



CONFLUÊNCIAS

revista interdisciplinar de sociologia e direito

vol.23, n.2
agosto/2021



Programa de
Pós-Graduação em
Sociologia e Direito



Universidade
Federal
Fluminense

CONFLUÊNCIAS

Revista interdisciplinar de sociologia e direito

VOLUME 23, Nº 2

Niterói: Editora PPGSD-UFF, agosto de
2021

www.confluencias.uff.br

Programa de Pós-Graduação em
Sociologia e Direito – UFF

ISSN 1678-7145 || E-ISSN 2318-4558

Rua Tiradentes, 17 (Térreo) – Ingá –
Niterói, -RJ - CEP: 24.210- 510
(Faculdade de Direito – Campus II)

Telefone: (+55 21) 3674-7477
E-mails: confluenciasuff@gmail.com

EDITORES: Maria Alice Nunes Costa e Carla Appolinário de Castro

Coordenadora Editorial: Anna Carolina Cunha Pinto

Corpo Técnico Editorial:

Eduardo Barbuto Bicalho
Luiza Alves Chaves
Mylena Devezas Souza
Priscila Leal Seifert Viana
Stella Arantes Aragão
Cora Hisae Monteiro da Silva Hagino

Editora de Normas: Mara Magda Soares

CAPA: Desenho e composição gráfica de Sara Baptista | @Saizbel

Todos os direitos reservados. Os artigos publicados são a expressão exclusiva das posições intelectuais de seus respectivos autores e não do conselho editorial ou da revista.

Os artigos publicados poderão ser livremente reproduzidos em qualquer meio, desde que sejam feitas as devidas referências aos autores e à revista.



CONSELHO EDITORIAL

Ana Maria Motta Ribeiro (UFF, Brasil)
Boaventura de Sousa Santos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Carmem Lucia Tavares Felgueiras (UFF, Brasil)
Carla Appolinário de Castro (UFF, Brasil)
Edmundo Daniel dos Santos (Université d'Ottawa, Canadá)
Henri Acserald (UFRJ, Brasil)
Joaquim Leonel de Rezende Alvim (UFF, Brasil)
Juliana Neuenschwander Magalhães (UFRJ, Brasil)
Luís Antônio Cunha Ribeiro (UFF, Brasil)
Luiz Augusto Fernandes Rodrigues (UFF, Brasil)
Marcelo Pereira de Mello (UFF, Brasil)
Maria Alice Nunes Costa (UFF, Brasil; Universidade de Coimbra,
Portugal)
Maria Geralda de Miranda (UNISUAM, Brasil)
Marcos Vinícios Chein Feres (UFJF, Brasil)
Mónica María B. Rúa (Universidad de Medellín, Colômbia)
Napoleão Miranda (UFF, Brasil)
Raul Francisco Magalhães (UFJF, Brasil)
Silvia Portugal (Universidade de Coimbra, Portugal)
Tamara Tania Cohen Egler (UFRJ, Brasil)
Wilson Madeira Filho (UFF, Brasil)



DOSSIÊ

DIÁLOGOS ENTRE UNIÃO EUROPEIA E AMÉRICA LATINA: desafios e perspectivas para a sociedade internacional do século XXI

Organizadores:

Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense)

José Díaz Lafuente (Universidade Complutense de Madri)

Mercedes Guinea Llorente (Universidade Complutense de Madri)

Eder Fernandes Monica (Universidade Federal Fluminense)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	
Apresentação - <i>Maria Alice Nunes Costa e Carla Appolinário de Castro</i>	6
EDITORIAL	
Editorial - DOSSIÊ - DIÁLOGOS ENTRE UNIÃO EUROPEIA E AMÉRICA LATINA: desafios e perspectivas para a sociedade internacional do século XXI - <i>Gilvan Luiz Hansen, José Díaz Lafuente, Mercedes Guinea Llorente e Eder Fernandes Monica</i>	7
DOSSIÊ	
THE EXISTENCE OF LIMITS TO THE GRANTING OF AMNESTIES FOR SERIOUS HUMAN RIGHTS VIOLATIONS: The American contribution to the formation and consecration of customary international norms - <i>Valentín Bou Franch</i>	15
A COERÊNCIA DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS, DE ASILO E DE GESTÃO DAS FRONTEIRAS DA UNIÃO EUROPEIA: Entre a retórica e a prática na defesa do Estado de Direito - <i>José Díaz Lafuente</i>	36
LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VULNERABILIDAD MIGRATORIA EN EUROPA COMO EXPONENTE DEL “FETICHISMO CATEGÓRICO” - <i>Encarnación La Spina</i>	58
LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS DESDE CENTROAMÉRICA: Perspectiva jurídica y securitaria - <i>José Miguel Calvillo Cisneros</i>	79
NUEVAS TECNOLOGÍAS Y RETOS PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EUROPA: El rastreo de contactos durante la pandemia por covid-19 - <i>Monica Arenas Ramiro</i>	99
O PROBLEMA DA HETEROFORMAÇÃO DA IDENTIDADE DIGITAL: Fundamentos para o princípio da autodeterminação informativa - <i>Eder Fernandes Monica</i>	118
EL TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO Y SU CONTRIBUCIÓN AL FIN DE LA IMPUNIDAD: Una mirada crítica - <i>Maria Torres Pérez</i>	144
LA UNIÓN EUROPEA ENTRE DESINTEGRACIÓN E INTEGRACIÓN: BREXIT y pandemia - <i>M. Mercedes Guinea Llorente</i>	157



EL COVID-19 AS AN OPPORTUNITY FOR EU MULTILATERALISM IN A GEOPOLITICAL WORLD - <i>Miguel Angel Benedicto Solsona</i>	178
LA POLÍTICA COMÚN DE SEGURIDAD Y DEFENSA DE LA UNIÓN EUROPEA: Una visión desde el Parlamento Europeo - <i>María Isabel Nieto Fernández</i>	200
PERSPECTIVAS DE UMA INTEGRAÇÃO ENERGÉTICA INTERBLOCOS - MERCOSUL E EU: Integração Energética Interblocos - <i>Daniel Amin Ferraz e Paulo Roberto Alonso Viegas</i>	221
MEDIOAMBIENTE Y COMERCIO INTERNACIONAL: Los biocarburantes en la Unión Europea - <i>Izabel Rigo Portocarrero</i>	246
TRABALHO, IDENTIDADE E EXISTÊNCIA GLOBALIZADA NO TERCEIRO MILÊNIO - <i>Gilvan Luiz Hansen</i>	268
LA GOBERNANZA DEL SISTEMA MUNDIAL DE ALIMENTOS Y LOS LÍMITES DE LA AGENDA 2030 - <i>Kattya Cascante</i>	284
“CALA A BOCA JÁ MORREU”: A educação sob ataque e o eterno retorno do autoritarismo - <i>Carla Appolinario e Luiz Antonio</i>	306
O "REXISTIR" TRANS: DE QUE IGUALDADE SE TRATA?: Algumas interfaces com a práxis decolonial - <i>Adriana Geisler</i>	324
	RESENHA
O ESPECULAR E O ESCÓPICO - UMA RESENHA DE CENÁRIOS DO ESPAÇO URBANO - <i>Luiz Augusto F. Rodrigues</i>	338

APRESENTAÇÃO

Caras/os Leitoras/es,

É com grande satisfação que apresentamos a segunda edição de 2021 da *Confluências- Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense*. Com este número (v. 23 n. 2) apresentamos o Dossiê internacional “Diálogos entre União Europeia e América Latina: desafios e perspectivas para a sociedade internacional do século XXI”, resultado do intercâmbio científico entre as Universidades Complutense de Madri (Espanha) e a Universidade Federal Fluminense (Brasil). Seus 16 (dezesesseis) artigos envolvem temas sobre trabalho; comunicação e tecnologia digital; movimentos migratórios; meio ambiente; comércio internacional; e, direitos humanos, sob perspectiva interdisciplinar entre a sociologia e o direito.

A *Confluências* agradece imenso a colaboração científica pela organização deste Dossiê realizada pelos professores doutores Mercedes Guinea Llorente, José Díaz Lafuente, Gilvan Luiz Hansen e Eder Fernandes Mônica, bem como todos os autores dos artigos, pela troca de diferentes perspectivas teóricas, permitindo o diálogo de alto nível e tornando-se referência intelectual que suscite outras problemáticas e estudos científicos sobre o espaço geopolítico ibero-americano do século XXI.

Agradecemos igualmente a colaboração do urbanista e professor titular Luiz Augusto Fernandes Rodrigues, do Departamento de Arte da Universidade Federal Fluminense, com a resenha intitulada “O espetacular e o escópio: uma resenha do Cenários do Espaço Urbano”, apresentada no final desta edição.

Desejamos uma excelente leitura!

Maria Alice Nunes Costa

Carla Appolinário de Castro

Editoras

EDITORIAL

DOSSIÊ - DIÁLOGOS ENTRE UNIÃO EUROPEIA E AMÉRICA LATINA: desafios e perspectivas para a sociedade internacional do século XXI

Este dossiê é uma oportunidade de se promover a reflexão e o debate conjuntos entre professores e pesquisadores de várias universidades latino-americanas e europeias participantes do IV Congresso Internacional de Globalização, Ética e Direito, realizado na Universidade Complutense de Madri em outubro de 2021. Para apresentar uma análise crítica dos desafios comuns que a globalização implica para a América Latina e para a Europa e para identificar os marcos de cooperação e diálogo para os novos modelos e estruturas de governança global da sociedade internacional do século XXI, este dossiê aborda os principais temas que afetam a atual agenda internacional numa perspectiva interdisciplinar que engloba várias áreas do conhecimento, como Relações Internacionais, Direito, Sociologia, Ciência Política, Economia e Antropologia.

