccess/chinaaktuell/2005_4/giga_cha_2005_4_oberheitmann.pdf). Access on: 16 July 2023.

<sup>50</sup> NIELSEN, Stine Lykke. Chinese interpretations of sustainable development. In: NORDIC CONFERENCE OF CHINA STUDIES, 2003. *Proceedings* [...]. [S. l.]: University of Oslo, 2003. Available at: [http://www.nacsorg.com/nacs2003\\_papers/nacs\\_papers\\_fulltext\\_lykkenielsen.pdf](http://www.nacsorg.com/nacs2003_papers/nacs_papers_fulltext_lykkenielsen.pdf). Access on: 15 Jan. 2023.

<sup>51</sup> CHINA. Ministry of Ecology and Environment of the People’s Republic of China. Environment of the People’s Republic of China. *Report on “China’s Agenda 21”*. 1994. Available at: [https://english.mee.gov.cn/Events/Special\\_Topics/AGM\\_1/1994agm/meeting-doc94/201605/t20160524\\_345213.shtml](https://english.mee.gov.cn/Events/Special_Topics/AGM_1/1994agm/meeting-doc94/201605/t20160524_345213.shtml). Access on: 16 July 2023.

<sup>52</sup> OBERHEITMANN, Andreas. *Approaches towards sustainable development in China*. [S. l.]: German Institute of Global and Area Studies, 2005. Available at: [http://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/openaccess/chinaaktuell/2005\\_4/giga\\_cha\\_2005\\_4\\_oberheitmann.pdf](http://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/openaccess/chinaaktuell/2005_4/giga_cha_2005_4_oberheitmann.pdf). Access on: 16 July 2023.

NIELSEN, Stine Lykke. Chinese interpretations of sustainable devel-

The incorporation of international documents within the Chinese legal system must be in line with Party's ideologies, the country's sovereignty, security and economic development aims. It is paramount for Beijing to avoid any conflict with its traditional socialist values, still strongly present in the three political, legal and societal spheres to ensure continuity and stability in governance. Socialism and sustainable development can go hand-to-hand since their core concepts are based on the wellbeing of the society.

In China, the global Agenda 21, was not an official State document nor a national sustainable energy plan, and as suggested by the United Nations, it assumed the form of internal guidelines, with directives and strategies for new policies, which means that it has limited enforceability, supported by governmental programs and legislation. China's Agenda 21 thus presented innovative element with clearly defined objectives as means of strengthening the generation of hydroelectric power, advancing the establishment of heat recovery thermal facilities and nuclear power plants, and fostering energy conservation with consistent yearly efficiency gains, coupled with advancements in technical expertise and managerial proficiency, will amplify the significance of science and technology's contributions.

As result of the summit, Chinese legal system faced increasing changes, which around 120 laws and regulations were enacted and/or revised, including 13 natural resources protection laws, 3 disaster preparedness and mitigation laws, 6 environmental protection laws and over 100 regulations concerning population, resources, environment and disasters<sup>53</sup>. Special attention was given to environmental laws, which

[B]y the end of 2000, 18 national laws, 29 State Council decrees, numerous central governmental department regulations (more than 70 established by the State Environment Protection Agency), 375 items pertaining to national standards, and more than 900 local regulations were enacted<sup>54</sup>.

opment. In: NORDIC CONFERENCE OF CHINA STUDIES, 2003. *Proceedings* [...]. [S. l.]: University of Oslo, 2003. Available at: [http://www.nacsorg.com/nacs2003\\_papers/nacs\\_papers\\_fulltext\\_lykkenielsen.pdf](http://www.nacsorg.com/nacs2003_papers/nacs_papers_fulltext_lykkenielsen.pdf). Access on: 15 Jan. 2023.

<sup>53</sup> OBERHEITMANN, Andreas. *Approaches towards sustainable development in China*. [S. l.]: German Institute of Global and Area Studies, 2005. Available at: [http://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/openaccess/chinaaktuell/2005\\_4/giga\\_cha\\_2005\\_4\\_oberheitmann.pdf](http://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/openaccess/chinaaktuell/2005_4/giga_cha_2005_4_oberheitmann.pdf). Access on: 16 July 2023.

<sup>54</sup> XUE, Hanqin; JIN, Qian. International treaties in the chinese domestic legal system. *Chinese Journal of International Law*, v. 8, n. 2,

Sustainable development is an important element for China to promote the country's modernization, so

[T]o reach the overall goal of a sustainable development, the national strategy aims at balancing the Chinese society in different ways: urban and rural development, development among regions, economic and social development, domestic development and opening wider to the outside world, and the development of man and nature<sup>55</sup>.

The Ninth Five-Year Plan (1996-2000) was the first domestic plan to address and incorporate sustainability premises, supporting The Chinese Agenda 21's commitments with the enhance of the use of hydropower, thermal and nuclear energy and R&D investments. Through the Plan, China started more specific programs for energy conservation and efficiency such as the Riding Wind, Integrated and Comprehensive Rural Electrification, Energy Efficient Lighting, the Brightness Programs.

As Junjie Zhang highlights,

[S]ome of the major advances that China has achieved in sustainable development include poverty reduction, population control, economic restructuring, transforming development patterns, incorporating environmental protection into national economic and societal planning, and implementing environmental and resource legislation and regulation<sup>56</sup>.

These achievements were thus allowed by the continuation, expansion and updated directives based on the economic and societal dynamics, being characteristics present in the government's plans.

As the domestic programs and legislations were gradually aligned, the Five-Year Plan together with the Renewable Energy Law became the core legislation related to sustainability in the country.

p. 299-322, 2009. DOI: 10.1093/chinesejl/jmp007. Access on: 27 Nov. 2014.

<sup>55</sup> OBERHEITMANN, Andreas. *Approaches towards sustainable development in China*. [S. l.]: German Institute of Global and Area Studies, 2005. Available at: [http://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/openaccess/chinaaktuell/2005\\_4/giga\\_cha\\_2005\\_4\\_oberheitmann.pdf](http://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/openaccess/chinaaktuell/2005_4/giga_cha_2005_4_oberheitmann.pdf). Access on: 16 July 2023.

<sup>56</sup> ZHANG, Junjie. Delivering environmentally sustainable economic growth: the case of China. *Asia Society*, 2012. Available at: [http://asiasociety.org/files/pdf/Delivering\\_Environmentally\\_Sustainable\\_Economic\\_Growth\\_Case\\_China.pdf](http://asiasociety.org/files/pdf/Delivering_Environmentally_Sustainable_Economic_Growth_Case_China.pdf). Access on: 29 May 2023.

## 6 Renewable Energy Law

Despite of the great economic opportunities, the Open Up policy also resulted into uncoordinated development<sup>57</sup>. That was the milestone for China to enter its 'industrial revolution' phase, at the cost of causing environmental damage. China's reliance on traditional energy sources like coal contributes to the current environmental scenario, at the point of reaching alarming levels.

China is a leader in solar and wind power, mostly due to effective programs that allowed investments and create an environment to grow its own technology. The centralized government favored a more incisive approach to renewables, enabling therefore increasing investment. One may say that the government's strong position and influence contributes to intensify the renewable energy industry.

Chinese legislation regarding renewable energy have been developed in a faster pace, since a non-democratic government concentrates the law-making process and aligns with the goals set on the national agenda. While China has attached attention to improve the Renewable Energy Law according to its societal dynamics, and the growing environmental issues, somewhat highlighted but its eventual inefficiencies.

China's Renewable Energy Law is the result of the government's commitment with the Agenda 21. The importance of such law demonstrates the efforts on regulating renewable energy through the implementation of targets, strategies, and legal measures. The innovative element of the Chinese Renewable Energy Law is target for each renewable energy source, based on the Five years plans, with on-grid price and cost allocation system of renewable energy sources; and financial incentives<sup>58</sup>.

Promulgated in 2005, the Law was later amended in 2009 by the NPCSC, adapting the legislation to current scenarios, in order not only to promote renewable energy sources, but also to protect the environment and

support sustainable development<sup>59</sup>. Turkey, Germany, Switzerland, the Philippines are example of countries with a Renewable Energy Law.

The law provides investment in R&D, important for any developing country that aims to develop its own technology, alongside knowledge creation reduces costs, which is nowadays the reality of renewable energy<sup>60</sup>. China has investing into developing its own R&D, which has shown great results particularly solar and wind power, which strongly contributed for the development of green energy industry to record the greatest expansion if compared to other countries<sup>61</sup>. China's main strategy is to develop a strong R&D base to enable national players to export and expand their business to foreign markets, which has already happened in the recent years.

The wind energy industry is perhaps the most successful example of renewable energy development. Before 2005, China would not possess its own technology, relying on importing wind turbines and other parts. The Renewable Energy Law facilitated the development of the industry through the development of national technology. Due to the mandatory connection to the grid and tax incentives, provided by the Law, there was a natural creation of a domestic market, where wind power could be commercialized at greater market scale. Some adjustments in terms of legislation and policies were put in place to adjust the strategy, according to the challenges and successes faced. In addition, setting ambitious but achievable targets pushed the program to succeed, and reaching the goal would have as outcome

<sup>59</sup> RELAW Assist: renewable energy law in China. June, 2007. Available at: [http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10\\_mathews.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_mathews.pdf).

<sup>60</sup> ZHANG, Junjie. Delivering environmentally sustainable economic growth: the case of China. *Asia Society*, 2012. Available at: [http://asiasociety.org/files/pdf/Delivering\\_Environmentally\\_Sustainable\\_Economic\\_Growth\\_Case\\_China.pdf](http://asiasociety.org/files/pdf/Delivering_Environmentally_Sustainable_Economic_Growth_Case_China.pdf). Access on: 29 May 2023.

THE INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *IPCC special report on renewable energy sources and climate change mitigation*. Cambridge University Press, 2011.

<sup>61</sup> ROGGENKAMP, Martha M.; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila; ZILLMAN, Donald N.; DEL GUAYO, Iñigo. *Energy networks and the law: innovative solutions in changing markets*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SCHUMAN, Sarah. *Improving China's existing renewable energy legal framework: lessons from the international and domestic experience*. [S. l.]: Natural Resources Defense Council (NRDC), 2010. Available at: [https://seors.unfccc.int/seors/attachments/get\\_attachment?code=LPSYU D2USW7ZV7AI6PB0IU7SACB6DJNN](https://seors.unfccc.int/seors/attachments/get_attachment?code=LPSYU D2USW7ZV7AI6PB0IU7SACB6DJNN).

<sup>57</sup> ZHANG, Junjie. Delivering environmentally sustainable economic growth: the case of China. *Asia Society*, 2012. Available at: [http://asiasociety.org/files/pdf/Delivering\\_Environmentally\\_Sustainable\\_Economic\\_Growth\\_Case\\_China.pdf](http://asiasociety.org/files/pdf/Delivering_Environmentally_Sustainable_Economic_Growth_Case_China.pdf). Access on: 29 May 2023.

<sup>58</sup> ZHU, Boyu. Exploitation of renewable energy. *Journal of Sustainable Development*, v. 3, n. 1, 2010. DOI: 10.5539/jsd.v3n1p116. Access on: 27 May 2023.

a target revision. This mechanism was found successful in China.

According to the World Bank, comprehensive package of policy measures, including fiscal, financial, and economic incentives, overly regulation phasing out fossil fuel subsidies and the carbon pricing are some of the fields in considerable need of improvements, since the government's challenge is to decrease the dependency on coal, and abolish subsidies for non-traditional energy sources. The Renewable Energy Law (2005 and April 2010) and the Five Year-Plans have resulted on satisfactory achievements, which, in summary, are the increase of renewable energy capacity as well as investments in technology.

Despite the fact China retains somewhat leadership in solar photovoltaic technology, hydropower, biofuels, and wind energy, its reliance on coal is primarily the main source of energy amid growing energy demands.

UNESCAP states that “[T]he Chinese renewable energy strategy and its success may be unique in some respects. Not many countries feature such an extensive and rapidly growing energy demand that eases the entrance of new companies into the market<sup>62</sup>.” Additionally, the current laws and plans have brought results. Overall, the Renewable Energy Law, which provides technology development and investment measures, the Five Years Plans with aggressive targets, have generated positive outcomes that shall be taken as examples by other jurisdictions particularly in developing countries, but not suffice to alter the energy matrix since its implementation in 2009.

Finally, it is wise to conclude that Beijing should take a two-folded approach. First, to implement continued efforts to enhance legal framework with strict control over fossil fuel production. As underscored by Champenois *et al.*,

[...] the provinces building most new coal aren't using it to “support” a correspondingly large build-out of clean energy; the majority of projects are in provinces that have no shortage of generating capacity to meet demand peaks; and most new project locations already have more than enough coal power to “support” existing and planned wind and solar capacity. This shows that there is no effective

<sup>62</sup> UNESCAP. *Finding a green engine for economic growth: China's renewable energy policies*. [2012]. Available at: <https://www.unescap.org/sites/default/files/14.%20CS-China-Renewable-Energy-Policies.pdf>. Access on: 8 Oct. 2023.

enforcement of the policies limiting new project permitting<sup>63</sup>.

Wang, Yu, and Wu add that “the existing policies and laws remain unclear, with low levels of legislation and insufficient public participation<sup>64</sup>”, which may impact the commitments to achieve carbon neutrality by 2060. China's environmental protection mechanisms are tied to its legal and policy landscape: the Renewable Energy Law and existing policies do not suffice to enforce carbon reduction measures.