O dossiê parte da análise dos processos de integração regional, da ascensão dos nacionalismos, dos partidos de extrema direita e dos desafios do constitucionalismo na América Latina e na Europa, avança no estudo dos deslocamentos humanos, migrações e controle de fronteiras em um mundo globalizado, dos desafios pendentes em matéria de igualdade de gênero, na justiça penal internacional e no impacto das novas tecnologias na proteção efetiva dos direitos fundamentais, até abordar os novos paradigmas do comércio internacional, os desafios ambientais atuais e os desafios da sistema mundial de alimentos. Tudo isso, com o objetivo principal de analisar em conjunto os desafios globais e os instrumentos necessários para a promoção do multilateralismo efetivo, do desenvolvimento sustentável e da promoção universal dos direitos humanos em uma sociedade internacional marcada pelos ainda incertos efeitos socioeconômicos e políticos da pandemia produzida pela COVID-19.

Trabalhando com os limites de concessão de anistia por violações graves de direitos humanos, Valentín Bou analisa tanto a prática dos Estados americanos, como a da Comissão e a da Corte Interamericana de Direitos Humanos na consolidação de duas grandes categorias de limites consuetudinários à concessão de anistias nesses casos extremos: o primeiro deles, a obrigação de investigar e processar aos possíveis responsáveis de crimes internacionais ou de violações graves dos direitos humanos; o segundo, a proibição de conceder anistias às pessoas que cometeram crimes internacionais ou graves violações de direitos humanos.

Discutindo o tema de políticas migratórias, de asilo e de gestão das fronteiras da União Europeia (UE), José Díaz Lafuente parte de uma análise da proteção do Estado de Direito como uma dimensão central da identidade da UE, tanto como um critério para a adesão dos países candidatos, quanto como um elemento-chave da identidade externa da EU como poder normativo internacional. Em seu artigo, Díaz Lafuente apresenta uma análise crítica da coerência interna e externa das políticas de migração, asilo e gestão de fronteiras da EU, um olhar entre a retórica legislativa e a realidade operacional na prossecução de um modelo de gestão e governança comunitária baseado no respeito pelo Estado de Direito como valor jurídico constitucional, dada a atual tendência de renacionalização das fronteiras entre os Estados, a profunda desumanização predominante nessas políticas e a fragmentação existente entre os Estados-Membros em conformidade com as normativas comumente adotadas.

A proteção jurídica da vulnerabilidade migratória na Europa é apresentada por Encarnación La Spina como um “fetichismo categórico”. Segundo a autora, tradicionalmente, tanto o direito internacional quanto a doutrina consideram os migrantes econômicos e refugiados ou migrantes forçados como duas categorias jurídicas fixas, imputando-lhes um grau diferente de vulnerabilidade. Em torno desta dupla categoria, refugiados e requerentes de asilo podem ser considerados vulneráveis, tendo em conta a motivação para deixar o país de origem e o tratamento recebido durante o processo de asilo, enquanto é permitido questionar ou negar a vulnerabilidade de migrantes voluntários. Essa distinção tem se refletido no sistema de

proteção internacional da ONU e na jurisprudência supranacional ao modular os padrões de proteção. Por isso, a autora determina os limites e desafios jurídicos que se colocam mais como um expoente normativo do “fetichismo categórico”, por sua incapacidade de se ajustar ao contexto e aos processos migratórios reais.

José Miguel Calvillo Cisneros debate as perspectivas jurídicas e securitárias dos movimentos migratórios da América Central. O autor apresenta o contexto em que se dá o aumento das migrações dessa região nos últimos anos e constata que existem formas jurídicas adequadas que oferecem proteção a essas populações, como proteção temporária ou o reconhecimento *prima facie*. Para Calvillo, a concessão depende da voluntariedade dos Estados, mas a proteção, se for demonstrado que existem fundados temores pela vida, passaria a ser uma questão de Direitos Humanos e não de arbítrio político. Se for possível demonstrar os temores fundados de risco para a vida do migrante ou sua família, os Estados em trânsito ou de destino devem fazer cumprir o Direito Internacional dos Refugiados, que concede a cobertura necessária para proteger suas vidas.

Mónica Arenas Ramiro desenvolve sua pesquisa sobre as novas tecnologias digitais e os problemas que envolvem a proteção de dados pessoais no contexto europeu durante a pandemia de Covid-19. A autora destaca uma das medidas tomadas pelos governos, que é o da identificação e rastreamento dos casos de pessoas infectadas pelo coronavírus por intermédio de informações coletadas nos aparatos digitais. Como essas medidas buscam o conhecimento de dados sensíveis relacionados à saúde das pessoas, elas caem numa ingerência profunda na vida privada dos cidadãos. A questão principal do texto é a verificação da legalidade e legitimidade do uso dessa medida, analisando se elas cumprem com os princípios necessários para o tratamento dos dados pessoais e, se esse tratamento, que supõe a identificação dos infectados e de seus contatos, tem uma base de legitimação correta.

Ao analisar o problema da heteroformação da identidade digital, Eder Fernandes Monica preocupa-se com as violações de nossas liberdades privadas na sociedade digital. Para isso, debate inicialmente a formação teórica da “liberdade dos modernos” e as questões que sedimentaram a noção de

autonomia privada, instrumento importante para a proteção do sujeito e de suas liberdades, no marco da tradição jurídica ocidental. Posteriormente, trabalha o conceito de “heteroformação da identidade digital”, demonstrando as vulnerabilidades às nossas liberdades individuais decorrentes da ascensão das tecnologias digitais. Por fim, justifica a importância do princípio da autodeterminação informativa para fundar uma nova era de proteção do sujeito em ambientes digitais. Em sua proposta geral, para garantirmos a autonomia do “sujeito de direito digital”, dentro das premissas dessa autodeterminação informativa, precisamos avançar no debate sobre que direitos individuais teremos para esse novo sujeito e quais os instrumentos jurídicos serão mais efetivos na proteção de sua autonomia.

Ao discutir o Tribunal Especial para o Líbano e sua contribuição para o fim da impunidade, María Torres Pérez explica que o trabalho do Tribunal Especial para o Líbano começou em 2009, emitindo sua decisão de primeira instância em 18 de agosto de 2020, e que em breve será capaz de definir sua eficácia no próprio Líbano. O artigo da autora avalia as peculiaridades do Tribunal e sua incidência no direito penal internacional geral, por meio da análise da sentença de 2020 segundo o método clássico das ciências jurídicas. Está dividido em quatro partes dedicadas ao Tribunal em geral, a sentença de 18 de agosto e as conclusões sobre sua aplicabilidade ao Direito penal internacional geral.

Discutindo os problemas atuais da União Europeia, Mercedes Guinea Llorente expõe que a UE passou por duas graves crises existenciais nos últimos cinco anos: o Brexit - a saída do Reino Unido como Estado-Membro da EU -, e a pandemia de COVID-19, que trouxe um duro golpe para o seu mercado interno. A autora irá rever neste artigo as respostas políticas dadas pela UE, questionando-se a respeito da sua integração ou desintegração. Com tal fim, centra-se na análise do papel dos Estados-Membros e das instituições, contrastando os quadros teóricos do intergovernamentalismo liberal e neofuncionalismo.

Por seu turno, Miguel Angel Benedicto debate que a pandemia de Covid-19 é uma oportunidade para a Europa apostar na interdependência estratégica e no multilateralismo em um mundo dominado pela geopolítica. Uma UE mais

multilateral só será possível se sair mais unida e solidária desta crise pandêmica, com uma maior coordenação sanitária e um plano de reconstrução econômico sólido e centrado nos processos de digitalização e na proteção do meio ambiente, com um Euro mais forte em nível internacional e um mercado único mais completo.

Preocupada com uma política comum de segurança e defesa para a União Europeia, María Isabel Nieto Fernández analisa a Política Comum de Segurança e Defesa como parte integrante da Política Externa e de Segurança Comum (PESC) na perspectiva do Parlamento Europeu, instituição da União Europeia que vem desempenhando um papel importante na supervisão e vigilância neste domínio de competência eminentemente intergovernamental, em conformidade com o Tratado de Lisboa. A proposta da autora é a de analisar os progressos realizados na União Europeia na prossecução deste objetivo, aprofundando os desafios que se colocam à PESC e elucidando qual é e deve ser o papel do Parlamento em todo esse contexto.

Em uma perspectiva comparativa entre Mercosul e União Europeia, Daniel Amin Ferraz e Paulo Roberto Alonso Viegas entendem oportuna a busca por ação interblocos, de forma coordenada ou integrada, uma vez que a atuação multilateral ainda é improvável num mundo com grandes diferenças socioeconômicas e cultural-ideológicas. Ao analisar uma atuação entre o Mercosul e a União Europeia os autores debatem o setor energético, que requer estrutura de redes físicas para a sua operação, que abrange geração, transmissão e distribuição. Destacam que há interesse de se alavancar o comércio interblocos de combustíveis, bem como o de bens de capital e outros insumos do setor elétrico, e a concretização de um acordo interblocos que favoreça esse comércio pode contribuir para o início de uma integração energética expandida interblocos. O modo de fazer a promoção desse comércio pode ocorrer mediante o estabelecimento de uma Zona de Livre Comércio, que contemple incentivos específicos ao setor elétrico e de combustíveis. Em conclusão, indicam que a partir de uma discussão sob o enfoque de políticas públicas, e considerando a tecnologia disponível, essa seria a melhor forma de integração energética entre os blocos do Mercosul e da União Europeia.