Second, to implement a clear definition of the status of international norms within the domestic legal system and coordination between various organs involved in the treaty-making process, since, as previously discussed, it creates potential conflicts in aligning international commitments with domestic laws and regulations.

Achieving carbon neutrality can be done through harmonized legal framework that aligns international commitments with domestic legislation and promoting effective enforcement through a centralized body with provincial-based sub-organs.

## 7 Conclusions

Sustainable Development was first mentioned on the Brundtland Report in 1987 published by the United Nations World Commission on Environment and Development. Since then, it became an international principle that influenced and modified countries' legal environments to accommodate premises never present before, as highlighted in international conferences, including the Conference of the Parties. Sustainable development is a goal to be reached with a responsible application of national directives and legislation aiming at protecting the environment.

Since the adoption of international documents to establish an international legal framework, international

<sup>63</sup> CHAMPENOIS, Flora *et al.* China's new coal power spree continues as more provinces jump on the bandwagon. *Center for Research, Energy and Clean Air*, 23 Aug. 2023. Available at: <https://energyandcleanair.org/publication/chinas-new-coal-power-spre-continues-as-more-provinces-jump-on-the-bandwagon/>. Access on: 8 Oct. 2023.

<sup>64</sup> WANG, Bo; YU, Junping; WU, Rui. Achieving carbon neutrality in China: legal and policy perspectives. *Frontiers in Environmental Science*, v. 10, 2022. Available at: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fenvs.2022.1043404/full>. Access on: 8 Oct. 2023.

commitment has grown as well as international cooperation from both bilateral and multilateral levels, having the sustainable development documents influencing and modifying the entire legal environment to accommodate premises never present before. In transnational law, the relevance of domestic law to international cooperation is noticed when international public or private laws are not well determined.

This paper analyzed the adoptions of international treaties as domestic laws, through an empirical study of the Paris Agreement, Agenda 21 and Renewable Energy Law. This approach was thus correlated with the current efficacy of the domestic laws in supporting the country to achieve carbon neutrality by 2026 as to provide two recommendations, which are: the need to strengthen the legal framework governing fossil fuel production, since existing policies lack of clear legislation and lack of effective enforcement mechanisms amid the dominance of coal in the energy matrix; and the need to establish improved coordination among various governmental organs involved in the treaty-making process to promote harmonized legal framework, aligning international and domestic legislation, coupled with centralized enforcement mechanisms at both national and provincial levels.

China's prominence on the global stage is undeniable, and its significant strides in renewable energy production over the past decade have garnered international attention. However, to foster further advancements in renewable energy integration into the national grid, it is imperative to institute robust legal mechanisms, which will play a pivotal role in facilitating the continued growth of renewable energy sources, while aligning its commitment to reducing carbon emissions amid global pressing towards cleaner and more sustainable energy solutions.

## References

- AHL, Björn. Chinese law and international treaties. *Hong Kong Law Journal*, v. 39, n. 735, 2009. Available at: <http://www.cesl.edu.cn/upload/201101136092167.pdf>. Access on: 13 Jan. 2023.
- BARRAL, Valérie. Sustainable development in international law: nature and operation of an evolutive legal norm. *European Journal of International Law*, v. 23, n. 2, p. 377-400, 2012. DOI: 10.1093/ejil/chs016.
- CHAMPENOIS, Flora *et al.* China's new coal power spree continues as more provinces jump on the bandwagon. *Center for Research, Energy and Clean Air*, 23 Aug. 2023. Available at: <https://energyandcleanair.org/publication/chinas-new-coal-power-sprees-continues-as-more-provinces-jump-on-the-bandwagon/>. Access on: 8 Oct. 2023.
- CHINA INTERNET INFORMATION CENTER. *China's current legislation structure*. Available at: <http://www.china.org.cn/english/kuaixun/76212.htm>. Access on: 13 Jan. 2023.
- CHINA. Ministry of Ecology and Environment of the People's Republic of China. Environment of the People's Republic of China. *Report on "China's Agenda 21"*. 1994. Available at: [https://english.mee.gov.cn/Events/Special\\_Topics/AGM\\_1/1994agm/meetingdoc94/201605/t20160524\\_345213.shtml](https://english.mee.gov.cn/Events/Special_Topics/AGM_1/1994agm/meetingdoc94/201605/t20160524_345213.shtml). Access on: 16 July 2023.
- CHINA. The National People's Congress of the People's Republic of China. *Law of the People's Republic of China on the Procedure of the Conclusion of Treaties*. Available at: [http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content\\_1383893.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383893.htm). Access on: 19 Mar. 2023.
- EMBASSY OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA IN THE FEDERAL REPUBLIC OF NIGERIA. *Constitution of the People's Republic of China*. Full text after amendment on March 14, 2004. Available at: <http://ng.china-embassy.gov.cn/eng/jrzg/constitution/#:~:text=Article%2081%20The%20President%20of,People%27s%20Congress%2C%20appoints%20or%20recalls>. Access on: 28 June 2023.
- HATHAWAY, Oona A.; MCELROY, Sarah; SOLOW, Sabel A. International law at home: enforcing treaties in U.S. Courts. *Faculty Scholarship Series*, v. 3851, 2012. Available at: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3851](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3851). Access on: 13 Jan. 2023.
- KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, v. 181, 1996. Available at: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2096](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096). Access on: 15 Jan. 2023.
- KOH, Harold Hongju. Why transnational law matters. *Penn State International Law Review*, v. 745, 2006. Available at: <http://www.pennstate.edu/international-law-review/vol745-no1-2006/koh-why-transnational-law-matters>. Access on: 15 Jan. 2023.



- lable at: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1793](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793). Access on: 13 Feb. 2023.
- KÖHN, E. A Norma internacional no ordenamento jurídico brasileiro. *Boletim Jurídico*, v. 752, 2011. Available at: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2185>. Access on: 10 Feb. 2023.
- MAGRATH, C. *Does environmental law work? how to evaluate the effectiveness of an environmental legal system*. [S. l.]: Lambert Academic Publishing, 2010.
- MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Direito internacional e litígio climático. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, 2022. Available at: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8450/pdf>. Access on: 8 Oct. 2023.
- MAZZUOLI, V. O. A opção do Judiciário brasileiro em face dos conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. *Revista CEJ*, v. 14, p. 112-120, 2001. Available at: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a\\_pdf/mazzuoli\\_judiciario\\_leis\\_nac\\_intern.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/mazzuoli_judiciario_leis_nac_intern.pdf). Access on: 13 Feb. 2023.
- NIELSEN, Stine Lykke. Chinese interpretations of sustainable development. In: NORDIC CONFERENCE OF CHINA STUDIES, 2003. *Proceedings* [...]. [S. l.]: University of Oslo, 2003. Available at: [http://www.nacsorg.com/nacs2003\\_papers/nacs\\_papers\\_fulltext\\_lykkenielsen.pdf](http://www.nacsorg.com/nacs2003_papers/nacs_papers_fulltext_lykkenielsen.pdf). Access on: 15 Jan. 2023.
- OBERHEITMANN, Andreas. *Approaches towards sustainable development in China*. [S. l.]: German Institute of Global and Area Studies, 2005. Available at: [http://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/openaccess/chinaaktuell/2005\\_4/giga\\_cha\\_2005\\_4\\_oberheitmann.pdf](http://www.giga-hamburg.de/sites/default/files/openaccess/chinaaktuell/2005_4/giga_cha_2005_4_oberheitmann.pdf). Access on: 16 July 2023.
- RAUSTIALA, K.; SLAUGHTER, A. M. International law, international relations and compliance. In: CARLNAES, W.; RISSE, T.; SIMMONS, B. (ed.). *The handbook of international relations*. [S. l.]: Sage Publications, 2002. p. 538-559. Available at: <http://www2.law.ucla.edu/raustiala/publications/International%20Law,%20International%20Relations%20and%20Compliance.pdf>. Access on: 15 Jan. 2023.
- RELAW Assist: renewable energy law in China. June, 2007. Available at: [http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10\\_mathews.pdf](http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_mathews.pdf).
- REZEK, F. *Direito internacional: curso elementar*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- ROGGENKAMP, Martha M.; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila; ZILLMAN, Donald N.; DEL GUAYO, Iñigo. *Energy networks and the law: innovative solutions in changing markets*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ROSE, G. L. National and global environmental laws: dichotomy and interlinkages as examined through the implementation of multilateral environmental agreements. In: PREPARATORY MEETING OF THE WORLD CONGRESS ON JUSTICE, GOVERNANCE AND LAW FOR ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY, 1., 2011. *Proceedings* [...]. [S. l.: s. n.], 2011. Available at: <http://www.unep.org/delc/Portals/24151/NationalGlobalEnvironmentalLaws.pdf>. Access on: 22 May 2023.
- SCEAT, Sonya; BRESLIN, Shaun. *China and the international human rights system*. Chatham House (The Royal Institute of International Affairs), 2012. Available at: [https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/r1012\\_sceatsbreslin.pdf](https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/r1012_sceatsbreslin.pdf). Access on: 13 Jan. 2023.
- SCHUMAN, Sarah. *Improving China's existing renewable energy legal framework: lessons from the international and domestic experience*. [S. l.]: Natural Resources Defense Council (NRDC), 2010. Available at: [https://seors.unfccc.int/seors/attachments/get\\_attachment?code=LPSYUD2USW7ZV7AI6PB0IU7SACB6DJNN](https://seors.unfccc.int/seors/attachments/get_attachment?code=LPSYUD2USW7ZV7AI6PB0IU7SACB6DJNN).
- SHELTON, D.; KISS, A. *Judicial handbook on environmental law*. United Nations Environmental Programme, 2005.
- SIMMONS, B. A.; STEINBERG, R. H. *International law and international relations*. Cambridge University Press, 2006.
- THE INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *IPCC special report on renewable energy sources and climate change mitigation*. Cambridge University Press, 2011.
- UNESCAP. *Finding a green engine for economic growth: China's renewable energy policies*. [2012]. Available at: <https://www.unescap.org/sites/default/files/14.%20CS-China-Renewable-Energy-Policies.pdf>. Access on: 8 Oct. 2023.
- UNITED NATIONAL ENABLE. Secretariat for the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (SCRPD). *International norms and standards relating to di-*

sability: part I. National Frameworks. 2003. Available at: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/comp101.htm#1.4>. Access on: 18 May 2023.

UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT KNOWLEDGE PLATFORM. *Natural resource aspects of sustainable development in China*. 1997. Available at: <http://www.un.org/esa/agenda21/natinfo/countr/china/natur.htm>. Access on: 20 May 2023.

UNITED NATIONS. *Vienna Convention on the law of treaties*. 1969. Available at: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>. Access on: 22 May 2023.

WANG, Bo; YU, Junping; WU, Rui. Achieving carbon neutrality in China: legal and policy perspectives. *Frontiers in Environmental Science*, v. 10, 2022. Available at: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fenvs.2022.1043404/full>. Access on: 8 Oct. 2023.

WILETS, James D. A unified theory of international law, the state, and the individual: transnational legal harmonization in the context of economic and legal globalization. *Journal of International Law*, v. 31, n. 3, p. 753-772, 2014. Available at: <http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol31/iss3/3>. Access on: 28 June 2023.

XUE, Hanqin; JIN, Qian. International treaties in the chinese domestic legal system. *Chinese Journal of International Law*, v. 8, n. 2, p. 299-322, 2009. DOI: 10.1093/chinesejil/jmp007. Access on: 27 Nov. 2014.

ZHANG, Junjie. Delivering environmentally sustainable economic growth: the case of China. *Asia Society*, 2012. Available at: [http://asiasociety.org/files/pdf/Delivering\\_Environmentally\\_Sustainable\\_Economic\\_Growth\\_Case\\_China.pdf](http://asiasociety.org/files/pdf/Delivering_Environmentally_Sustainable_Economic_Growth_Case_China.pdf). Access on: 29 May 2023.

ZHU, Boyu. Exploitation of renewable energy. *Journal of Sustainable Development*, v. 3, n. 1, 2010. DOI: 10.5539/jsd.v3n1p116. Access on: 27 May 2023.

ZOU, Keyua. International law in the chinese domestic context. *Valparaiso University Law Review*, v. 44, n. 3, p. 935-956, 2010. Available at: <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol44/iss3/10>. Access on: 27 June 2023.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Despite Complicated Portraits  
and Policy Orientation:**

Struggle to Articulate Right to  
Education Based on the Indonesia  
Constitutional Court Decisions

**Apesar dos retratos complicados  
e da orientação política:** luta  
para articular o direito à educação  
com base nas decisões do tribunal  
constitucional da Indonésia

Made Subawa

Bagus Hermanto

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND  
COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

# Despite Complicated Portraits and Policy Orientation: Struggle to Articulate Right to Education Based on the Indonesia Constitutional Court Decisions\*

## Apesar dos retratos complicados e da orientação política: luta para articular o direito à educação com base nas decisões do tribunal constitucional da Indonésia

Made Subawa\*\*

Bagus Hermanto\*\*\*

### Abstract

Education as a major part of life is a basic right for the development of human identity and dignity. This sector developed numerous problems in Indonesia due to the impact of the post-reform era. Therefore, this study aimed to provide citizens with the right to education based on the Constitutional Court Decisions in harmony with the constitution, human rights values, international consensus, and the development of global world civilization. This paper uses a normative legal research methodology, with a focus on legal systems based on micro-legal research. The paper uses legal and legal research approaches to analyse, examine and articulate the right of Indonesians to education. The right to education is examined through a review of several Constitutional Court decisions. This study aims at the dynamics of regulating education policy based on the discourse on the right in Indonesia. It also interprets the Constitutional Court Decisions which affirm human rights values, constitutional principles, upholds citizens' constitutional rights, and the orientation of the national education policy as a driving force of development in Indonesia. Indonesia's policy on the implementation of the right to education is based on philosophical, sociological and legal principles, which comprise four essential elements. Several decisions of the Constitutional Court confirm this approach, which ensures the enforcement and protection of the Constitution, particularly with regard to the promotion of the human right to education in Indonesia.