O artigo de Izabel Rigo Portocarrero debate os biocarburantes na União Europeia. Segundo a autora, no início do século 20, foram estabelecidas metas muito ambiciosas para a produção e o consumo de biocombustíveis. No entanto, essas previsões se chocaram com a ampla controvérsia pública, política e científica sobre os impactos negativos das safras energéticas, mudando completamente a perspectiva de sua expansão global. Na União Europeia, a questão da sustentabilidade passou a fazer parte do padrão de interesse político a partir do impulso dado por relatórios de institutos de pesquisa e notas críticas de organizações não governamentais. Para o efeito, o artigo estuda a Diretiva 2009/28 / CE, que surgiu como um instrumento pioneiro na governação internacional da sustentabilidade dos biocombustíveis, com a imposição de critérios vinculativos para garantir um padrão de produção tanto nos Estados-Membros como em países terceiros. Em sua análise, dados os efeitos potenciais deste requisito no comércio internacional, para evitar a discriminação entre produtos similares, a Diretiva deve ser aplicada em conformidade com os acordos da Organização Mundial do Comércio.

No artigo sobre trabalho, identidade e existência globalizada no terceiro milênio, Gilvan Luiz Hansen se volta para a discussão do trabalho como elemento viabilizador da formação da identidade humana, situando-o em suas funções sociais, especialmente na modernidade. E o coroamento da análise que o autor propõe ocorre pela abordagem, em último momento, do papel que o trabalho possui contemporaneamente, num cenário de globalização e reconfiguração das instituições sociais, dos mercados e das atividades laborais. Hansen aponta, a partir do diagnóstico do tempo presente e das características do ambiente laboral atual, possíveis alternativas para a superação das crises que atingem o mundo do trabalho em nível planetário. Sua metodologia é inspirada na teoria crítica da sociedade, com base nas concepções da Escola de Frankfurt, mais especificamente na versão discursiva que esta recebe a partir de Jürgen Habermas.

Katty Cascante Hernández discute a governança do sistema mundial de alimentos e os limites da Agenda 2030. O número de pessoas com fome aumentou pela primeira vez desde a crise de 2007. Junto com mais de 821 milhões de pessoas subnutridas, devem ser adicionados 2.435 milhões de

peças com sobrepeso e obesas em um avanço sem precedentes da desnutrição. Para a autora, o quadro dado pela Agenda 2030 não parece ser suficiente para melhorar o acesso de todas as pessoas a uma alimentação adequada e sustentável. Por isso, ela analisa, em primeiro lugar, a globalização do sistema alimentar mundial e a configuração das estruturas internacionais a partir dos principais desafios gerados por sua governança alimentar. Em segundo lugar, questiona o modelo de desenvolvimento sustentável proposto pela Agenda 2030, uma vez que, ao não ultrapassar os enquadramentos dominantes, não permite uma governação consequente e suficiente para a promoção de alimentos para todos.

Considerando a atual escalada de atos atentatórios à liberdade de cátedra e o problema das inúmeras tentativas de censura ao pensamento crítico contra hegemônico, Carla Appolinário de Castro e Luiz Antonio da Silva Peixoto discutem o cenário mais amplo de retorno do autoritarismo. Para tanto, realizam estudo de casos, seguidos da compreensão da atuação do judiciário brasileiro (nas hipóteses em que os episódios selecionados foram judicializados) e da Administração Pública (quando resolvidos na esfera administrativa). Desse modo, observam que, quando é colocado em prática um projeto de sucateamento e desmonte da educação, concomitantemente, seus trabalhadores passam a ser submetidos a formas autoritárias de controle da prática docente, o que permite concluir que há em curso um processo mais amplo de profundo mal-estar e retrocesso nas vias democráticas.

Por último, Adriana Ribeiro Rice Geisler debate algumas interfaces com a prática decolonial a partir de uma narrativa de uma mulher transexual. A autora percorrer o pensamento decolonial, evidenciando as interfaces possíveis entre ele, a crítica paradigmática de Boaventura de Souza Santos e a genealogia do poder em Michel Foucault. Ao tomar a colonialidade do conceito de gênero, a partir da admissão dos traços historicamente específicos da organização do gênero em seu sistema moderno/colonial, Geisler constata que é possível reconhecer a persistência de singularidades que emergem na produção de rizomas e resistências cotidianas, a partir de si. O trabalho avança na tentativa de identificar a ideia de igualdade presente nessa abordagem, considerando a narrativa de uma mulher trans como representativa dos



saberes (localizados) dos corpos abjetos naquilo que expressam suas necessidades, demandas e produção de direitos.

É nosso desejo que este número sirva, a partir do reconhecimento da riqueza da diversidade dos temas abordados e das múltiplas disciplinas e olhares científicos, e com profundo agradecimento a todos os autores participantes pelas suas contribuições, bem como à coordenação e à comissão científica da Revista Confluências, para promover o diálogo e a aprendizagem mútua entre a América Latina e a União Europeia e para avançar rumo a modelos mais igualitários, justos e sustentáveis de cooperação e governança global.

Rio de Janeiro, Niterói e Madri
Outono e Primavera de 2021

Gilvan Luiz Hansen
José Díaz Lafuente
Mercedes Guinea Llorente
Eder Fernandes Monica

THE EXISTENCE OF LIMITS TO THE GRANTING OF AMNESTIES FOR SERIOUS HUMAN RIGHTS VIOLATIONS: THE AMERICAN CONTRIBUTION TO THE FORMATION AND CONSECRATION OF CUSTOMARY INTERNATIONAL NORMS

Valentin Bou Franch
Universidad de València

ABSTRACT

In this paper I analyse both the practice of American States and that of the Inter-American Commission and Court of Human Rights, which have contributed to the worldwide formation and consecration of the international customary existence of limits to the granting of amnesties in cases of serious human rights violations. These customary limits to the granting of amnesties in these extreme cases are twofold. First, the obligation to investigate and prosecute those allegedly responsible for international crimes or serious human rights violations. Second, the prohibition on granting amnesties to persons who have committed international crimes or serious human rights violations.

Keywords: American practice. Amnesties. Serious human rights violations.

A EXISTÊNCIA DE LIMITES PARA A CONCESSÃO DE ANISTIAS POR VIOLAÇÕES GRAVES DOS DIREITOS HUMANOS: A CONTRIBUIÇÃO AMERICANA PARA A FORMAÇÃO E CONSAGRAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS CONSUECUDINÁRIAS

RESUMO

Neste documento, analiso tanto a prática dos Estados americanos quanto a da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que contribuíram para a formação e consagração mundial da existência costumeira internacional de limites à concessão de anistias em casos de violações graves dos direitos humanos. Estes limites habituais para a concessão de anistias nestes casos extremos são duplos. Primeiro, a obrigação de investigar e processar os supostos responsáveis por crimes internacionais ou violações graves dos direitos humanos. Segundo a proibição de conceder anistias a pessoas que tenham cometido crimes internacionais ou violações graves dos direitos humanos.

Palavras-chave: Prática americana. Amnistias. Violações graves dos direitos humanos.

Recebido em: 17/06/2021
Aceito em: 03/07/2021

INTRODUCTION

Although the granting of amnesties dates back to Greek civilisation, in the last two centuries their use has increased markedly for peculiar political purposes. With the aim of bringing forward the end of an internal armed conflict or civil war that has dragged on for years, alongside or alternatively with the intention of consolidating peace at the end of the conflict, the granting of amnesties to the perpetrators of serious violations of Human Rights and the rules of International Humanitarian Law has become one of the most recurrent mechanisms of the so-called transitional justice.

With the creation of international criminal tribunals and the consequent development of International Criminal Law, the use of amnesties to achieve impunity for perpetrators of serious violations of Human Rights and International Humanitarian Law began to be seriously criticised on legal, ethical, and political grounds in the 1990s. There are even important studies that show that the use and effectiveness of amnesties in internal armed conflicts around the world since 1970 have had no demonstrable impact on the achievement of peace and security, adding that the most that has been achieved with the granting of amnesties is the demobilisation of some individual combatants and, very exceptionally, of an entire armed group (e.g. REITER, 2014, p. 133-147).

Many States, when ending a non-international armed conflict and beginning a transition to peace, face few options when it comes to holding individuals criminally accountable for atrocities committed in the immediate past. Some States, such as Mozambique, chose to grant unconditional amnesty. Other States, such as South Africa, established a Truth and Reconciliation Commission while granting a limited amnesty; while others, such as Rwanda, prosecuted those most responsible for genocide, war crimes and crimes against humanity.

This study aims, based on the analysis of International Law and the jurisprudence of international criminal courts, to analyse the validity and scope of granting amnesties in the name of the so-called transitional justice, that is, to determine whether amnesties can be granted at the end of an armed conflict of a non-international nature in accordance with contemporary International Law and, if so, the scope that these amnesties should have. To this end, in this paper I will mainly analyse both the practice of American States and that of the Inter-American Commission and Court of Human Rights, which have contributed to the consolidation of international customary law at the global level on the existence of limits to the granting of amnesties in cases of serious human rights violations. In my view, these customary limits to the granting of amnesties in these extreme cases are twofold. First, the obligation to investigate and prosecute those allegedly responsible for international crimes or serious human rights violations. Second, the prohibition on granting amnesties to persons who have committed international crimes or serious human rights violations.

1. THE 1977 ADDITIONAL PROTOCOL II TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 1949

The international legal framework in this respect is represented by the 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Additional Protocol II), as well as by the customary norms of International Humanitarian Law.

Article 6.5 of the Additional Protocol II states that: “At the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained”.