**Keywords:** Right to Education, Indonesia, Constitutional Court Decisions, Policy, Articulate

### Resumo

A educação, como parte importante da vida, é um direito básico para o desenvolvimento da identidade e da dignidade humanas. Este sector desenvolveu numerosos problemas na Indonésia devido ao impacto da era pós-

\* Recebido em 12/09/2023  
Aprovado em 29/10/2023

\*\* Doctor of Law (2003) at Airlangga University, Indonesia. Professor of Constitutional Law at Faculty of Law Udayana University. Email: madesubawafhunud@gmail.com

\*\*\* Assistant Lecturer and Independent Researcher in the Constitutional Law Department, Faculty of Law, Udayana University. Master of Law (LL.M.) (2021) at Udayana University, Indonesia and Dipl.Pub.Pol. (Short Course Program Basic Administrative Law) at Yamaguchi University, Japan. Email: bagushermanto9840@gmail.com

reforma. Portanto, este estudo teve como objetivo proporcionar aos cidadãos o direito à educação com base nas decisões do Tribunal Constitucional em harmonia com a constituição, os valores dos direitos humanos, o consenso internacional e o desenvolvimento da civilização mundial global. Foram utilizadas abordagens legais e jurisprudenciais para analisar, rever e articular o direito dos indonésios à educação. Este estudo visa a dinâmica de regulação da política educacional com base no discurso da direita na Indonésia. Também interpreta as decisões do Tribunal Constitucional que afirmam os valores dos direitos humanos, os princípios constitucionais, defendem os direitos constitucionais dos cidadãos e a orientação da política nacional de educação como uma força motriz do desenvolvimento na Indonésia.

**Palavras chave:** Direito internacional; Direito Constitucional; Direitos Humanos

## 1 Introduction

Education, which is universally recognized as human rights, has gained a foothold as a fundamental element in development. The presence and active action of the state is accommodated in several international conventions, including the 1948 UDHR, 1966 ICESCR, 1990 CRC, and other instruments as state obligations to ensure the fulfillment of the right to education for every citizen<sup>1</sup>. Some of the active action includes state policies, the availability of facilities and infrastructure, the education system, learning patterns, and other directly or indirectly aspects. In this case, the arrangements cover the level of the constitution, legislation, and national regulations<sup>2</sup>.

Gudmundur Alfredsson expressed skepticism about international human rights by stating that none of the instruments expressly defined the meaning of human rights. This perspective shows that none of the inter-

national human rights instruments provide satisfying definition<sup>3</sup>. This is undeniable and in accordance with the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR), proposed in 10 December 1948, 16 December 1966, and 16 December 1966, respectively. However, the existence of rights is understood as natural rights that exist in biological creatures such as humans who were created as a gift from God Almighty, not from the state, government, or based on law. Rights should be attached to humans to ensure they do not lose their humanity and nobility (dignity). The essence of human rights originates from the Preamble of the 1948 UDHR, as an obligatory to respect, fulfil, and protect humans<sup>4</sup>. The state cannot negate or abolish the existence of the right of human to education.

Recognition of the right to education by human is essentially an appreciation of their potential and dignity. Human rights do not only facilitate everyone to enjoy life naturally but also provide several obligations needed for perfection<sup>5</sup>. Therefore, the principles that animate international human rights, such as equality, non-discrimination, state obligations, and human rights, need to be applied to broader rights<sup>6</sup>. The fundamental principles of these rights are treating humans with respect and dignity, including providing access to education.

In Indonesia, education is constitutionally the right of every person and a basic need to develop and improve one's living standard<sup>7</sup>. Article 31 paragraph (4) of the 1945 Constitution stipulates that the government is obliged to finance education by ensuring it is at least

<sup>3</sup> CARVER, Richard. A new answer to an old question: national human rights institutions and the domestication of international law. *Human Rights Law Review*, v. 10, n. 1, 1-32, 2010.

<sup>4</sup> SUBAWA, Made, et.al. *Dinamika Filsafat Ilmu Hukum Pancasila: Ontologi dan Aksiologis Sumber dari Segala Sumber Hukum di Indonesia*, 1<sup>st</sup> Edition, Ponorogo: Uwais Inspirasi Indonesia, 2023.

<sup>5</sup> ASPLUND, Knut D. Resistance to human rights in Indonesia: Asian values and beyond. *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, v. 10, n. 1, 27-47, 2009.

<sup>6</sup> CROSS, Frank B. The Relevance of Law in Human Rights Protection, *International Review of Law and Economics*, v. 19, n. 1, 87-98, 1999, DOI: 10.1016/S0144-8188(98)00028-3, pp. 89-91.

<sup>7</sup> In particular, a study only discusses the segment of the Human Rights Law which still does not comprehensively reflect the values of Pancasila in: HADIPRAYITNO, Irene Istiningih. Defensive Enforcement: Human Rights in Indonesia, *Human Rights Review*, v. 11, n. 3, 373-399, 2010, DOI: 10.1007/s12142-009-0143-1, pp. 379-383.

<sup>1</sup> MOLLOY, Sean. Why do states ratify human rights treaties in transitioning societies?, *The International Journal of Human Rights*, v. 25, n. 8, 1328-1355, 2021, DOI: 10.1080/13642987.2020.1823370, pp. 1329, 1334.

<sup>2</sup> BROBERG, Morten & SANO, Hans-Otto. Strengths and weaknesses in a human rights-based approach to international development – an analysis of a rights-based approach to development assistance based on practical experiences, *The International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 5, 664-680, 2018, DOI: 10.1080/13642987.2017.1408591, pp. 667-670.

20% of the State and Regional Budget. However, the issue regarding the availability of access to education in Indonesia is still relatively low and very expensive to acquire. The school slowly turns into a place of luxury with education capitalist making large amounts of money, despite the decrease in the number of capital owners, which is smaller than those of the poor. Prosperity becomes clear when the national policy cannot anticipate the worst impacts of education capitalization<sup>8</sup>.

The government does not only need to pay attention to the quality of education but also ensure it is easy and cheap for the majority of Indonesian people. As part of human rights, education is a condition sine qua non for the success of national development as outlined in Article 31 paragraph (1) of the 1945 Constitution<sup>9</sup>. In 2011, Indonesia experienced a success in its education section with the successful launch of a car developed by students in one of its Vocational High Schools. This shows that the government is making various efforts to improve the implementation and quality of education. Several policies have been formulated into legislation and regulations as ratification relevant to international human rights instruments. This is in addition to the very massive campaign on television, such as the popular program “Ayo sekolah”, the nine-year compulsory education system, and the launch of a school operational assistance fund.

In reality, changes have only occurred in the physical aspect, such as school facilities and infrastructure. Fulfillment of the right to education, specifically the formal type is hampered by various obstacles, including conditions of parents who prevent children from attending school due to poverty, inadequate facilities, and discrimination against those with disabilities.<sup>10</sup> This is in addition to schools that have changed their status to International Standard School Pilot. Several studies also showed problems with the right to education experienced by children in rural areas, including a shortage of qualified teachers, poverty, distance, absence from

school, inability to complete a subject matter in one semester, and parents who cannot afford to send children outside the region<sup>11</sup>. Moreover, there are also legal issues related to the fulfillment of the right to education for street children<sup>12</sup>.

Other competency standards, specifically the quality of teachers and education personnel are still low<sup>13</sup>. Many teachers are not ready and trained to teach Information Technology (IT) related classes. The implementation of teacher certification is still problematic due to corruption, which permeates at all levels. The Constitutional Court Decisions have also proved the poor implementation of education<sup>14</sup>. Due to the problem of dropping out of school, children and adolescents roam all over the country, from cities to villages and vice versa<sup>15</sup>. Many of them become homeless, beggars, little buskers, hawkers, porters, pickpockets, drug dealers, housemaids, prostitutes, and some even marry at an early age<sup>16</sup>. Furthermore, a significant percentage are willing to engage in any type of work to help their family's economy<sup>17</sup>. The fate of children may change<sup>18</sup> assuming the education management is carried out properly and correctly through the implementation of legal instruments. This is in addition to including community participation in the organization process, creating

<sup>11</sup> ADLIM, M., GUSTI, Helida, and ZULFADLI, Zulfadli. Permasalahan dan solusi pendidikan di daerah kepulauan: Studi kasus di SMA negeri 1 Pulau Aceh, Kabupaten Aceh Besar. *Jurnal Pencerahan* v. 10, n. 2, 2016, p. 49, 60.

<sup>12</sup> HALING, Syamsul, et.al. Perlindungan Hak Asasi Anak Jalanan dalam Bidang Pendidikan Menurut Hukum Nasional dan Konvensi Internasional. *Jurnal Hukum & Pembangunan*. v. 48, n. 2, 2018, p. 377.

<sup>13</sup> EVANS, Carolyn. Religious education in public schools: An international human rights perspective. *Human Rights Law Review*, v. 8, n. 3, 449-473, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngn020>.

<sup>14</sup> YUSA, I. Gede, et.al. No-spouse employment and the problem of the constitutional court of Indonesia. *Journal of Advanced Research in Law and Economics* v. 11, n. 1 (47), 2020, 214-226, DOI: [https://doi.org/10.14505/jarlev.11.1\(47\).26](https://doi.org/10.14505/jarlev.11.1(47).26).

<sup>15</sup> WIDIANTORO, Wisnu. Article “12 Juta Anak Indonesia Putus Sekolah oleh Robert Manurung” in <http://ayomerdeka.wordpress.com/2009/03/22/>; Article “1500 Anak Putus Sekolah di Bali”.

<sup>16</sup> GRIJNS, Mies, and HORII, Hoko. “Child marriage in a village in West Java (Indonesia): Compromises between legal obligations and religious concerns.” *Asian Journal of Law and Society* v. 5, n. 2, 2018, 453-466, doi:10.1017/als.2018.9.

<sup>17</sup> PRIHATINAH, Tri Lisiani. “Legal Analysis on Interlink between International and National Instruments Towards Woman Rights in Indonesia.” *Indonesian Journal of International Law* v. 8, n. 4, 2021, 741-749.

<sup>18</sup> Article “18 Ribu Anak Riau Putus Sekolah oleh Rudi Kurniawan-syah” in <http://www.mediaindonesia.com/read/2010/07/26>.

<sup>8</sup> PRATIWI, Cekli Setya. Bridging the Gap Between Cultural Relativism and Universality of Human Rights: Indonesia Attitudes. *JILS (Journal of Indonesian Legal Studies)*, v. 5, n. 2, 449-478, 2020.

<sup>9</sup> HOSEN, Nadirsyah. Human Rights Provisions in the Second Amendment to the Indonesian Constitution from Shar'iah Perspective. *The Muslim World*, v. 97, n. 2, 200-224, 2007.

<sup>10</sup> RUL/AAN (Saturday, 23 July 2011, 03:16 pm). “15 Kasus Diskriminasi Pendidikan terhadap Anak di Sumut?”. <http://news.detik.com/berita/1687827/15-kasus-diskriminasi-pendidikan-terhadap-anak-di-sumut>, p. 1.

awareness to students, family, and providing the right parental knowledge.

Human rights are inseparable from the existence of institutions whose role is to protect and guarantee the values contained in a state's constitution through the existence of constitutional interpreter agencies<sup>19</sup>. An example is the citizen's constitutional rights, which have been implemented in the institutional journey of the Constitutional Court in Indonesia, with several decisions since its inception in 2003. The Constitutional Court has endeavored to seek substantive justice by interpreting several articles in the 1945 Constitution, particularly concerning human rights. In this case, it also emphasized the establishment of the Indonesian constitution, the principles of a rule of law, democracy, constitutionalism, and universally recognized values. The right to education is necessary, and it is the state's responsibility to ensure the availability, accessibility, acceptance, and adaptability of all system components.

This study is compiled in a different context than previous ones, which did not require the Constitutional Court Decisions to confirm the right to education related to the fundamental aspects. Preliminary studies focused on the relevance of implementing the right to education to improve human resources in Indonesia<sup>20</sup>. Another study also highlighted the philosophical aspects and the spirit built through religion-based education<sup>21</sup>. One of the studies also focused on only the risks of implementing education which was also associated with the existence of abandoned children<sup>22</sup>.

This study specifically examined, assessed, analyzed, and provided solutions to the active role of the state in policies toward human rights over education in Indonesia. The study has a specific focus on the concepts of protection, fulfilment, guarantee and respect for human rights in the education sector. This pertains to the

examination, translation, and internalisation of several Constitutional Court Decisions concerning the right to education in Indonesia. The review leads to the identification of areas that require reform, and encompasses all aspects, including future arrangements in the field of education. Furthermore, it examined, assessed, discovered, connected, and argued on the Constitutional Court Decisions from 2003 to 2022, which reflected the dynamics of human rights to education in Indonesia by providing necessary arrangements for optimal solutions.

## 2 Theoretical Concept: Globalization and the Pendulum of Power for the Development of the Right to Education in the World

Globalization is often associated with free trade. Globalization and trade are likened to a coin with two sides, which are inseparable from one another. Trade activities in its current development cannot be separated from the influence of globalization. This means that studies related to the regulation of trade issues in a state are intertwined by the integration of trade arrangements between one state and another. This is caused by the influence of globalization where the world seems increasingly borderless<sup>23</sup>. Pascal Lamy, the WTO Director-General in 2006, emphasized that the globalization era has had a positive effect on increasing market development. Globalization has made it possible for individuals and companies globally to conduct dialogues faster, more detailed, and cheaper to achieve significant benefits. It has also led to the opening of markets, the removal of numerous barriers, an increase in freedom, democracy, social innovation, support for educational progress, and cultural exchange while offering tremendous opportunities for dialogue and understanding. However, globalization also brings negative consequences, such as the increase in environmental damage, scarcity of energy resources, and a rise in illegal migration due to poverty<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> HERMANTO, Bagus. Discover Future Prospect of Indonesia Criminal Law Reform: Questioning Adat Criminal Law existence, Material and Formal Legislation, and Constitutional Court Decision Frameworks. Paper was presented at International Seminar Udayana University and University of Melbourne. 17 June 2021, p. 1-20.

<sup>20</sup> KURNIAWATI, Sandra, et al. Education in Indonesia: A white elephant?. *Journal of Southeast Asian Economies*, v. 35, n.2, 2018, 185-199.

<sup>21</sup> NILAN, Pam, The 'spirit of education' in Indonesian Pesantren, *British Journal of Sociology of Education*, 30, n. 2, 219-232, 2009, DOI: <https://doi.org/10.1080/01425690802700321>

<sup>22</sup> Fitzsimons, Emla. The effects of risk on education in Indonesia. *Economic Development and Cultural Change*, v. 56, n. 1, 1-25, 2007.

<sup>23</sup> Hermanto, B., & Mas Aryani, N. (2021). Omnibus legislation as a tool of legislative reform by developing countries: Indonesia, Turkey, and Serbia practice. *The Theory and Practice of Legislation*, 9(3), 425-450.

<sup>24</sup> LAMY, DG Pascal 2006, *Humanising Globalization*, WTO NEWS: SPEECHES-DG PASCAL LAMY, Santiago de Chile, [https://www.wto.org/english/news\\_e/sppl\\_e/sppl16\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl16_e.htm), p.1.

Joseph Stiglitz, former head of the economics department of the World Bank and winner of the 2001 Nobel Prize in economics, also stated the positive and negative effects of globalization.<sup>25</sup> Globalization has accelerated economic integration across national borders and has been able to reduce costs in international trade. This phenomenon is caused by integration in several states, which have become increasingly open due to the ease and progress of technological transformation and innovation. Joseph Stiglitz (2006) stated that globalization has negatively affected terrorism with an unfair and unstable global financial system, thereby increasing debt. Money, which is meant to flow from the rich to the poor states, tend to move in the opposite direction<sup>26</sup>.

Globalization which has both positive and negative impacts has always been an interesting topic<sup>27</sup>. Debapriya Bhattacharya, Executive Director, Center for Policy Dialogue (CPD), Bangladesh, and one of the authors of the United Nations article entitled Globalization and the State: Challenges for Economic Growth and Human Development, stated that globalization is not a new phenomenon and has greatly accelerated over the past decades. Economic deregulation, financial liberalization, as well as the increased flow of goods and services, underpinned by the developments in information and communication technology, have distinguished the new phase of globalization. These new dimensions of globalization have increased both opportunities and risks for the nations to achieve sustainable development for their citizens.<sup>28</sup>

Based on various concepts, perspectives, and debates, globalization is a multi-dimensional process characterized by the following:

- The global acceptance of a set of economic rules to maximize profits and productivity by equalizing markets and production. This process is carried out to gain state support to

make national economies more productive and competitive.

- Technological innovation and organizational change centered on flexibilization and adaptability.
- Expansion of specific forms of social organization based on information as the main source of productivity and power.
- Reduction of the welfare state, privatization of social services, flexibilization of labor relations, and weak trade unions.
- De facto transfers to transnational organizations for controlling national economic instruments, such as monetary, interest rates, and fiscal policies.
- The spread of common cultural values as well as the re-emergence of nationalism, cultural conflicts, and social movements.

The human rights dimension of education is also related to the dynamics of globalization. The interdependency between the right to education and other factors is also significant for a nation's development<sup>29</sup>. Quality education creates progress and civilization in the nation. However, poor education has negative implications for the running of the government and the availability of intelligent public participation. The fulfillment of human rights is important in education, the primary vehicle by which economically and socially marginalized adults and children can lift themselves out of poverty. It also provides the means for people to participate fully in their communities, as specified in General Comment Number 13, "The Right to Education" (art. 13)<sup>30</sup>. Universal recognition is spread across the ICESCR, the Convention on the Rights of the Child (CRC). This is in addition to five implemented policies, namely General Comment Number 11 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights E/C.12/1999/4 (1999) concerning Plans of action for primary education, General Comment Number 13 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights E/C.12/1999/10 (1999) on

<sup>25</sup> BOSSCHE, Peter Van Den. *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, USA, 2008, p. 3, 13-14.

<sup>26</sup> O'CONNELL, Paul. On reconciling irreconcilables: Neo-liberal globalization and human rights. *Human Rights Law Review*, v. 7 n. 3, 483-509, 2007.

<sup>27</sup> Spano, Robert. Universality or diversity of human rights? Strasbourg in the age of subsidiarity. *Human Rights Law Review*, v. 14, n. 3, 487-502, 2014.

<sup>28</sup> United Nations 2004, *Globalization and the State: Challenges for Economic Growth and Human Development*, ST/ESA/PAD/SER.E/80, New York, 2004, p. 3.

<sup>29</sup> KHOZA, Sibonile (ed), *Socio Economic Rights in South Africa*, 2<sup>nd</sup> Edition, South Africa: The Socio-Economic Rights Project University of Western Cape, 2006, p. 412.

<sup>30</sup> JANČIKOVÁ, Eva, and PASZTOROVA, Janka. Promoting eu values in international agreements. *Juridical Tribune Journal= Tribuna Juridica* v. 11, n. 2, 2021, 203-218.



the Right to Education and General Comment Number 1 of the Committee on Rights of the Child CRC/GC/2001/1 (2001) concerning the Aims of Education.

The international community views human rights to education as a top priority in strengthening existence. Article 26 of the 1948 UDHR confirmed that, **first**, everyone has the right to free education, at least at the primary and secondary levels. Primary education should be compulsory and widely accessed by everyone. **Second**, education aims to lead to personal development while strengthening respect for human rights, and guaranteeing basic freedoms. This is in addition to an orientation centered on building understanding, tolerance, and friendship regardless of tribe, race, ethnicity, and religion. **Third**, the parents' choice is the main right in determining the type of education suitable for their children.

M.H. Syed stated that the construction of this study makes the right to education a regime and a building block of the international human rights law system. The state is obliged to promote human rights values in the education curriculum in line with the universal human rights construct<sup>31</sup>. Furthermore, Rhona Smith reported that UDHR conformity in article 26 does promote free education as one of the few positive provisions that reflect the state's obligations<sup>32</sup>.

Article 13 paragraph (2) ICESCR affirmed the government's need to take smart steps in fulfilling the right and access to education at all levels. The first is the availability of primary education, which is mandatory and free for everyone. The second is access to the widest possible level of continuing education available based on an appropriate method and the provision of free education in stages. The third is the increase in higher education, which should be available to everyone equally. The fourth is to promote primary education to everyone, including dropouts. The fifth is the encouragement to develop the school system at all education levels, with the provision of scholarship and consistently improving the material aspects of teaching staff<sup>33</sup>.

The right to education is important to fulfill human rights broadly. This affirmation is important to build collective awareness, closely intertwined with civil, political, economic, social, and cultural rights. Fons Coomans identified four core elements of The Right to Education, namely 1.) Everyone's right to gain access to existing public schools should be protected, 2.) Availability of compulsory and free primary education, 3.) Freedom to have education following religion and beliefs, and 4.) The right to obtain education in the language of one's choice without violation. This means that the state should not thwart efforts to teach students their mother tongue in institutions in accordance with the official system of general education<sup>34</sup>. Therefore, the fulfillment of the right to education must be in accordance with human identity and dignity. Manfred Nowak reported that education is a precondition in fighting for human rights, hence, it is important for human rights<sup>35</sup>.

### 3 Method

This study used micro-law research-based legal settlements, which Mathias Siems defined as a classification used to determine the originality of legal scientific works.<sup>36</sup> This was related to the use of coherence and consistency of legal material through interpretive theory, synthesis, and systemic<sup>37</sup> and historic approaches,<sup>38</sup> including various aspects that affect the applicable law. The regulations at the constitutional level, legislation, and certain organic regulations connected to the right to education in Indonesia were examined and observed in depth using a statutory method. Data were qualitatively collected to strengthen arguments.

<sup>31</sup> SYED, M.H. *Human Rights; the Global Perspective*, New Delhi: Reference Press, 2003, p. 308.

<sup>32</sup> SMITH, Rhona K.M. *Textbook on International Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 311.

<sup>33</sup> COLBRAN, Nicola. *Sense and Simplicity in Legal and Human Rights Co-Operation: A Case Study of Indonesia*. *Asian Journal of Law and Society* v. 2, n. 1, 195-206, 2015.

<sup>34</sup> COOMANS, Fons. *The Core Content of the Right to Education*, In: BRAND dan RUSSEL (ed.), *Exploring the Core Content of Socio-Economic Rights: South African and International Perspectives*, Pretoria: Protea Book House, 2002, p. 160.

<sup>35</sup> NOWAK, Manfred. *The Right to Education* In: EIDE, Asbjørn et al., (ed.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 189-190.

<sup>36</sup> WIBISANA, Andri Gunawan. *Menulis di Jurnal Hukum: Ide, Struktur, dan Gaya*. *Jurnal Hukum dan Pembangunan* v. 49, n. 3, 476-477, 2019, DOI: <http://dx.doi.org/10.21143/jhp.vol49.no2.2014>.

<sup>37</sup> SIEMS, Mathias M. "Legal Originality" *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, no. 2 (2008): 148-152, 156-161, DOI: <https://doi.org/10.1098/ojls/gqm024>.

<sup>38</sup> SIEMS, Mathias M. "The Taxonomy of Interdisciplinary Legal Research: Finding the Way Out of the Desert" *Journal of Commonwealth Law and Legal Education* 7, Iss. 1 (2009): 6-8, DOI: <https://doi.org/10.1080/14760400903195090>.

## 4 Results and Discussions

### 4.1 Portrait of Education Legal Policy in Indonesia

The foundations of education are very important and necessary to provide a strong footing and a clear direction in the life of society, nation, and state. It is conceptual, which means it comprises a set of assumptions used as a starting point to foot basis, base, source, and guidelines for carrying out education activities. The foundations of education consist of religious, philosophical, psychological, historical, sociological and cultural, legal, economic, scientific, and technological foundations. Meanwhile, Amos Neolaka and Grace Amalia A. Neolaka stated that the foundations of practical-formal education are legal, philosophical, sociological, cultural, psychological, economic, historical, and humanitarian.<sup>39</sup> This study only presents philosophical, sociological, and juridical foundations<sup>40</sup>. The philosophical attribute is the ideals realized through education. It shows two things, namely 1) the existence of ideas, which form the foundations of education, and 2) an affirmative for the existence of education goals. The ideals realized through education are listed in the Preamble of the 1945 Constitution, where one goal of the state is to educate the nation's life. This implies trying to make Indonesia a perfect nation with an ideal mind<sup>41</sup>. Therefore, every component of the nation should be realized through education<sup>42</sup>.

According to Article 31 paragraphs (1), (2), and (4) of the 1945 Constitution<sup>43</sup>, every citizen is obliged to attend primary education, which the government finances. Article 31, paragraphs (1) and (5) of the 1945 Cons-

titution emphasized that the phrase “right to education” in paragraph (1) also includes the notion of freedom to select the required type. Paragraph (5) emphasized that to advance science and technology, religious values should be upheld. The fourth element, which is the right to obtain education in a language of one's choice, including mother tongue, is not explicitly specified in the 1945 Constitution. However, referring to Article 32 paragraph (2), “the state respects and maintains regional languages as national cultural assets,” which applies to the education sector. This is confirmed in Article 33, paragraph (2) of Law Number 20 of 2003, that regional languages can be used as the language of instruction in the early stages of education to convey certain knowledge and skills. Furthermore, Articles 28C and 28E of Chapter XA entitled Human Rights recognize human rights to education. This is reaffirmed in Articles 12, 16, 42, 48, 54, and 60 of Law Number 39 of 1999, stating that everyone has the right to receive education and educate themselves to have faith, become responsible with noble character, and be prosperous in accordance with human rights<sup>44</sup>.