A literal interpretation of this rule easily leads to the conclusion that this provision does not permit, let alone mandate, the granting of blanket amnesties, sometimes referred to as general amnesties, at the end of armed hostilities. It is quite clear that the expression “shall endeavour to grant” is different from “shall grant”, just as “the broadest possible amnesty” is a different expression from “total amnesty” or “general amnesty”. This provision is drafted with the understanding that there must be some limits to the granting of amnesties, i.e. that not all conduct carried out during an internal armed conflict is eligible for pardon or amnesty.

This interpretation is corroborated by the International Committee of the Red Cross (ICRC) itself. In its Commentary to this provision, the ICRC noted that: “the object of this sub-paragraph is to encourage gestures of reconciliation which can contribute to re-establishing normal relations in the life of a nation which has been divided” (SANDOZ, SWINARSKI, ZIMMERMANN, 1998, Commentary 4618). The expression “encouraging a gesture of reconciliation” is distinct from having to grant a mandatory amnesty to those most responsible for serious violations of Human Rights and International Humanitarian Law at the end of a non-international armed conflict.

There is an important doctrinal sector that considers that “total” or “general” amnesties are prohibited in contemporary International Law, either by virtue of international customary norms, or by the *jus cogens* nature of the rules establishing international crimes. For instance, Werle (2009, p. 77) affirmed that: “general amnesties for crimes under International Law are impermissible under customary International Law”. For Van der Wyngaert and Ongena (2002, p. 727): “there is a customary International Law prohibition against amnesty for crimes that come under the jurisdiction of the Court, making such amnesties null and void and not binding upon the International Criminal Court (ICC)”. Dal Maso Jardim (2012, p. 572) held that: “si la répression des certain crimes internationaux est une norme impérative et qu’elle est à la nature d’une obligation *erga omnes*, cette règle est valable pour la Sierra Leone et, dès lors, sa loi d’amnistie devrait également être annulée et quant

à ces crimes”. Relva (2018, p. 860) considered that: “International Law has evolved over the last decades - in particular since the establishment of the *ad hoc* tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda in the early 1990s, and later the adoption of the ICC Statute - to consider amnesties for crimes against humanity, as well as for genocide and war crimes, not to be compatible with International law”; etc.

However, it seems to me appropriate to highlight the great role the ICRC has played in pronouncing systematically and with great precision on the granting of amnesties when it has analysed the customary norms of International Humanitarian Law. This problem has mainly been addressed by the ICRC in its examination of two customary norms which form part of International Humanitarian Law and which I analyse under the following headings.

2. THE OBLIGATION TO INVESTIGATE AND PROSECUTE THOSE ALLEGEDLY RESPONSIBLE FOR INTERNATIONAL CRIMES OR SERIOUS HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

The ICRC first mentioned amnesties in the Commentary to the customary norm, numbered as rule 158, which reads as follows:

States must investigate war crimes allegedly committed by their nationals or armed forces, or on their territory, and, if appropriate, prosecute the suspects. They must also investigate other war crimes over which they have jurisdiction and, if appropriate, prosecute the suspects (HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, 2007, p. 687).

Commenting on this customary norm, the ICRC recalled that the four Geneva Conventions of 12 August 1949 require States to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, serious breaches and to prosecute or extradite those alleged to be responsible (Art. 49 of the First Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field; Art. 50 of the Second Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea; Art. 129 of the Third Convention relative to the Treatment of Prisoners of War; and Art. 146 of the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War). The obligation to investigate and prosecute persons alleged to have committed crimes under international law is also contained in several international treaties of universal scope which apply to acts committed in both international and non-international armed conflicts. Examples include Art. VI of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (New York, 9 December 1948); Art. 28 of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague, 14 May 1954); Art.

7 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (New York, 10 December 1984); etc.

The customary norm that settles down that States must investigate war crimes and prosecute alleged perpetrators is expressed in numerous military manuals with respect to grave breaches of the Geneva Conventions and their Additional Protocols, but also more broadly with respect to war crimes in general. In addition to those referring to the grave breaches' regime, the military manuals of Argentina, Brazil, Canada, Colombia, the Dominican Republic, Ecuador, Mexico, Peru, the United States, and other American States, are relevant. Most States comply in practice with the obligation to investigate war crimes and prosecute those allegedly responsible establishing universal jurisdiction for this type of crimes in their national legislation. Indeed, in practice, a large number of investigations and trials of alleged war criminals have been carried out at the national level. Examples include the judicial practice of Canada (e.g., Superior Court, Criminal Division, Province of Quebec, *Munyaneza* case, Judgment, 22 May 2009, paras. 8, 58-60 and 65-66); Chile (e.g., Supreme Court, *Pedro Poblete Córdobacase*, Case No. 469-98, Judgment, 9 September 1998, para. 9); Colombia (Constitutional Court, Constitutional Case No. C-004/03, Judgment of 20 January 2003, para. 27); United States of America (Supreme Court, *Quirin* case, Judgment of 31 July 1942; Supreme Court, *Yamashita* case, Judgment of 4 December 1947)¹; etc.

However, the ICRC acknowledged that it is not possible to determine whether this practice has arisen from an obligation or merely from a right. Nevertheless, the ICRC stated that the obligation to investigate and prosecute alleged perpetrators of international crimes is explicit in other examples of State practice, such as some *ad hoc* international agreements, e.g. Art. III of the Comprehensive Agreement on Human Rights between the Government of the Republic of Guatemala and the Guatemalan National Revolutionary Unity. (Mexico City, 29 March 1994).

The establishment, since the last decade of the last century, of various international or internationalised criminal tribunals has contributed to the consolidation of this international customary norm. States can also respect their obligation to investigate the commission of international crimes and, where appropriate, prosecute those allegedly responsible through the establishment of international or internationalised criminal tribunals. The United Nations (UN) Security Council established the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR). The Special Court for Sierra Leone (SCSL) and the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea

¹ The relevant provisions of these manuals and judgements are available in English in the ICRC database, at: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule158.

were established by the conclusion of an international treaty between the UN on the one hand, and Sierra Leone and Cambodia on the other hand, respectively. The ICC is the first international criminal court established through the conclusion of an international treaty, the Rome Statute of 17 July 1998, which has jurisdiction to try all international crimes, without being linked to a specific conflict situation. All these international or internationalised criminal tribunals have already demonstrated, or continue to do so, that they are appropriate legal measures to combat impunity for those most responsible for committing international crimes, where national jurisdiction has not been able to reach. (BOU FRANCH, 2005; CASTILLO DAUDÍ; SALINAS ALCEGA, 2007).

There is in fact international jurisprudence that supports the idea that international crimes cannot be subject to amnesty. The first pronouncement in this regard was, made by the ICTY in the *Furundzija case* in 1998 with regard to torture as both a war crime and a crime against humanity. On this occasion, the ICTY affirmed that the prohibition of torture has the character of a peremptory norm of international law (*ius cogens*) (ICTY. Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, para. 154), and in drawing the consequences of this affirmation, made it very clear that a possible national law amnestying acts of torture, besides being null and void, could never have the effect of preventing the investigation and prosecution, where appropriate, of those responsible for this international crime. In fact, the effects of a national amnesty rule contradicting an international norm of *jus cogens* are as follows:

If such a situation were to arise the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international legal recognition. Proceedings could be initiated by potential victims if they had locus standi before a competent international or national judicial body with a view to ask the national measure to be internationally unlawful; or the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court; which would therefore be asked in teralia to disregard the legal value of the national authorisation in fact. What is even more important is that perpetrators of torture acting upon or benefiting from those national measures may nevertheless be held criminally responsible for torture, whether in a foreign State, or in their own State under a subsequent regime. In short, in spite of possible national authorisation by legislative or judicial bodies to violate the principle banning torture, individuals remain bound to comply with that principle. As the International Military Tribunal at Nuremberg put it: "individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State". Furthermore, at the individual level, that is, that of criminal responsibility, it would seem that one of the consequences of the *jus cogens* character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute, and punish or extradite individuals accused of torture, who are presenting territory under its jurisdiction. (*Ibid.* paras. 155 and 156).

What the ICTY theorised in the above *obiter dicta* was first applied in practice by the SCSL. On 20 September 2000, the UN and Sierra Leone agreed to adopt the SCSL Statute, Article 10 of

which provided that an amnesty granted to a person over whom the SCSL has jurisdiction in respect of international crimes referred to in this Statute shall not constitute a bar to prosecution.

During the various trials before the SCSL, several defendants soon appealed against their respective prosecutions, claiming that they had already been amnestied by the “Peace Agreement between the Government of Sierra Leone and the Revolutionary United Front” (Lomé, 7 jan. 1999), thus challenging the SCSL’s jurisdiction to try them. The SCSL responded as follows:

Whatever effects the amnesty granted in the Lomé Agreement may have on a prosecution for such crimes as are contained in Articles 2 to 4 [of the SCSL Statute, i.e. international crimes] in the national courts of Sierra Leone, it is ineffective in removing the universal jurisdiction to prosecute persons accused of such crimes that other States have by reason of the nature of the crimes. It is also ineffective in depriving an international court, such as the SCSL, of jurisdiction (SCSL. Appeals Chamber, Decision of 13 March 2004, para 88. WILLIAMS, 2005, p. 271-309).

The SCSL also took into account the statement of the International Court of Justice (ICJ), the principal judicial organ of the UN, that certain international tribunals have jurisdiction over crimes under International Law (ICJ. Reports, 14 feb. 2002, p. 61).