Article 2 of Law Number 20 of 2003 stipulates that the foundations of education are in accordance with Pancasila and the 1945 Constitution. Subsequently, the sociological foundation of education is the individual as a citizen of Indonesia, with the relevance dependent on the existence of the individual in social life. Education is developed with access given to each individual to make their social aspects grow and develop in society. The sociological foundation of education is usually coupled with cultural aspects<sup>45</sup> because it is important in social aspects. The material studied shows that the methods, activities, and forms of activity in education institutions are all cultural<sup>46</sup>.

The juridical foundation is the legal basis for the implementation of education and the basis for legitimizing various activities. Actions for organizing education

<sup>39</sup> NEOLAKA, Amos, and NEOLAKA, Grace Amalia A. *Landasan Pendidikan Dasar Pengenalan Diri Sendiri Menuju Perubahan Hidup*, 1<sup>st</sup> Edition, Depok: Kencana, 2017, p. 2.

<sup>40</sup> ARIFIN, Ridwan. Translating the Meaning of Justice and Legal Protection: What exactly is justice?, *JILS (Journal of Indonesian Legal Studies)*, v. 7, n. 1, i-iv, 2022. <https://doi.org/10.15294/jils.v7i1.57881>.

<sup>41</sup> YUSA, I. Gede et.al. *Hukum Tata Negara Pasca Perubahan UUD NRI 1945*, Malan: Setara Press, 2016.

<sup>42</sup> HAFNER-BURTON, Emilie M., and TSUTSUI, Kiyoteru. “Human rights in a globalizing world: The paradox of empty promises.” *American journal of sociology*, v. 110, n. 5, 1373-1411, 2005.

<sup>43</sup> DIPROSE, Rachael, MCRAE, Dave, & HADIZ, Vedi R. Two decades of reform in Indonesia: its illiberal turn. *Journal of Contemporary Asia*, v. 49, n. 5, 691-712, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1080/00472336.2019.1637922>.

<sup>44</sup> AFRIANTY, Dina. Agents for change: Local women's organizations and domestic violence in Indonesia. *Bijdragen tot de taal-, land-en volkenkunde/Journal of the Humanities and Social Sciences of Southeast Asia*, v. 174, n. 1, 24-46., 2018. DOI: <https://doi.org/10.1163/22134379-17401024>.

<sup>45</sup> DAVIES, Mathew. States of compliance?: Global human rights treaties and ASEAN member states. *Journal of Human Rights*, v. 13, n. 4, 414-433, 2014.

<sup>46</sup> SIHOTANG, Amri Panahatan, et.al. Fulfillment of the right to equitable education for members of believers of mystical groups in Indonesia. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, v. 24, n. 5, 1-13, 2021.

should have a legal basis, hence, it can run legally and can be accepted by society and the state<sup>47</sup>. Someone can become an educator by sharing their knowledge and technology with others after obtaining legality in the form of a decree of appointment from the authorities. The decree is the starting point for a teacher or lecturer in the learning process. Obligations to individuals, such as children, take nine years of compulsory education based on statutory regulations. Similarly, individuals or groups of people can educate the nation's life by establishing training institutions after legally obtaining permission from the authorities<sup>48</sup>. The juridical foundation for administering education and the right is based on legal products in the form of regulations and decisions<sup>49</sup>. However, not every activity for education is determined by legal products. Scientific autonomy possessed by educators is used to enhance students' potential through planning, implementing, and evaluating learning outcomes. Others include compiling a syllabus, making teaching preparations (RPP), semester learning plans (RPS), determining teaching methods, supervision, and evaluation. The existence of legitimacy is recognized normatively in Article 24 of Law Number 20 of 2003 and Article 8 of Law Number 12 of 2012<sup>50</sup>.

The preamble of the 1945 Constitution mandated that Indonesia should educate the nation's life<sup>51</sup>. The aim is to develop human potential who believe in and fear God Almighty, possess a noble character, are healthy, knowledgeable, capable, intelligent, innovative, creative, independent, democratic, and responsible. The noble ideals of the founding fathers are the duty of the state, specifically the government, which are actualized in society and the nation. The Central and Regional Governments have established various policies, which are formulated into numerous forms of regulations and de-

crees to realize the state's goals. Moreover, the right of the population to obtain education has been constitutionally confirmed in central and regional areas<sup>52</sup>.

The 1945 Constitution regulates human rights in Chapter XA, which includes Articles 28A to 28J. Article 28C paragraph (1) stipulates that "everyone has the right to develop themselves by fulfilling their basic needs through education to benefit from science and technology, arts and culture, for better life quality". Everyone has the right to education, hence, it is determined as part of human rights<sup>53</sup>. Furthermore, education is specifically regulated in Chapter XIII concerning Education and Culture. Article 31, paragraph (1) stipulates that education is a right for every citizen, while paragraph (2) determines the obligation for every citizen to attend primary education and the obligation of the government to finance this process. The following paragraphs stipulate that to educate the nation's life, the government seeks and organizes a national system to increase faith and piety to God Almighty while providing a noble character regulated by law<sup>54</sup>. To fulfill the needs of implementing the education system, a budget of at least 20% is prioritized for the State and Regional Budget. Law Number 39 of 1999 concerning Human Rights is the implementation of Article 31 of the 1945 Constitution, as evidenced by the inclusion in the material foundations for the formation of Law Number 39 of 1999. Law Number 39 of 1999, comprising Articles 12, 42, 48, 54, and 60, determined the existence of the right to education as a human right. All men, women, children, and adults are entitled to education to improve their quality of life. This makes them faithful, pious, and responsible with a noble character. Women have the right to receive education and teaching at all types, levels, and paths<sup>55</sup>. Similarly, every child has the right to education and teaching as an effort to develop a personality based on their interests, talents, and intelli-

<sup>47</sup> ARIFIN, Saru. Illiberal tendencies in Indonesian legislation: the case of the omnibus law on job creation. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 9, n. 3, 386-403, 2021.

<sup>48</sup> JACKSON, Elisabeth, & BAHRISALIM, Bahrissalim. Crafting a new democracy: Civic education in Indonesian Islamic universities. *Asia Pacific Journal of Education*, v. 27, n. 1, 41-54, 2007.

<sup>49</sup> SKORA, Agnieszka, SREBALOVÁ, Mária, and Papáčová, Ingrida. Administrative judiciary is looking for a balance in a crisis. *Juridical Tribune/Tribuna Juridica* v. 12, n. 1, 2022.

<sup>50</sup> MULYADI, Asal Wahyuni Erlin. Policy of Inclusive Education for Education for All in Indonesia. *Policy & Governance Review*, [S.l.], v. 1, n. 3, p. 201-212, sep. 2017. doi: <https://doi.org/10.30589/pgr.v1i3.57>.

<sup>51</sup> KRISTIANSSEN, Stein. Decentralising education in Indonesia. *International journal of educational development*, v. 26, n. 5, 513-531, 2006.

<sup>52</sup> MUTTAQIN, Tatang. Determinants of Unequal Access to and Quality of Education in Indonesia. *Jurnal Perencanaan Pembangunan: The Indonesian Journal of Development Planning*, v. 2, n. 1, 1-23, 2018. DOI: <https://doi.org/10.36574/jpp.v2i1.27>.

<sup>53</sup> SUBAWA, I. Made. Hak Asasi Manusia Bidang Ekonomi Sosial Dan Budaya Menurut Perubahan UUD 1945. *Kertha Patrika* v. 33, n. 1, 1-7, 2008.

<sup>54</sup> INDRASTI, Maya and JALIL, Faridah. The Rule of Law for the Right to Inclusive Education in Indonesia. *Padjadjaran Journal of Law*, v. 6, n. 3, 594-618, 2019.

<sup>55</sup> MERCER, Joyce Ann. "We Teach Our Children to See a Human Being": Women Transforming Religious Conflict in Indonesia. *International Journal of Practical Theology*, v. 20, n. 2, 261-281, 2016.

gence. Moreover, every citizen, including children with physical and mental disabilities, is entitled to education, training, and special assistance at state expense.

Law Number 20 of 2003 concerning the National Education System accommodates the implementation of education as mandated by Article 31 paragraph (3) of the 1945 Constitution. This law stipulates the reform of the national education system through various strategies, such as the implementation of compulsory education for every citizen aged six years. The central and regional governments guarantee the implementation of compulsory education at the lowest level without charging fees because it is the state's responsibility. Law Number 11 of 2005 concerning the Ratification of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights is a mandate of Article 28C of the 1945 Constitution<sup>56</sup>. The right to education is fundamental and inherent in humans globally. Therefore, it should be protected, respected, and maintained, without being neglected, diminished, or seized by anyone<sup>57</sup>. Primary education should be compulsory and free of charge for everyone, specifically those who have not received or completed this process<sup>58</sup>. It is also necessary to provide adequate scholarships and continuous improvement of the material by teachers.

Government Regulation Number 47 of 2008 concerning Compulsory Education is the implementation of Article 34 paragraph (4) of Law Number 20 of 2003 stipulating that it is a minimum education program needed by Indonesian citizens. Compulsory education functions to seek the expansion and equity of opportunities to obtain the quality knowledge needed for citizens to live independently in society while preparing for higher education level<sup>59</sup>. Compulsory education is carried out through formal paths, such as Elementary Schools, Madrasah Ibtidaiyah, Junior High Schools, Ma-

drasah Tsanawiyah, and other equivalent forms. These include non-formal and informal education paths that should be implemented by the central and regional governments, as well as the community.

Government Regulation Number 48 of 2008 concerning Education Funding stipulates that education funding is a shared responsibility between the central government, regional governments, and the community. Its costs include units, management, and student personal costs. Education costs, which are the responsibilities of the central and local governments, are allocated in the State and Regional Budgets.

Government Regulation Number 17 of 2010 concerning the Management and Implementation of Education stipulates that the minister manages the national education system. This is in addition to the formulation of national policies outlined in the long and medium-term development plans, national education strategic plan, government work, annual work plan, budget, and provisions of laws. The national education policy includes implementing the development strategy, including compulsory education.

The Minister of Education and Culture Regulation Number 16 of 2018 concerning Amendments to the Minister of Education and Culture Regulation Number 47 of 2016 on Guidelines for Regional Apparatus Organizations determined the nomenclature, duties, and functions of regional apparatus organizations in the field of education and culture<sup>60</sup>. There are provisions regarding matters handled by the central, provincial, and regency/city governments in matters of education management, curriculum, accreditation, educators, and staff on licensing, which play an important role in the implementation of human rights<sup>61</sup>. The main affairs that fall under the authority of the central government are education management, curriculum, accreditation, educators, education licensing, as well as language and literature<sup>62</sup>. Regional governments do not have authority over accreditation because it is the exclusive authority

<sup>56</sup> BUKHORI MUSLIM, Ahmad. Disadvantaged but more resilient: the educational experiences of indigenous Baduy children of Indonesia. *Diaspora, Indigenous, and Minority Education*, v. 15, n. 2, 99-112, 2021.

<sup>57</sup> NOMURA, Ko. A perspective on education for sustainable development: Historical development of environmental education in Indonesia. *International Journal of Educational Development*, v. 29, n. 6, 621-627, 2009.

<sup>58</sup> POHL, Florian. Islamic education and civil society: Reflections on the pesantren tradition in contemporary Indonesia. *Comparative Education Review*, v. 50, n. 3, 389-409, 2006.

<sup>59</sup> HERMANTO, Bagus, and YUSA, I. G. Children Rights and the Age Limit: The Ruling of The Indonesian Constitutional Court. *Kertha Patrika*, v. 40, n. 2, 61-70, 2018.

<sup>60</sup> SUARTHA, I Dewa Made Suartha, et.al. Between Mental Illness, Criminal Policy Reform, and Human Rights: Discourse on Reformulation of The Article 44 Indonesia Criminal Code. *International Journal of Criminal Justice Sciences*, v. 17, n. 1, 1-21, 2022.

<sup>61</sup> Can be compared with: OOMEN, Barbara, and BAUMGÄRTEL. Moritz. Frontier cities: The rise of local authorities as an opportunity for international human rights law. *European Journal of International Law*, v. 29, n. 2, 607-630, 2018.

<sup>62</sup> PARKER, Lyn. Religious education for peaceful coexistence in Indonesia?. *South East Asia Research*, 22(4), 487-504, 2014.

of the central government. The main affairs in the education sector that fall under the authority of the provincial and regency/city governments are six excluding accreditations. The scope of the main affairs in the education sector managed by the central government is different from the regional, provincial, and regency/city<sup>63</sup>.

#### 4.2 Fulfillment of the Right to Education and the Indonesian Constitutional Court in Affirming the Establishment of Citizens' Constitutional Rights to Education

Katarina Tomasevski stated that the right to education is fulfilled in accordance with four indicators, namely available, accessible, acceptable, and adaptable<sup>64</sup>. These indicators are shown in Table 1.<sup>65</sup>

**Table 1.** Indicators and Qualifications for the Fulfillment of the Right to Education

Indicators and Qualifications			
Availability	Accessibility	Acceptability	Adaptability
The obligation to guarantee free compulsory education for all school-age up to the minimum age allowed to work.	The obligation to abolish the exclusivity of education based on the prohibition against discrimination, such as ethnicity, skin color, gender, language, religion, opinion, origin, economic status, birth, and social status as well as indigenous people who are poor.	The obligation to set minimum education standards, including the language of instruction, materials, and teaching methods. This is in addition to their application in all educational institutions.	The obligation to plan and implement education for children who do not attend formal schools, such as refugees, those who have lost their freedom, and children workers.

<sup>63</sup> HERAWATI, Aloysia Vira, and ERMAKOV, Dmitry Sergeevich. "Human rights education in Indonesian higher education institutions: opinions of students and teachers." *Jurnal Cakrawala Pendidikan*, v. 41, n. 2 541-552, 2022.

<sup>64</sup> As a comparison, the existence of JLFPHR indicators in protecting human rights to education can be compared with: ROSSER, Andrew. *Law and the realisation of human rights: Insights from Indonesia's education sector*. *Asian Studies Review*, v. 39, n. 2, 194-212, 2015. <http://dx.doi.org/10.1080/10357823.2015.1025462>.

<sup>65</sup> TOMAŠEVSKI, Katarina. *Has the right to education a future within the United Nations? A behind-the-scenes account by the Special Rapporteur on the Right to Education 1998-2004*. *Human rights law review*, v. 5, n. 2, 205-237, 2005.

Indicators and Qualifications			
Availability	Accessibility	Acceptability	Adaptability
The obligation to respect the freedom of parents to select education for children.	The obligation to eliminate gender and racial discrimination by guaranteeing equal opportunities to fulfill human rights, rather than just formal prohibition.	The obligation is to improve education quality by ensuring that the entire education system is in line with human rights.	The obligation to adapt education to the best interests of every child, such as those with disabilities and the indigenous.  The obligation to apply human rights as a whole and guide empowered through education, such as the right to marry and form a family and freedom from pressure to be employed.

**Source:** Processed from Katarina Tomasevski<sup>66</sup>

First, it relates to the availability of education institutions and programs in sufficient numbers, with the regional government obligated to guarantee free access. This is in addition to compulsory education for all school-age children up to at least the minimum age and those who are allowed to work, with the obligation to respect the freedom of parents to select education for children. Second, accessibility means that regional governments should eliminate practices of gender and racial discrimination, not only as a formality but in real terms. The exclusivity of education should be abolished by prohibiting discriminatory practices ba-

<sup>66</sup> TOMAŠEVSKI, Katarina. *Pendidikan Berbasis Hak Asasi: Penyederhanaan Persyaratan Hak Asasi Manusia Global. Proyek Kerja Sama antara Pelapor Khusus Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tentang Hak atas Pendidikan dan Biro Pendidikan Wilayah Asia Pasifik UNESCO*. Bangkok: Biro Pendidikan Wilayah Asia Pasifik UNESCO, p. 8, 9.

sed on ethnicity, skin color, gender, language, religion, opinion, origin, birth, economic status, social status, minority or indigenous people status, while providing equal opportunities<sup>67</sup>. Third, acceptability implies that education institutions and programs should be accessible to everyone, specifically the most vulnerable groups, legally and factually. This should be conducted by permitting the use of the mother tongue as the language of instruction and prohibiting the imposition of physical punishment on students who break the rules. Finally, adaptability implies that education institutions must be responsive to the needs of each student, those with special needs, minorities, and indigenous people.

These four parameters make this study examine the right to education in Indonesia which is reflected in several Constitutional Court Decisions from 2003 to 2022. Table 2 is a detailed description of the establishment of the Constitutional Court in defending and strengthening the right to education in Indonesia.

**Table 2:** The Constitutional Court Decisions and the Core Considerations or Directions for the Establishment of Human Rights Issues to Education in Indonesia

Constitutional Court Decisions and Related Articles	The Constitutional Court's substances/considerations related to the issue of the right to education
Constitutional Court Decision 011/PUU-III/2005 (Testing of Article 17 paragraphs 1-2 and explanation of Article 49 paragraph (1) of the National Education System Law) <sup>68</sup>	Affirmation of the direction of the national policy oriented toward the fulfillment of human rights to education in Indonesia.  Affirmation of the implementation of <i>expressis verbis</i> constitutional provisions that cannot be postponed while upholding constitutional values and existing legal principles.

Constitutional Court Decisions and Related Articles	The Constitutional Court's substances/considerations related to the issue of the right to education
Constitutional Court Decision 026/PUU-III/2005 (Testing of Law 13/2005 concerning State Budget 2006) <sup>69</sup>	Approximately 20% of the State Budget is allocated to education. There needs to be an interpretation to realize human rights in education as part of nation-building. This is because the Constitutional Court is based on conformity by prioritizing development strategies based on human investment and policy aimed at promoting the state's ability to comply with constitutional provisions, including allocations for the welfare of teaching staff.  Furthermore, the recognition of human rights is multi-faceted because it is from a civil and political perspective. These include economic, social, and cultural perspectives regarding fulfillment for the state. Any denial of the articles is a delegitimization of the constitution.
Constitutional Court Decision 026/PUU-IV/2006 (Testing of Law 18/2006 concerning State Budget 2007) <sup>70</sup>	
Constitutional Court Decision 24/PUU-V/2007 (Testing of Law 20/2003 concerning National Education System and Law 18/2006 concerning State Budget 2007) <sup>71</sup>	
Constitutional Court Decision 13/PUU-VI/2008 (Law 16/2008 concerning Revised State Budget 2008) <sup>72</sup>	

<sup>67</sup> AZEVEDO, Hiran Catuninho. The role of sustainable learning policies on the fight against hunger in adult education. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, p. 80-97, 2017, DOI: 10.5102/rdi.v14i1.4357.

<sup>68</sup> INDONESIA, Constitutional Court Decision 011/PUU-III/2005, p. 100-102.

<sup>69</sup> INDONESIA, Constitutional Court Decision 026/PUU-III/2005, p. 80-85.

<sup>70</sup> INDONESIA, Constitutional Court Decision 026/PUU-IV/2006, p. 92-95.

<sup>71</sup> INDONESIA, Constitutional Court Decision 24/PUU-V/2007, Paragraph 3.16.1, 3.16.5, and 3.16.9.

<sup>72</sup> INDONESIA, Constitutional Court Decision 13/PUU-VI/2008, Paragraph 3.14. and 3.16.

Constitutional Court Decisions and Related Articles	The Constitutional Court's substances/considerations related to the issue of the right to education	Constitutional Court Decisions and Related Articles	The Constitutional Court's substances/considerations related to the issue of the right to education
<p>Constitutional Court Decision 11-14-21-126 and 136/PUU-VII/2009 (Article 6 paragraph (1)-(2), Article 7 paragraph (2), Article 9, Article 11 paragraph (2), Article 12 paragraph (1) letters c-d, Article 12 paragraph (2) letter b, Article 24 paragraph (3), Article 46 paragraph (1) the phrase "and the community" and an explanation of Article 46, Article 47 paragraph (2), Article 56 paragraphs (1)-(3) Law 20/2003 concerning National Education System; Law 9/2009 concerning Education Legal Entities)<sup>73</sup></p>	<p>The Constitutional Court emphasized the philosophical, academic, and juridical aspects regarding the government's duty to educate the nation's life.</p> <p>The issue of Education Legal Entities, in this case, can be conducted based on the Constitutional Court Decision Number 021/PUU-IV/2006. This includes basing state function aspects of educating the nation's life, philosophical, and regulatory aspects of not reducing the implementation of state responsibilities, as well as community aspiration and participation aspects.</p> <p>The national education system should provide space for existing potential in its implementation at the national level.</p> <p>The government's pretext for uniform supervision of the implementation of education has no justification for degrading human rights. This is generally obtained by setting aside the government's focus on the widest possible accessibility of education for citizens. Therefore, the Central and Regional Education Legal Entities focused on more important field of education.</p>	<p>Constitutional Court Decision 5/PUU-X/2012 (Law 20/2003 concerning National Education System)<sup>75</sup></p>	<p>The government's obligation is to organize and develop at least one education unit into an international standard education unit. An example is the International Standard School (ISS), which is still in the form of an International Standard School Pilot (ISSP). The Constitutional Court emphasized that the output of education, which should produce students with the ability to compete in a global world and foreign language skills, does not have to be labeled with an international standard. In addition to not having an international standard as a reference, the term "international" in ISS/ISSP can create national education output detached from the cultural roots of the Indonesian nation with a national awareness of their faith and noble character.</p> <p>The issue of differentiating ISS/ISSP from non-ISS/ISSP, both in terms of facilities, infrastructure, financing, and education output, will create different treatment between the two schools. According to the Court, this differential treatment is contrary to the constitutional principle that needs equal treatment to schools and students since they are owned by the government. The court understands that the government needs to provide room to obtain special treatment for those with more abilities and intelligence. Therefore, special treatment is also needed in education services by forming unfair differential treatment that is not in line with the constitutional principle.</p> <p>Besides the differential treatment associated with access to education, it also leads to commercialization which is contrary to its implementation and responsibility of the state. Moreover, primary education should be fully funded by the state.</p>
<p>Constitutional Court Decision 58/PUU-VIII/2010 (Article 55 paragraph (4) Law 20/2003 concerning National Education System)<sup>74</sup></p>	<p>Affirmation of the state's role in educating the nation's life, related to human rights to education, is the responsibility of the state.</p> <p>The central and regional governments are obligated to provide technical assistance, subsidies, and other resources fairly and equitably to all levels of community-based education institutions. However, this is not expressly stipulated in the 1945 Constitution, which interprets it as having to be realized for the primary education level. According to the state's financial capacity, the government has the discretion to finance all or part of the education costs of other levels.</p>		

**Source:** Processed from the website of the Constitutional Court (2003-2022)

<sup>73</sup> INDONESIA, Constitutional Court Decision 11-14-21-126 and 136/PUU-VII/2009, Paragraphs 3.33, 3.34, 3.35, 3.37, 3.41, and 3.44.

<sup>74</sup> INDONESIA, Constitutional Court Decision 58/PUU-VI-II/2010, Paragraphs 3.18, 3.19.

<sup>75</sup> INDONESIA, Constitutional Court Decision 5/PUU-X/2012, Paragraphs 3.17, 3.18, 3.19, and 3.20.

According to Frans Viljoen, the court decision – in this case – eight Constitutional Court Decisions concerning human rights to education in Indonesia with reference to the four indicators and qualifications – are inseparable and fundamental<sup>76</sup> towards the development of national laws<sup>77</sup>. Efforts to prosecute the protection and fulfillment of human rights to education are also one of the things inherent in the respect and promotion of this process<sup>78</sup>. This is inseparable from global developments in which the state,<sup>79</sup> as the main obligation stakeholder, can play itself optimally<sup>80</sup>. The protection and fulfillment of human rights to education<sup>81</sup> still shows an opaque portrait, and the opacity can be brightened by the certainty of an effective legal mechanism to demand justice for human rights violations<sup>82</sup>, as stated in Article 8 of the 1948 UDHR. It is understood that obligations undertaken by states, and the international community, under international instruments shall be implemented in good faith. The protection and fulfillment of human rights<sup>83</sup>, including towards education characterize a state's political maturity in positioning itself as a regulator.<sup>84</sup> Moreover, protectors for the fulfillment of basic human needs primarily maximize all the capabilities of the state to achieve progressively the

rights, including the adoption of legal measures<sup>85</sup>. The state plays a strategic role in formulating and strengthening a national legal framework<sup>86</sup> which synergizes steps in efforts to protect and fulfill human rights<sup>87</sup>. The Constitutional Court decisions play a role in redirecting the state to the consistency desired for the justiciability of human rights, including education.

Based on several Constitutional Court Decisions, the conditions for fulfilling economic, social, and cultural human rights should be strengthened. This is based on the power of understanding and awareness of its existence, which promote and guarantee education under any circumstances. Fulfillment is also closely related to human dignity by affirming an appropriate legal policy mechanism and space, which is in line with the principles of the rule of law, democracy, and constitutionalism.

These issues tend to prioritize digitization without ensuring quality and sustainability of educational benefits for students. Despite promoting technology assimilation among students, teachers, and administrators, as well as for teaching and learning processes, access to educational literacy, and various documentation of educational implementation, there is still a need to ensure effectiveness and longevity of education. This is further complicated by the lack of specific regulations and guaranteed legal protection for the integration of hybrid learning and home-schooling models, and the fact that curriculum development has yet to address the necessary adjustments in competencies, particularly with regard to accelerating Indonesia's economic growth through macro-level human resource development based on educational improvements in the Indonesian sector.

Efforts at the level of positive law can be carried out (1) through a constitutional reference to international treaties that contain socio-economic rights; (2) as specific socio-economic rights included as justiciable guarantees in the Constitution Bill of Rights or Directive Principles of State Policy/RPJPN-RPJMN and RANHAM;

<sup>76</sup> RAPATSA, Mashele. South Africa's transformative Constitution: from civil and political rights doctrines to socio-economic rights promises. *Tribuna Juridică*, v. 5, i. 10, 2015, p. 208-219.

<sup>77</sup> Viljoen, Frans, National Legislation as a Source of Justiciable Socio-Economic Rights, *ESR Review*, v. 6, i. 3, 1-15, September 2005.

<sup>78</sup> LIMPO, I. Y., et al. Potret of Basic Education in Indonesia. *JL Pol'y & Globalization*, 69, 89, 2018.