The preamble to the ICC Statute also underlines that “it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes”. Article 1 affirms that the ICC is “complementary to national criminal jurisdictions”. Moreover, Article 17, v.1 (a) specifies that the ICC’s jurisdiction is subsidiary to national criminal jurisdictions, in that the ICC must decide on the inadmissibility of a case, when that “case is being investigated or prosecuted by a State having jurisdiction over it, unless that State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution”. Of course, the ICC Statute does not consider the granting of a national amnesty for crimes within its jurisdiction as a ground for inadmissibility of a case. On the contrary, according to Art. 17(2)(a), the ICC must declare a case admissible when “the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned of criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court”(ARSANJANI, 1999, p. 65-68; STAHN, 2005, p. 695-720; etc.).

It should be recalled that, after opening the situation in Uganda in July 2004, on 13 October 2005 ICC Pre-Trial Chamber II issued the arrest warrants against five senior commanders (*Joseph Kony, Vincent Otti, Raska Lukwiya, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*) of the “*Lord’s Resistance Army*”(LRA) (ICC. ICC-CPI-20051014-110). While these Arrest Warrants were still outstanding, the Government of Uganda entered into negotiations with the LRA rebels. As a result, Ugandan President *Yoweri Museveni*, ignoring the ICC Arrest Warrants, announced in July 2006 a “total” amnesty for LRA fighters, on condition that the rebels renounce terrorism and accept peace. Following this amnesty offer, the Government of Uganda and the LRA adopted a cessation of

hostilities agreement, which entered into force on 29 August 2006 (SSENYONJO, 2005, p. 405-434; *ibid.*, 2007, p. 361-389; and MALLINDER, 2009). ICC Pre-Trial Chamber II, unsurprisingly, ignored the amnesties granted and confirmed both the admissibility of this case and the five arrest warrants previously issued (ICC. ICC-02/04-01/05, confirmed by the Appeals Chamber in ICC. ICC-02/04-01/15-181). All accused remained at large for a decade until, in January 2015, suspect *Dominic Ongwen* voluntarily surrendered to the ICC (ICC. ICC-02/04-01/05-419). On 23 March 2016, Pre-Trial Chamber II confirmed the 70 indictments brought by the Prosecutor against *Dominic Ongwen*, in his capacity as former commander of the LRA *Sinia* Brigade and sent him to trial (ICC. ICC-02/04-01/15-422-Red). His trial commenced before ICC Trial Chamber IX on 6 December 2016. It should be noted that Pre-Trial Chamber II only ordered the end of the trial proceedings against *Raska Lukwiya* and *Okot Odhiamno*, on 11 ju. 2007 and 10 sept. 2015 respectively, after receiving forensic confirmation of their deaths (ICC. ICC-02/04-01/05-248; and ICC. ICC-02/04-01/05-431). The ICC is therefore also sending a clear message that the enactment or granting of national amnesties in respect of crimes within its jurisdiction does not affect the exercise of its investigative and prosecutorial powers.

In addition, the UN Security Council has, on several occasions, reaffirmed the obligations both to investigate war crimes and, where appropriate, to prosecute suspects in connection with attacks on peacekeepers and international crimes committed in the non-international armed conflicts in Afghanistan, Bosnia and Herzegovina, Burundi, Croatia, Kosovo, Democratic Republic of Congo, Rwanda, etc. For example, the Security Council stated:

Reaffirming the importance of compliance with International Humanitarian Law and reaffirming further that persons who commit or authorize serious violations of International Humanitarian Law are individually responsible and accountable for those violations and that the international community will exert every effort to bring those responsible to justice in accordance with international standards of justice, fairness and due process of law. (UN. Security Council, Resolution 1315 (2000).

In 1946, during its first session, the UN General Assembly recommended that all States, including non-members of the UN, arrest those allegedly responsible for committing or ordering the commission of war crimes in World War II and send them to the countries where the crimes were committed for trial (UN. General Assembly, Resolution 3 (I)). Since then, the UN General Assembly has, on several occasions, reiterated the obligation of States to take all necessary measures to ensure that war crimes and crimes against humanity are investigated and, where appropriate, punished (UN. General Assembly, Resolutions 2583 (XXIV), para. 1; 2712 (XXV), paras. 2 and 5; 2840 (XXVI), para. 1; 3074 (XXVIII), para. 1; 49/50, para. 11; etc.). With regard to cases of sexual violence in situations of armed conflict, the UN General Assembly has also adopted several consensus resolutions

calling on States to strengthen mechanisms to investigate and punish those responsible for sexual violence and bring them to justice (UN. General Assembly, Resolutions 51/77; and 52/107, among others).

In a Resolution on impunity, adopted by consensus in 2002, the UN Commission on Human Rights also recognised that those suspected of war crimes and serious Human Rights violations, for whom amnesties would not be appropriate, should be tried or extradited (UN. Commission on Human Rights, Resolution 2002/79, para. 1). In 2004, the UN Commission on Human Rights insisted that “amnesties should not be granted to those who commit violations of Human Rights and International Humanitarian Law that constitute crimes”, adding that it welcomed “the lifting, waiving, or nullification of amnesties and other immunities” (*ibid.*, 2004/72, para. 3). In 2005, the UN Commission on Human Rights further elaborated on these ideas, adding that it “recognizes as well as the Secretary-General’s conclusion that United Nations-endorsed peace agreements can never promise amnesties for genocide, crimes against humanity, war crimes, or gross violations of Human Rights” (*ibid.*, 2005/81, para. 3).

A similar practice has also been followed by the UN Human Rights Council, which has consistently affirmed the need to investigate and prosecute those allegedly responsible for serious violations of Human Rights and International Humanitarian Law in the context of various internal armed conflicts. In particular, the UN Human Rights Council on 24 September 2008 stressed “the importance of combating impunity in order to prevent violations of International Human Rights Law and International Humanitarian Law perpetrated against civilians in armed conflicts, and urges States, in accordance with their international obligations, to bring perpetrators of such crimes to justice” (UN. Human Rights Council, Resolution 9/9, para. 4). Reiterating this affirmation, in 1 October 2009 the UN Human Rights Council also noted “the conclusion of the Secretary-General that peace agreements endorsed by the United Nations can never promise amnesties for genocide, crimes against humanity, war crimes and gross violations of Human Rights” and, welcomed “the fact that a growing number of peace agreements contain provisions for transitional justice processes, such as truth-seeking, prosecution initiatives, reparations programmes and institutional reform, and do not provide for blanket amnesties” (*ibid.*, 12/11, paras. 7, 8 and 11).

In relation to crimes committed in non-international armed conflicts, the ICRC has underlined that it is true that several countries have granted amnesties for the commission of war crimes. However, it rightly pointed out that such amnesties have often been considered illegal by national or regional courts and have been criticised by the international community. The ICRC also considered that there is sufficient international practice to establish an obligation under customary

International Law to investigate war crimes allegedly committed in non-international armed conflicts and to prosecute suspects, if appropriate (HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, 2007, p. 689).

3. THE RECOMMENDATION TO GRANT A BROAD AMNESTY UPON CESSATION OF HOSTILITIES IN A NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICT

State practice also establishes this rule as a customary norm of International Humanitarian Law applicable in non-international armed conflicts. In fact, the ICRC has identified it as customary rule of International Humanitarian Law number 159, and has formulated it as follows:

At the end of hostilities, the authorities in power must endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in a non-international armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, with the exception of persons suspected of, accused of or sentenced for war crimes (*Ibid.*, p. 691).

As I noted at the beginning of this paper, the obligation of the authorities in power to strive to grant the broadest possible amnesty after the cessation of hostilities in a non-international armed conflict is established in Additional Protocol II, and it should be noted that its Art. 6.5 was adopted by consensus. This Additional Protocol II has generally been widely accepted by the American States, although there are some curious exceptions, such as the United States, which, although it signed it on 12 December 1977, has not yet ratified it.

Since its adoption, many States have proclaimed or granted amnesties to persons who have participated in non-international armed conflicts, either through a specific international treaty, through various national normative instruments or other unilateral acts. In general, the practice of proclaiming or granting amnesties through national normative instruments has prevailed in the Americas. In this regard, I can mention, among others, Articles 1 and 5 of the Argentine Amnesty Law of 1973, as well as Articles 1 and 2 of the Argentine Law repealing the Self-Amnesty Law of 1983; Article 1 of the Chilean Decree-Law on General Amnesty of 1978; Articles 1 to 7 of the Uruguay's Amnesty Law of 1985; Article 1 of Uruguay's Amnesty Law of 1986; Articles 1 and 3 of El Salvador's Law on Amnesty to Achieve National Reconciliation of 1987; Peru's Law on Terrorism of 1987; Article 1 of Colombia's 1991 Amnesty Decree; Articles 1, 2 and 4 of El Salvador's 1993 General Amnesty Law for Consolidation of Peace; Articles 2 and 4 of Guatemala's National Reconciliation Law of 1996; Peru's Amnesty Law for Retired Officers of the Armed Forces of 1996 and Peru's Law on Amnesty for Military and Civil Personnel of 1996; arts. 1 and 2 of Venezuela's General Amnesty Law of 2000; Articles 1 and 2 of Venezuela's Special Amnesty Law of 2007 (*ibid.*).

Both the Resolutions adopted by the UN Security Council and the UN General Assembly on this matter promote the granting of amnesties or the approval of amnesties granted as broadly as

possible. This means that the public authorities of a State are under no obligation whatsoever to grant an amnesty at the end of hostilities in the context of a non-international armed conflict but are required to consider carefully and endeavour to grant them.