<sup>79</sup> SUBAWA, Made. Implikasi Yuridis Pengalihan Kekuasaan Membentuk Undang-Undang Terhadap Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia Pasca Perubahan Undang-Undang Dasar 1945. *DISSERTATION UNIVERSITAS AIRLANGGA*, 2003.

<sup>80</sup> SUBAWA, Made, et al. The Arrangement on Preventive and Evaluative Mechanism towards Regulatory and Statutory Laws Quality Improvement in Indonesia, Paper was presented at the Conference on Socio-Legal and Humanities Research, 2022.

<sup>81</sup> FAISAL, F., and MARTIN, S. N., Science education in Indonesia: past, present, and future. *Asia Pacific Science Education*, v. 5, n. 4, p. 1-29, 2019, DOI: <https://doi.org/10.1186/s41029-019-0032-0>.

<sup>82</sup> AQIMUDDIN, Eka An, and LATIPULHAYAT, Atip. Legality and legitimacy of domestic court decision as a source of International Law-making. *Revista de Drepto Internacional*, v. 20, n. 1, p. 129-141, 2023, DOI: [10.5102/rdi.v20i1.9080](https://doi.org/10.5102/rdi.v20i1.9080).

<sup>83</sup> ROSSER, Andrew. Towards a political economy of human rights violations in post-New Order Indonesia. *Journal of Contemporary Asia*, v. 43, n. 2, p. 243-256, 2013, DOI: <https://doi.org/10.1080/0472336.2012.757436>.

<sup>84</sup> HERMANTO, Bagus. Deliberate legislative reforms to improve the legislation quality in developing countries: case of Indonesia. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 11, n. 1, p. 1-31, 2023, DOI: <https://doi.org/10.1080/20508840.2022.2080392>.

<sup>85</sup> EIDE, Asbjørn. Economic, Social, and Cultural Rights as Human Rights In: EIDE, Asbjørn et al. (ed.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 21, 35.

<sup>86</sup> ATMAJA, Gede Marhaendra Wija, et al. *Hukum Kebijakan Publik*. Denpasar: Swasta Nulus, 2022, p. 108-112.

<sup>87</sup> ULUM, Muhammad Bahrul, & WILDANA, D. T. Promoting the Right to Education through A Card: A Paradox of Indonesia's Educational Policy?. *Journal of Indonesian Legal Studies*, v. 4, i. 1, 143, 2019.



and (3) through domestic legislation based on the ideology that underlies the national economic, political, and legal order. Therefore, norms related to human rights in education do not become piles of thick paper that are neatly bound as reference material without action<sup>88</sup>, thereby violating the essence of human rights. In this case, it will be related to, first, human resources and the Education Implementing Structure, namely recruitment issues,<sup>89</sup> technical assistance as well as the readiness of resources to support the continuing process<sup>90</sup>. Second, the application and adaptation to the progress of the times do not diminish the state's responsibility for human rights to education, either by implementing the use of ICT in global developments or as a force in the flow of globalization and technological flows. Third, the need for consistency in policy, which is not based on differences in Directive Principles when there is a transfer of power from the previous government. This includes the need for a grand design/framework for the national education policy. Finally, with the interpretation of the Constitutional Court Decisions, an educational policy should be based on good faith, commitment, and a national policy orientation that makes education the driving force of a nation's development.

## 5 Conclusion

The Indonesian policy in the context of realizing the right to education is based on philosophical, sociological, and juridical considerations. This is achieved on four core elements, including 1.) Everyone's right to gain access to existing public schools should be protected, 2.) Availability of compulsory and free primary education, 3.) Freedom to have education in accordance with religion and beliefs, and 4.) The right to obtain education in the language of one's choice without violation at the national to regional policy levels.

<sup>88</sup> SUSANTI, D. Privatisation and marketisation of higher education in Indonesia: the challenge for equal access and academic values. *Higher Education*, v. 61, i. 2, 209-218, 2011. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10734-010-9333-7>.

<sup>89</sup> ASHADI, Ashadi & RICE, Suzanne, High stakes testing and teacher access to professional opportunities: lessons from Indonesia, *Journal of Education Policy*, v. 31, i. 6, 727-741, 2016, DOI: <http://dx.doi.org/10.1080/02680939.2016.1193901>.

<sup>90</sup> BREWIS, E. Fair access to higher education and discourses of development: a policy analysis from Indonesia. *Compare: A Journal of Comparative and International Education*, v. 49, i. 3, 453-470, 2019. <http://dx.doi.org/10.1080/03057925.2018.1425132>.

This study also found eight Constitutional Court Decisions in the context of protecting and affirming the establishment of the Constitutional Court to uphold the constitution, specifically those on human rights to education. The decisions are related to budgeting politics, budget allocation, technical support, education policy, national orientation, supporting legal entities, the recruitment system, and the improvement of fundamental aspects. It is also related to international pilot schools that are not in line with the spirit of education in Indonesia by avoiding discrimination in the implementation process. Furthermore, human rights to education in Indonesia should be organized in terms of recruitment, systems, policy patterns, grand design, and use of qualified resources. Education should be able to adapt to global developments and current needs by upholding human rights. Further studies are needed to realize the fundamental elements of human rights to education in Indonesia in accordance with international consensus and legal requirements.

## References

- Aditya, Z. F., & Al-Fatih, S. (2021). "Indonesian constitutional rights: expressing and purposing opinions on the internet". *The International Journal of Human Rights*, 25(9), 1395-1419.
- Adlim, Helida Gusti, Zulfadli (2018). "Permasalahan dan Solusi Pendidikan di Daerah Kepulauan (Studi kasus di SMA Negeri 1 Pulau Aceh, Kabupaten Aceh Besar). *Jurnal Pencerahan*. 10 (1).
- Afrianty, D. (2018). Agents for change: Local women's organizations and domestic violence in Indonesia. *Bijdragen tot de taal-, land-en volkenkunde/Journal of the Humanities and Social Sciences of Southeast Asia*, 174(1), 24-46. <https://doi.org/10.1163/22134379-17401024>.
- Amos Neolaka dan Grace Amalia A. Neolaka (2017). *Landasan Pendidikan Dasar Pengenalan Diri Sendiri Menuju Perubahan Hidup, Cetakan ke-1, Kencana, Tapos – Cimanggis, Depok*, p. 2.
- Anif, V., dan Dewi, G.M., 2017, *Arah Politik Hukum Kebijakan Perlindungan HAM di Indonesia*, *Lex Scientia Law Review*, 1(1), 5-18, DOI: <https://doi.org/10.15294/lesrev.v1i01.19453>.

- Arifin, R. (2016). Human Rights Interpretation in the Dimension of Pancasila Ideology. *Law Research Review Quarterly*, 2(4), 641-656.
- Arifin, S. (2021). Illiberal tendencies in Indonesian legislation: the case of the omnibus law on job creation. *The Theory and Practice of Legislation*, 9(3), 386-403.
- Arifin, R. (2022). Translating the Meaning of Justice and Legal Protection: What exactly is justice? *JILS (Journal of Indonesian Legal Studies)*, 7(1), i-iv. <https://doi.org/10.15294/jils.v7i1.57881>.
- Article "Kualitas Pendidikan Indonesia di UNESCO" in <http://pendidikan.net/mod>.
- Article "Memaksakan program Sekolah Bertaraf Internasional oleh Nugroho Khoironi" in <http://nugieshare.dagdigdug/index.php/archives/170>.
- Article "18 Ribu Anak Riau Putus Sekolah oleh Rudi Kurniawansyah" in <http://www.mediaindonesia.com/read/2010/07/26>.
- Article "12 Juta Anak Indonesia Putus Sekolah oleh Robert Manurung" in <http://ayomerdeka.wordpress.com/2009/03/22/>; Article "1500 Anak Putus Sekolah di Bali oleh: Wisnu Widianoro" in <http://witart.wordpress.com/2008/09/12>
- Asbojrn Eide "Economic, Social, and Cultural Rights as Human Rights", in Asbojrn Eide et al. (ed.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1995), p. 21, 35.
- Atmaja, G. M. W., Astariyani, N. L. G., Aryani, N. M., & Hermanto, B. (2022). *Hukum Kebijakan Publik*. Denpasar: Swasta Nulus, p. 108-112.
- Ashadi Ashadi & Suzanne Rice (2016) High stakes testing and teacher access to professional opportunities: lessons from Indonesia, *Journal of Education Policy*, 31:6, 727-741, DOI: <http://dx.doi.org/10.1080/02680939.2016.1193901>.
- Asplund, K. (2009). Resistance to human rights in Indonesia: Asian values and beyond. *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, 10(1), 27-47.
- Aqimuddin, Eka An, and Atip Latipulhayat. "Legality and legitimacy of domestic court decision as a source of international law-making." *Revista de Direito Internacional* 20.1 (2023).
- Brewis, E. (2019). Fair access to higher education and discourses of development: a policy analysis from Indonesia. *Compare: A Journal of Comparative and International Education*, 49(3), 453-470. <http://dx.doi.org/10.1080/03057925.2018.1425132>.
- Brems, E. (2009). Human rights: Minimum and maximum perspectives. *Human Rights Law Review*, 9(3), 349-372.
- Budijanto, O. W., & Rahmanto, T. Y. (2021). Pencegahan Paham Radikalisme Melalui Optimalisasi Pendidikan Hak Asasi Manusia di Indonesia. *Jurnal HAM*, 12(1), 57.
- Bukhori Muslim, A. (2021). Disadvantaged but more resilient: the educational experiences of indigenous Baduy children of Indonesia. *Diaspora, Indigenous, and Minority Education*, 15(2), 99-112.
- Carver, R. (2010). "A new answer to an old question: national human rights institutions and the domestication of international law". *Human Rights Law Review*, 10(1), 1-32.
- Colbran, N. (2015). Sense and Simplicity in Legal and Human Rights Co-Operation: A Case Study of Indonesia. *Asian Journal of Law and Society*, 2(1), 195-206. doi:10.1017/als.2015.3.
- Constitutional Court Decision 011/PUU-III/2005, p. 100-102.
- Constitutional Court Decision 026/PUU-III/2005, p. 80-85.
- Constitutional Court Decision 026/PUU-IV/2006, p. 92-95.
- Constitutional Court Decision 24/PUU-V/2007, Paragraph 3.16.1, 3.16.5, and 3.16.9.
- Constitutional Court Decision 13/PUU-VI/2008, Paragraph 3.14. and 3.16.
- Constitutional Court Decision 11-14-21-126 and 136/PUU-VII/2009, Paragraphs 3.33, 3.34, 3.35, 3.37, 3.41, and 3.44.
- Constitutional Court Decision 58/PUU-VIII/2010, Paragraphs 3.18, 3.19.
- Constitutional Court Decision 5/PUU-X/2012, Paragraphs 3.17, 3.18, 3.19, and 3.20.
- Cross, F.B., 1999, *The Relevance of Law in Human Rights Protection*, *International Review of Law and Economics*, 19(1), 87-98, DOI: 10.1016/S0144-8188(98)00028-3.

- Davies, M. (2014). States of compliance?: Global human rights treaties and ASEAN member states. *Journal of Human Rights*, 13(4), 414-433.
- Diprose, R., McRae, D., & Hadiz, V. R. (2019). Two decades of reform in Indonesia: its illiberal turn. *Journal of Contemporary Asia*, 49(5), 691-712. <https://doi.org/10.1080/00472336.2019.1637922>.
- DG Pascal Lamy, 2006, Humanising Globalization, WTO NEWS: SPEECHES-DG PASCAL LAMY, Santiago de Chile, [https://www.wto.org/english/news\\_e/sppl\\_e/sppl16\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl16_e.htm), p.1.
- Evans, C. (2008). Religious education in public schools: An international human rights perspective. *Human Rights Law Review*, 8(3), 449-473. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngn020>.
- Faisal, F., & Martin, S. N. (2019). Science education in Indonesia: past, present, and future. *Asia Pacific Science Education*, 5 (4), 1-29. DOI: <https://doi.org/10.1186/s41029-019-0032-0>.
- Frans Viljoen, National Legislation as a Source of Justiciable Socio-Economic Rights, *ESR Review*, Vol.6 Iss. 3 September 2005, p. 9.
- Fons Coomans, 'The Core Content of the Right to Education', in Brand dan Russel (ed.), *Exploring the Core Content of Socio-Economic Rights: South African and International Perspectives*, (Pretoria: Protea Book House, 2002), p. 160.
- Ford, M., "International Networks and Human Rights in Indonesia", in Davis, T.W.D. dan Galligan, B. (eds.), 2011, *Human Rights in Asia*, 38-55, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- Fitzsimons, E. (2007). The effects of risk on education in Indonesia. *Economic Development and Cultural Change*, 56(1), 1-25.
- Friedman, Thomas L, 2008, *The Dell Theory of Conflict Prevention, Emerging: A Reader*. Ed. Barclay Barrios. Boston: Bedford, St. Martins, p. 49.
- Grijns, M., & Horii, H. (2018). Child marriage in a village in West Java (Indonesia): Compromises between legal obligations and religious concerns. *Asian Journal of Law and Society*, 5(2), 453-466. doi:10.1017/als.2018.9.
- Hadiprayitno, I.I., 2010, *Defensive Enforcement: Human Rights in Indonesia*, *Human Rights Review*, 11(3), 373-399, DOI: 10.1007/s12142-009-0143-1.
- Hafner-Burton, E. M., & Tsutsui, K. (2005). Human rights in a globalizing world: The paradox of empty promises. *American journal of sociology*, 110(5), 1373-1411.
- Herawati, A. V., & Ermakov, D. S. (2022). Human rights education in Indonesian higher education institutions: Opinions of students and teachers. *Cakrawala Pendidikan: Jurnal Ilmiah Pendidikan*, 41(2), 541-552.
- Hermanto, B., & Yusa, I. G. (2018). Children Rights and the Age Limit: The Ruling of The Indonesian Constitutional Court. *Kertha Patrika*, 40(2), 61-70.
- Hermanto, B., & Mas Aryani, N. (2021). Omnibus legislation as a tool of legislative reform by developing countries: Indonesia, Turkey, and Serbia practice. *The Theory and Practice of Legislation*, 9(3), 425-450.
- Hermanto, B. (2023). Deliberate legislative reforms to improve the legislation quality in developing countries: case of Indonesia. *The Theory and Practice of Legislation*, 11(1), 1-31. <https://doi.org/10.1080/20508840.2022.2080392>.
- Hosen, N. (2007). Human Rights Provisions in the Second Amendment to the Indonesian Constitution from Shar'ah Perspective. *The Muslim World*, 97(2), 200-224.
- IMF Team, 2000, 'Globalization: Threats or Opportunity.' 12th April 2000, IMF Publications. <http://www.imf.org/external/np/exr/ib/2000/041200.htm>
- Ichsan Yasin Limpo (2018). *Politik Hukum Pendidikan Dasar dalam Sistem Pendidikan nasional*, Cetakan 1, Merdeka Book PT Semesta Merdeka Utama, Jakarta, p. 129.
- Indrasti, M., & Jalil, F. (2019). The Rule of Law for the Right to Inclusive Education in Indonesia. *Padjadjaran Journal of Law*, 6(3), 594-618.
- Jackson, E., & Bahrissalim. (2007). Crafting a new democracy: Civic education in Indonesian Islamic universities. *Asia Pacific Journal of Education*, 27(1), 41-54.
- Jančíková, Eva, and Janka Pasztorova. "Promoting eu values in international agreements." *Juridical Tribune Journal= Tribuna Juridica* 11.2 (2021): 203-218.
- Juwana, H. (2006). 12 Human rights in Indonesia. In *Human Rights in Asia* (pp. 364-383). Routledge.

- Kapur, R. (2006). Human rights in the 21st century: take a walk on the dark side. *Sydney Law Review*, 28(4), 665-687.
- Kurniawati, S., Suryadarma, D., Bima, L., & Yusrina, A. (2018). Education in Indonesia: A white elephant?. *Journal of Southeast Asian Economies*, 35(2), 185-199.
- Kristiansen, S. (2006). Decentralising education in Indonesia. *International journal of educational development*, 26(5), 513-531.
- Levana Safira, Sonny Dewi Judiasih, Betty Rubiati, Deviana Yuanitasari. (29 March 2019). "Aspek Hukum Wajib Belajar Sebagai Upaya Penghapusan Praktik Perkawinan Bawah Umur". *Jurnal Bina Mulia Hukum*. Volume 3 (2), p. 164.
- Limpo, I. Y., Bachri, S., Ilmar, A., & Patittingi, F. (2018). Potret of Basic Education in Indonesia. *JL Pol'y & Globalization*, 69, 89.
- M. Sukardjo dan Ukim Komarudin, 2009, *Landasan Pendidikan Konsep dan Aplikasinya*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, p. 14.
- Madung, O. G., & Mere, W. S. (2021). Constructing Modern Indonesia Based on Pancasila in Dialogue with the Political Concepts Underlying the Idea of Human Rights. *JSEHR*, 5, 1.
- Manan, M. (2015). The Implementation of the Right to Education in Indonesia. *Indonesia Law Review*, 5(1), 4.
- Manfred Nowak, 'The Right to Education', in Asbjørn Eide, et al., (ed.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1995), pp. 189-190.
- Morten Broberg & Hans-Otto Sano, 2018, "Strengths and weaknesses in a human rights-based approach to international development – an analysis of a rights-based approach to development assistance based on practical experiences", *The International Journal of Human Rights*, 22(5), 664-680, DOI: 10.1080/13642987.2017.1408591.
- MULYADI, Asal Wahyuni Erlin. Policy of Inclusive Education for Education for All in Indonesia. *Policy & Governance Review*, [S.l.], v. 1, n. 3, p. 201-212, sep. 2017. doi: <https://doi.org/10.30589/pgr.v1i3.57>.
- Mercer, J. A. (2016). "We Teach Our Children to See a Human Being": Women Transforming Religious Conflict in Indonesia. *International Journal of Practical Theology*, 20(2), 261-281.
- Mutaqin, Z. Z. (2017). The Strong State And Pancasila: Reflecting Human Rights in the Indonesian Democracy. *Constitutional Review*, 2(2), 159-188.
- M.H. Syed, *Human Rights; the Global Perspective* (New Delhi: Reference Press, 2003), p. 308.
- Nomura, K. (2009). A perspective on education for sustainable development: Historical development of environmental education in Indonesia. *International Journal of Educational Development*, 29(6), 621-627.
- O'Connell, P. (2007). On reconciling irreconcilables: Neo-liberal globalization and human rights. *Human Rights Law Review*, 7(3), 483-509.
- Oomen, B., & Baumgärtel, M. (2018). Frontier cities: The rise of local authorities as an opportunity for international human rights law. *European Journal of International Law*, 29(2), 607-630.
- Parker, L. (2014). Religious education for peaceful coexistence in Indonesia?. *South East Asia Research*, 22(4), 487-504.
- Pam Nilan (2009) 'The 'spirit of education' in Indonesian Pesantren, *British Journal of Sociology of Education*, 30:2, 219-232, DOI: <https://doi.org/10.1080/01425690802700321>.
- Peter Van Den Bossche, 2008, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, USA, p. 3, 13-14.
- Pohl, F. (2006). Islamic education and civil society: Reflections on the pesantren tradition in contemporary Indonesia. *Comparative Education Review*, 50(3), 389-409.
- Pratiwi, C. S. (2020). Bridging the Gap Between Cultural Relativism and Universality of Human Rights: Indonesia Attitudes. *JILS (Journal of Indonesian Legal Studies)*, 5(2), 449-478.
- Prihatinah, T. L. (2021). Legal Analysis on Interlink between International and National Instruments Towards Woman Rights in Indonesia. *Indonesian Journal of International Law*, 8(4), 9.
- Rapatsa, Mashele. "South Africa's transformative Constitution: from civil and political rights doctrines to socio-economic rights promises." *Tribuna Juridică* 5.10 (2015): 208-219.

- Rhona K.M. Smith, *Textbook on International Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 311.
- Rosser, A. (2013). Towards a political economy of human rights violations in post-New Order Indonesia. *Journal of Contemporary Asia*, 43(2), 243-256. <https://doi.org/10.1080/00472336.2012.757436>.
- Rosser, A. (2015). Law and the realisation of human rights: Insights from Indonesia's education sector. *Asian Studies Review*, 39(2), 194-212. <http://dx.doi.org/10.1080/10357823.2015.1025462>.
- Rul/Aan (Saturday, 23 July 2011, 03:16 pm). "15 Kasus Diskriminasi Pendidikan terhadap Anak di Sumut". <http://news.detik.com/berita/1687827/15-kasus-diskriminasi-pendidikan-terhadap-anak-di-sumut>.
- Sean Molloy (2021) "Why do states ratify human rights treaties in transitioning societies?", *The International Journal of Human Rights*, 25(8), 1328-1355, DOI: 10.1080/13642987.2020.1823370.
- Sibonile Khoza (ed), *Socio Economic Rights in South Africa* (South Africa: The Socio-Economic Rights Project University of Western Cape, second edition, 2006), p. 412.
- Sihotang, A. P., Yulistyowati, E., & Natalis, A. (2021). Fulfillment of the right to equitable education for members of believers of mystical groups in Indonesia. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 24(5), 1-13.
- Shaturaev, J. (2021). ОБРАЗОВАНИЕ В ИНДОНЕЗИИ: ФИНАНСИРОВАНИЕ, ПРОБЛЕМЫ КАЧЕСТВА И УЧЕБНЫХ РЕЗУЛЬТАТОВ НАЧАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ. *Архив научных исследований*, 1(45).
- Shaturaev, J. (2022). FINANCING PUBLIC EDUCATION IN INDONESIA. *Архив научных исследований*, 2(1).
- Siems, Mathias M. "Legal Originality" *Oxford Journal of Legal Studies* 28, no. 2 (2008): 148-152, 156-161, DOI: <https://doi.org/10.1098/ojls/gqm024>.
- Siems, Mathias M. "The Taxonomy of Interdisciplinary Legal Research: Finding the Way Out of the Desert" *Journal of Commonwealth Law and Legal Education* 7, Iss. 1 (2009): 6-8, DOI: <https://doi.org/10.1080/14760400903195090>.
- Skora, Agnieszka, Mária Srebalová, and Ingrida Papáčová. "Administrative judiciary is looking for a balance in a crisis." *Juridical Tribune/Tribuna Juridica* 12.1 (2022).
- Spano, R. (2014). Universality or diversity of human rights? Strasbourg in the age of subsidiarity. *Human Rights Law Review*, 14(3), 487-502.
- Suartha, I. D. M., Martha, I. D. A. G. M., & Hermanto, B. (2022). Between Mental Illness, Criminal Policy Reform, and Human Rights: Discourse on Reformulation of The Article 44 Indonesia Criminal Code. *International Journal of Criminal Justice Sciences*, 17(1), 1-21.
- Subawa, Made. *Implikasi Yuridis Pengalihan Kekuasaan Membentuk Undang-Undang Terhadap Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia Pasca Perubahan Undang-Undang Dasar 1945*. Diss. UNIVERSITAS AIRLANGGA, 2003.
- Subawa, I. Made. "Hak Asasi Manusia Bidang Ekonomi Sosial Dan Budaya Menurut Perubahan UUD 1945." *Kertha Patrika* 33.1 (2008): 1-7.
- Subawa, Made, et al. "The Arrangement on Preventive and Evaluative Mechanism towards Regulatory and Statutory Laws Quality Improvement in Indonesia." Paper was presented at the Conference on Socio-Legal and Humanities Research. 2022.
- Susanti, D. (2011). Privatisation and marketisation of higher education in Indonesia: the challenge for equal access and academic values. *Higher Education*, 61(2), 209-218. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10734-010-9333-7>.
- Syamsul Haling, Paisal Halim, Syamsiah Badruddin, Hardianto Djanggih (2018). "Perlindungan Hak Asasi Anak Jalanan dalam Bidang Pendidikan Menurut Hukum Nasional dan Konvensi Internasional." *Jurnal Hukum & Pembangunan*. 48 (2).
- Tatang Muttaqin. (2018). Determinants of Unequal Access to and Quality of Education in Indonesia. *Jurnal Perencanaan Pembangunan: The Indonesian Journal of Development Planning*, 2(1), 1-23. <https://doi.org/10.36574/jpp.v2i1.27>
- Tomaševski, Katarina, (2005). Has the right to education a future within the United Nations? A behind-the-scenes account by the Special Rapporteur on the Right to Education 1998-2004. *Human rights law review*, 5(2), 205-237.

Tomaševski, Katarina. Pendidikan Berbasis Hak Asasi: Penyederhanaan Persyaratan Hak Asasi Manusia Global. Proyek Kerja Sama antara Pelapor Khusus Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tentang Hak atas Pendidikan dan Biro Pendidikan Wilayah Asia Pasifik UNESCO. Bangkok: Biro Pendidikan Wilayah Asia Pasifik UNESCO, p. 8, 9.

Ulum, M. B., & Wildana, D. T. (2019). Promoting the Right to Education through A Card: A Paradox of Indonesia's Educational Policy?. *Journal of Indonesian Legal Studies*, 4(1), 143.

United Nations 2004, *Globalization and the State: Challenges for Economic Growth and Human Development*, ST/ESA/PAD/SER.E/80, New York, 2004, p. 3.

UNESCO 2017, *Globalisation*, <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/international-migration/glossary/globalisation/>, accessed on 7 April 2017.

Wibisana, Andri Gunawan, "Menulis di Jurnal Hukum: Ide, Struktur, dan Gaya" *Jurnal Hukum dan Pembangunan* 49, no. 3 (2019): 476-477, DOI:<http://dx.doi.org/10.21143/jhp.vol49.no2.2014>.

Yusa, I. G. dkk. 2016. *Hukum Tata Negara Pasca Perubahan UUD NRI 1945* (Setara Press: Malang).

Yusa, I. G., Hermanto, B., & Aryani, N. M. (2020). No-spouse employment and the problem of the constitutional court of Indonesia. *J. Advanced Res. L. & Econ.*, 11, 214-226. [https://doi.org/10.14505//jarle.v11.1\(47\).26](https://doi.org/10.14505//jarle.v11.1(47).26).

## Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

### **Envio dos trabalhos:**

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico [www.rdi.uni-ceub.br](http://www.rdi.uni-ceub.br)

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.



REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL  
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW  
V. 20 n.2

---