4. THE PROHIBITION OF GRANTING AMNESTIES TO PERSONS WHO HAVE COMMITTED INTERNATIONAL CRIMES OR SERIOUS HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

The hortatory character of this second customary norm of International Humanitarian Law has an important exception or limit. When Article 6(5) of Additional Protocol II was adopted, the Union of Soviet Socialist Republics stated, in its explanation of vote, that this provision “could not be construed as enabling war criminals, or those guilty of crimes against peace and humanity, to evade severe punishment in any circumstances whatsoever”(CDDH/I/SR.64, p. 319, para. 85). The ICRC has stated that it also agrees with this interpretation. In a statement made on 19 June 1995, the ICRC stated that, taking into account the preparatory work and its context, Art. 6.5 of Additional Protocol II could not be invoked in favour of impunity for war criminals, “since this provision only applied to prosecution for the sole participation in hostilities” (HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, 2005, p. 4043, para. 759). In a letter of April 1997, the Director of the ICRC Legal Division informed the University of California Law Department and the ICTY Prosecutor that:

The “*travaux préparatoires*” of Article 6(5) [of the 1977 Additional Protocol II] indicate that this provision aims at encouraging amnesty, i.e., a sort of release at the end of hostilities. It does not aim at an amnesty for those having violated International Humanitarian Law... Anyway, States did not accept any rule in Protocol II obliging them to criminalize its violations... Conversely, one cannot either affirm that International Humanitarian Law absolutely excludes any amnesty including persons having committed violations of International Humanitarian Law, as long as the principle that those having committed grave breaches have to be either prosecuted or extradited is not voided of its substance (*Ibid.*, para. 760).

Such amnesties would also be incompatible with the customary norm of International Humanitarian Law, discussed above, which obliges States to investigate and, where appropriate, prosecute those suspected of committing international crimes or serious Human Rights violations.

Most of the amnesties proclaimed or granted expressly exclude from their scope of application those suspected of having committed or ordered the commission of war crimes or other crimes specifically delimited in International Law, as well as serious Human Rights violations. By way of example, among the amnesties granted by specific international treaties, Article 6 of the Global and Inclusive Agreement on Transition in the Democratic Republic of Congo of 16 December 2002 already stated that in order “to achieve national reconciliation, amnesty shall be granted for acts

of war, political offences and opinion offences, with the exception of war crimes, crimes of genocide and crimes against humanity”. The same applies to the vast majority of amnesties proclaimed or granted by national law. Examples of national legislation include, among many others: Article 1 of the Colombian Amnesty Decree of 1991, which excludes atrocities and murder committed in non-combat situations or taking advantage of the defencelessness of the victim; Article 104 (18) of the Constitution of the City of Buenos Aires (Argentina) of 1996, which exempts crimes against humanity; Article 8 of Uruguay’s 2006 Law on Cooperation with the International Criminal Court, which excludes genocide, crimes against humanity and war crimes; Article 4 of Venezuela’s 2007 Special Amnesty Law, which excludes crimes against humanity, gross violations of human rights and war crimes; etc. (*ibid.*).

This is also confirmed by the jurisprudence of national courts. In the *Videla case*, in its Judgment of 26 September 1994, the Court of Appeal of Santiago (Chile), held that the crimes it was considering constituted grave breaches of the Geneva Conventions which did not admit of amnesties and added that the granting of amnesties is not the appropriate way to extinguish the criminal responsibility of those who violate Human Rights and the Laws of war. In the *Cavallo case*, the Federal Judge of Argentina, in a Decision of 2 May 2001, confirmed that amnesties are not permissible in respect of gross violations of Human Rights and crimes against humanity. In this Decision, the Argentine Federal Judge annulled two 1987 laws that had amnestied hundreds of military officers for Human Rights violations committed during the 1976 to 1983 dictatorship. The Judge declared that these amnesty laws did not respect the Argentine State’s obligations under International Law to investigate and punish Human Rights violations and crimes against humanity. In the Judgment of the Colombian Constitutional Court of 18 May 2006, in *case no. C-370/06*, the plenary of this high court considered that amnesties are not possible in respect of crimes against humanity and serious violations of International Humanitarian Law and Human Rights. On 2 March 2007, the Judgment of the Constitutional Court of Peru affirmed, in the case of *Santiago Enrique Martín Rivas*, that amnesties are not possible when they contravene international obligations arising from human rights treaties and in cases of crimes against humanity, etc. (*ibid.*).

At the UN level, the UN Security Council, in resolutions concerning Croatia, Sierra Leone and Guinea Bissau, confirmed that amnesties cannot be granted for war crimes. In relation to acts of gender-based violence committed against women and girls during armed conflicts, the UN Security Council has also generally affirmed that amnesties are not possible (UN.S/PRST/2007/05, p. 2-3).

The UN General Assembly has insisted in several of its Resolutions on the need not to grant amnesties to those who commit crimes against children, in particular acts of genocide, crimes against humanity and war crimes (UN. General Assembly, Resolutions 58/157, para. 8; 59/261, para. 25;

60/231, para. 16; 61/146, para. 18; 62/141, para. 55; etc.). In a Resolution on impunity, adopted without a vote in 2002, the UN Commission on Human Rights noted that amnesties should not be granted to those who commit serious crimes resulting from violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law (UN. Commission on Human Rights, Resolution 2002/79, para. 2. This idea was reiterated in UN. Commission on Human Rights, Resolutions 2003/72, para. 2; 2003/86, para. 6; 2004/48, para. 6; 2004/72, para. 3; 2005/44, para. 7; 2005/81, para. 3; etc.), as well as by the UN Secretary-General in several reports (UN. S/2000/915, paras. 22-24; and UN. S/2001/331, para. 10).

International Human Rights monitoring or enforcement bodies have also stated that amnesties are incompatible with the duty of States to investigate crimes under International Law and non-derogable Human Rights violations. The UN Human Rights Committee, for example, made the following statement in 1992 in its General Comment on Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, concerning the prohibition of torture or other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment:

The Committee has noted that some States have granted amnesty in respect of acts of torture. Amnesties are generally incompatible with the duty of States to investigate such acts; to guarantee freedom from such acts within their jurisdiction; and to ensure that they do not occur in the future. States may not deprive individuals of the right to an effective remedy, including compensation and such full rehabilitation as may be possible (UN. Human Rights Committee, General Comment n. 20, para 15).

Subsequently, in 2004, the same UN Human Rights Committee affirmed that amnesties are not applicable to those who commit offences “recognised as criminal under either domestic or International Law, such as torture and similar cruel, inhuman, and degrading treatment (article 7), summary and arbitrary killing (article 6) and enforced disappearance (articles 7 and 9 and, frequently, 6)”(*Ibid.*, General Comment n. 31, para 18).

The same attitude has been maintained by the American regional human rights monitoring bodies in the framework of the Organization of American States (OAS). In its Report of 24 September 1992, in *case 10.287 (El Salvador)*, the Inter-American Commission on Human Rights (IACmHR) held that the application of the 1987 Salvadoran Amnesty Law to achieve national reconciliation constituted a clear violation of the Salvadoran Government’s obligation to investigate and punish the human rights violations of the victims in the 1983 *Las Hojas Massacre* case and to provide adequate compensation for the damages resulting from these rights violations (OAS.IACmHR, *Report No. 26/92, Case 10.287*). In its Report of 27 January 1999, in *Case 10.488 (El Salvador), Ignacio Ellacuría, SJ et al*, the IACmHR also held that the application of the 1993 Salvadoran Law of General Amnesty for the Consolidation of Peace constituted a violation of the judicial guarantees and the right

to effective judicial protection of the victims contemplated in Arts. 8.1 and 25 of the American Convention on Human Rights, as well as art. 3 common to the four Geneva Conventions and art. 4 of Additional Protocol II, recommending that the Government of El Salvador annul the 1993 Law with *ex tunc* effect (OAS.IACmHR, Report No. 136/99, *Case 10.488*, paras. 122 and 129, Chapt. XI, para. 2 and Chapt. XII, para. 1).

In its Judgment of 14 March 2001, concerning the *case of Barrios Altos v. Peru*, which dealt with the legality of Peruvian amnesty laws, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) held that:

All amnesty provisions, provisions on prescription and the establishment of measures designed to eliminate responsibility are inadmissible, because they are intended to prevent the investigation and punishment of those responsible for serious human rights violations such as torture, extrajudicial, summary or arbitrary execution and forced disappearance, all of them prohibited because they violate non-derogable rights recognized by international human rights law” (OAS. IACtHR, *Case of Barrios Altos v. Peru*. Judgment of 14 March 2001, para. 41).

The IACtHR added that:

Owing to the manifest incompatibility of self-amnesty laws and the American Convention on Human Rights, the said laws lack legal effect and may not continue to obstruct the investigation of the grounds on which this case is based or the identification and punishment of those responsible (*Ibid.*, para. 44).

Since then, the IACtHR has maintained the same judicial doctrine against amnesties for crimes against humanity. The IACtHR has consolidated this judicial doctrine in its Judgments in the cases of *La Cantuta v. Peru* (OAS. IACtHR, Judgment of 29 November 2006, para. 225); *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, (OAS. IACtHR, Judgment of 26 September 2006, para. 129); *Dos Erres v. Guatemala*, (OAS. IACtHR, Judgment of 24 November 2009, para. 129); *Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brazil*, (OAS.IACtHR, Judgment of 24 November 2010, para. 180); *Gelman v. Uruguay*, (OAS. IACtHR, Judgment of 24 February 2011, para. 225); *Tarazona Arrieta et al. v. Peru*, of 15 October 2014 (OAS. IACtHR, Judgment of 15 October 2014, para. 155); etc. (ESTEVE MOLTÓ, 2016a, p. 105-123; and *ibid.*, 2016b, p. 405-427).

International criminal tribunals have also considered that the character of norms prohibiting international crimes as peremptory norms of International Law (*ius cogens*) has the consequence of depriving national measures (national laws or peace agreements between a Government and a revolutionary movement) that proclaim or grant amnesties for these crimes of legal relevance. As stated by ICTY:

The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects (...) At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the *jus cogens* value of the prohibition

against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void *ab initio*, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law((ICTY. Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment of 10 December 1998, para 155).

We have already noted above that the SCSL also affirmed that, due to the character of international crimes as peremptory norms of International Law (*ius cogens*), universal jurisdiction exists for their prosecution. From this, it deduced that a State cannot deprive another State of its universal jurisdiction to prosecute the commission of international crimes by the domestic granting of an amnesty, nor constitute a procedural impediment to the exercise of criminal jurisdiction by an international court.

CONCLUSIONS

Article 6.5 of the 1977 Additional Protocol II to the Geneva Conventions of 1949 was undoubtedly the first important step towards restricting or limiting amnesties granted or proclaimed in the name of transitional justice at the end of hostilities in an armed conflict of a non-international nature.

Whether it is because of the legal consequences that derive from the character of peremptory International Law (norms of *jus cogens*) that the prohibitions on serious Human Rights violations or on committing or ordering the commission of international crimes currently have, or because of the character of customary norms of general International Law that these prohibitions have acquired, the conclusion is that the granting or proclamation of “total” or “general” amnesties in the name of the so-called transitional justice is not in accordance with contemporary International Law. The fact is that the consistent practice of States and international organisations, as well as the reiterated jurisprudence of regional and international commissions and tribunals, demonstrates the existence of two insurmountable limits to the proclamation or granting of amnesties at the end of hostilities in a non-international armed conflict. First, the proclamation or granting of amnesties at the end of a non-international armed conflict must in no case prevent the investigation and, where appropriate, prosecution of those allegedly responsible for committing or ordering the commission of international crimes or serious Human Rights violations. Secondly, the proclamation or granting of such amnesties should also in no case imply exoneration from criminal responsibility of individuals who have committed or ordered the commission of such atrocities.

This paper has demonstrated how the practice of the American States, as well as that of the supervisory bodies of the Inter-American Convention on Human Rights, have contributed very actively to the consolidation and enshrinement of these two customary limits to State sovereignty.

At the present time, it is important not to forget this double limit to the sovereignty of States when proclaiming or granting amnesties or pardons in the name of transitional justice. The International Law Commission is currently working on a draft international convention on the prevention and punishment of crimes against humanity. It is hoped that the outcome of this codification effort will reflect the two customary international norms discussed above, which are conceived as absolute limits on the ability of States to proclaim or grant amnesties for those who commit or order the commission of such crimes.

REFERENCES

ARSANJANI, Mahnoush H. “The International Criminal Court and National Amnesty Laws”, **Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law**, v. 93, 1999.

BOU FRANCH, Valentín (Dir.). **Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución**. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005.

CASTILLO DAUDÍ, Mireya; SALINAS ALCEGA, Sergio. **Responsabilidad penal del individuo ante los tribunales internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007.

CDDH/I/SR.64. 7 June 1976. **Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict**, v. IX. Available at: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/RC-records_Vol-9.pdf

DAL MASO JARDIM, Tarciso. Les amnisties. In: H. Ascencio; E. Decaux; A. Pellet (Eds). **Droit International Pénal**. 2. ed. Paris: Pedone, 2012.

ESTEVE MOLTÓ, José Elías. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: un referente para la necesaria “fertilización” trasatlántica. **Eunomía, Revista en cultura de la legalidad**, v. 9, 2016a. Available at: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/issue/view/383>.

ESTEVE MOLTO, José Elías. Les droits de victimes de disparition forcé devant la Cour Européenne des Droits de l’Homme: la nécessité de la fertilisation croisée du système interaméricain. **Annuaire Français de Droit International**, v. 61, ano2016b.

HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise (Dirs.). **Customary International Humanitarian Law**, vol. 2: Practice, Part I and II. Cambridge: Cambridge University Press. 2005.

HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise (Dirs.). **El Derecho Internacional humanitario consuetudinario**, v. 1. Normas. Geneva: ICRC. 2007. Available at: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/publication/pcustom.htm>. Access in: 17 jul. 2021.

ICC. ICC-02/04-01/15-422-Red. 23 mar. 2016. Pre-Trial Chamber II. **Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen**. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/15-422-Red>. Access in: 15 jul. 2021.

ICC. ICC-02/04-01/05-431. 10 sept. 2015. Pre-Trial Chamber II. **Decision terminating proceedings against Okot Odhiambo**. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/05-431&ln=en>. Access in: 17 jul. 2021.

ICC. ICC-02/04-01/05-419. (22 January 2015). **Report of the Registry on the voluntary surrender of Dominic Ongwen and his transfer to the Court**. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/05-419>. Access in: 07 jul. 2021.

ICC. ICC-02/04-01/15-181. (16 September 2009). Appeals Chamber. Judgment on the appeal of the Defence against the “Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute” of 10 March 2009. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/15-181>. Access in: 17 may 2021.

ICC. ICC-02/04-01/05. 10 mar. 2009. Pre-Trial Chamber II. **Decision on the admissibility of the case under article v. 19 n. 1 of the Statute**. Available at: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_01678.PDF. Access in: 23 mar. 2021.

ICC. ICC-02/04-01/05-248. 11 jul. 2007. Pre-Trial Chamber II. **Decision to terminate the proceedings against Raska Lukwiya**. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/05-248>. Access in: 17 oct. 2020.

ICC. ICC-CPI-20051014-110. (14 October 2005). Press Release. **Warrant of Arrest unsealed against five LRA Commanders**. Available at: <https://www.icc-cpi.int/pages/item.aspx?name=warrant+of+arrest+unsealed+against+five+lra+commanders>.

ICJ. Reports. 14 February 2002. **Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium)**. Available at: <https://www.icj-cij.org/en/case/121/judgments>. Access in: 17 sept. 2020.

ICTY. Prosecutor v. *Anto Furundzija*. Judgment of 10 December 1998. Available at: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>. Access in: 17 mar. 2021.

MALLINDER, Louise. Uganda at a Crossroads: Narrowing the Amnesty? Working Paper No. 1. In: Institute of Criminology and Criminal Justice (Org.). **Beyond Legalism: Amnesties, Transition and Conflict Transformation**, Belfast: Queen’s University Belfast. 2009. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1531753>. Access in: 01 jul. 2021.

OAS. Inter-American Commission on Human Rights. **Report No. 136/99, Case 10.488** (El Salvador), Ignacio Martín Baró, S. J.; Joaquín López y López, S. J.; Juan Ramón Moreno, S.J.; Julia Elba Ramos; and Celina Mariceth Ramos, 22 dec. 1999. Available at: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99eng/Merits/ElSalvador10.488.htm>. Access in: 06 jul. 2021.

OAS. Inter-American Commission on Human Rights. **Report n. 26/92, Case 10.287, El Salvador, Las Hojas Massacre**. 24 sept. 1992. Available at: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/92eng/ElSalvador10.287.htm>. Access in: 12 jul. 2021.

OAS. Inter-American Court of Human Rights. **Judgment in the case of Tarazona Arrieta et al. Peru, of 15 oct. 2014**. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Series C n. 286. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_286_esp.pdf. Access in: 17 jun. 2021.

OAS. Inter-American Court of Human Rights. **Judgment in the case of Gelman v. Uruguay, 24 February 2011.** Merits and Reparations. Series C n. 221. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_ing.pdf. Access in: 05 jul. 2021.

OAS. Inter-American Court of Human Rights. **Judgment in the case of Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”)** Brazil, 24 November 2010. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Series C n. 219. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_ing.pdf

OAS. Inter-American Court of Human Rights. **Judgment in the case of Dos Erres v. Guatemala,** 24 nov. 2009. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Series C n. 211. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_ing.pdf. Access in: 10 jul. 2021.

OAS. Inter-American Court of Human Rights. **Judgment in the case of La Cantuta v. Peru, 29 November 2006.** Merits, Reparations and Costs. Series C n. 162. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_ing.pdf. Access in: 03 jul. 2021.

OAS. Inter-American Court of Human Rights. **Judgment in the case of Almonacid Arellano et al.** v. Chile, 26 sept. 2006. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Series C No. 154. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_ing.pdf. Access in: 02 jul. 2021.

OAS. Inter-American Court of Human Rights. **Case of Barrios Altos v. Peru.** Judgment of 14 March 2001. Merits. Series C, n. 75, available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf. Access in: 05 jun. 2021.

Peace Agreement between the Government of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone (Lomé, 7 January 1999). Annex to UN. Doc. S/1999/777 of 12 jul.1999: Letter dated 12 July 1999 from the Chargé d'affaires *ad interim* of the Permanent Mission of Togo to the United Nations addressed to the President of the Security Council. Available at: <https://undocs.org/en/S/1999/777>. Access in: 05 jul. 2021.

REITER, Andrew G. Examining the Use of Amnesties and Pardons as a Response to Internal Armed Conflict. **Israel Law Review**, v. 47, n. 1, 2014.

RELVA, Hugo A., Three Propositions for a Future Convention on Crimes Against Humanity. **Journal of International Criminal Justice**, v. 16, 2018.

SANDOZ, Yves; SWINARSKI, Christophe; ZIMMERMANN, Bruno (Coords.). **Commentary on the Protocol of 8 June 1977 Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II).** Geneva: ICRC. 1998. Available at: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>. Access in: 30 jun. 2021.

SCSL. Appeals Chamber. **Decision of 13 March 2004 on challenge to jurisdiction:** Lomé Accord Amnesty. Available at: <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/AFRC/Appeal/033/SCSL-04-16-PT-033.pdf>. Access in: 29 jun. 2021.

SSENYONJO, Manusuli. Accountability of Non-State Actors in Uganda for War Crimes and Human Rights Violations: Between Amnesty and the International Criminal Court. **Journal of Conflict and Security Law**, v. 10, n. 3, ano2005.

SSENYONJO, Manusuli. The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army leaders: Prosecution or amnesty? **International Criminal Law Review**, v. 7, n. 2-3, ano2007.

STAHN, Carsten. Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court". **Journal of International Criminal Justice**, v. 3, 2005.

UN. Commission on Human Rights. Resolution 2005/81 of 21 April. **Impunity**. Available at: https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=59&t=11. Access in: 15 apr. 2021.

UN. Commission on Human Rights. Resolution 2005/44 of 19 April. **Rights of the Child**. Available at: https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=59&t=11. Access in: 18 apr. 2021.

UN. Commission on Human Rights. Resolution 2004/72 of 21 April. **Impunity**. Available at: https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=4&t=11. Access in: 25 apr.2021.

UN. Commission on Human Rights. Resolution 2004/48 of 4 April. **Rights of the Child**. Available at: https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=4&t=11. Access in: 30 may 2021.

UN. Commission on Human Rights. Resolution 2003/72, of 25 April. **Impunity**. Available at: https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=5&t=11. Access in: 30 mar. 2021.

UN. Commission on Human Rights. Resolution 2003/86, of 25 April. **Rights of the Child**. Available at: https://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?b=1&se=5&t=11. Access in: 30 jun. 2021.

UN. Commission on Human Rights. Resolution 2002/79, 25 April. **Impunity**. Available at:

UN. General Assembly. Resolution 62/141 of 18 December 2007. **Rights of the Child**. Available at: <https://undocs.org/en/A/RES/62/141>. Access in: 30 may 2021.

UN. General Assembly, Resolution 61/146 of 19 December 2006. **Rights of the Child**. Available at: <https://undocs.org/en/A/RES/61/146>. Access in: 30 may 2021.

UN. General Assembly. Resolution 60/231 of 23 December 2005. **Rights of the Child**. Available at: <https://undocs.org/en/A/RES/60/231>. Access in: 17 mar. 2021.

UN. General Assembly. Resolution 59/261 of 23 December 2004. **Rights of the Child**. Available at: <https://undocs.org/en/A/RES/59/261>. Access in: 30 jun. 2021.

UN. General Assembly. Resolution 58/157 of 22 December 2003. **Rights of the Child**. Available at: <https://undocs.org/en/A/RES/58/157>. Access in: 15 jun. 2021.

UN. General Assembly. Resolution 52/107 of 12 December 1997. **The Rights of the Child**. Available at: <https://undocs.org/en/A/RES/52/107>. Access in: 15 jan. 2021.

UN. General Assembly. Resolution 51/77 of 12 December 1996. **The Rights of the Child**. Available at: <https://undocs.org/en/A/RES/51/77>. Access in: 30 jun. 2021.

UN. General Assembly. Resolution 49/50 of 9 December 1994. **United Nations Decade of International Law**. Available at: <https://undocs.org/en/A/RES/49/50>. Access in: 30 may 2021.

UN. General Assembly. Resolution 3074 (XXVIII) of 3 December 1973. **Principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition, and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity**. Available at: [https://undocs.org/en/A/RES/3074\(XXVIII\)](https://undocs.org/en/A/RES/3074(XXVIII)). Access in: 30 jun. 2021.

UN. General Assembly. Resolution 2840 (XXVI) of 18 December 1971. **Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity**. Available at: [https://undocs.org/en/A/RES/2840\(XXVI\)](https://undocs.org/en/A/RES/2840(XXVI)). Access in: 28 mar. 2021.

UN. General Assembly. Resolution 2712 (XXV) of 15 December 1970. **Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity**. Available at: [https://undocs.org/en/A/RES/2712\(XXV\)](https://undocs.org/en/A/RES/2712(XXV)). Access in: 30 fev. 2021.

UN. General Assembly. Resolution 2583 (XXIV) of 15 December 1969. **Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity**. Available at: [https://undocs.org/en/A/RES/2583\(XXIV\)](https://undocs.org/en/A/RES/2583(XXIV)). Access in: 30 jan. 2021.

UN. General Assembly. Resolution 3 (I) of 13 February 1946. **Extradition and punishment of war criminals**. Available at: [https://undocs.org/en/A/RES/3\(I\)](https://undocs.org/en/A/RES/3(I)). Access in: 15 mar. 2021.

UN. Human Rights Committee. General Comment n. 31, of 26 May 2004. **Nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the International Covenant on Civil and Political Rights**. Available at: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.13&Lang=en. Access in: 30 apr. 2021.

UN. Human Rights Committee. General Comment No. 20, of 10 March 1992. **Prohibition of torture or other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment (Article 7)**. Available at: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6621&Lang=en. Access in: 30 jun. 2021.

UN. Human Rights Council. Resolution 12/11 of 1 October 2009. **Human rights and transitional justice**. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G09/165/92/PDF/G0916592.pdf?OpenElement>. Access in: 23 may 2021.

UN. Human Rights Council. Resolution 9/9 of 24 September 2008. **Protection of the human rights of civilians in armed conflict**. Available at: https://ap.ohchr.org/Documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_9_9.pdf. Access in: 30 may 2021.

UN. S/2001/331 (30 March 2001). **Report of the Secretary-General to the Security Council on the protection of civilians in armed conflict**. Available at: <https://undocs.org/en/S/2001/331>. Access in: 30 jun. 2021.

UN. S/2000/915. (4 October 2000). **Report of the Secretary-General to the Security Council on the establishment of a Special Court for Sierra Leone.** Available at: <https://undocs.org/en/S/2000/915>. Access in: 23 jun. 2021.

UN. Security Council. Resolution 1315 (2000) of 14 August 2000. **The situation in Sierra Leone.** Available at: <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1315>. Access in: 25 jun. 2021.

UN. S/PRST/2007/05. (7 March 2007). Statement by the President of the Security Council. **Women and Peace and Security.** Available at: <https://undocs.org/S/PRST/2007/5>. Access in: 30 jun. 2021.

VAN DER WYNGAERT, Christine; ONGENA, Tom. *Ne bis in idem* Principle, Including the Issue of Amnesty. In: A. Cassese; P. Gaeta; J.R.W.D Jones (Ed.). **The rome statute of the international criminal court: a commentary.** Oxford: Oxford University Press. 2002.

WERLE, Gerhard. **Principles of International Criminal Law.** 2. ed. TMC Asser Press. 2009.

WILLIAMS, Sarah. Amnesties in International Law: The Experience of the Special Court for Sierra Leone. **Human Rights Law Review**, v. 5, n. 2, 2005.

AUTOR:

Valentin Bou Franch

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Valencia (España). Titular de una Cátedra Jean Monnet concedida por la Unión Europea. Sus principales líneas de investigación han sido: el régimen jurídico de la Antártida y del Océano Austral, Derecho Internacional del Mar, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Procedimientos de solución de las controversias internacionales, Protección internacional del patrimonio cultural, Derecho de la Unión Europea, Derecho Internacional Penal y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

E-mail: valentin.bou@uv.es

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4046-6337>

A COERÊNCIA DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS, DE ASILO E DE GESTÃO DAS FRONTEIRAS DA UNIÃO EUROPEIA: entre a retórica e a prática na defesa do Estado de Direito

José Díaz Lafuente

Universidade Complutense de Madrid

RESUMO

Ao longo da integração europeia, a proteção do Estado de direito emergiu como uma dimensão central da identidade da União Europeia, não apenas como um elemento fundamental do ADN da UE, comum a todos os seus Estados-Membros, mas também como um critério para a adesão dos países candidatos à UE e um elemento-chave da identidade externa da UE como poder normativo internacional. Este artigo apresenta uma análise crítica da coerência interna e externa das políticas de migração, asilo e gestão de fronteiras da União Europeia entre a retórica legislativa e a realidade operacional na prossecução de um modelo de gestão e governança comunitária baseado no respeito pelo Estado de Direito como valor jurídico constitucional, dada a atual tendência de renacionalização das fronteiras entre os Estados, a profunda desumanização predominante nessas políticas e a fragmentação existente entre os Estados-Membros em conformidade com as normativas comumente adotadas. Com tal objetivo, seguindo uma metodologia qualitativa, analisa-se primeiro a relação direta entre a defesa efetiva do Estado de direito e o cumprimento das normas que regem as políticas migratória, de asilo e gestão de fronteiras e, em seguida, revisa-se os mecanismos judiciais, convencionais e políticos para a proteção do Estado de direito na União Europeia e sua aplicação neste domínio.

Palavras-chave: União Europeia. Estado do direito. Política migratória. Política de asilo. Gestão de fronteiras.

THE COHERENCE OF MIGRATORY POLICIES, ASYLUM AND MANAGEMENT OF THE BORDERS OF THE EUROPEAN UNION: between rhetoric and practice in defending the Rule of Law

ABSTRACT

Throughout European integration, the protection of the rule of law has emerged as a central dimension of the European Union's identity, not only as a fundamental element of the EU's DNA, common to all its Member States, but also as an accession criterion of candidate countries to the EU and a key element of the EU's external identity as a global normative power. This article presents a critical analysis of the internal and external coherence of migration, asylum and border management policies of the European Union between legislative rhetoric and operational reality in the pursuit of a management and governance model based on the respect of the rule of law as a constitutional legal value, given the current trend of renationalization of the borders between States, the profound dehumanization prevalent in these policies and the existing fragmentation among Member States in the compliance of the commonly adopted regulations. To this end, following a qualitative methodology, it is first analyzed the direct relationship between the effective defense of the rule of law and the compliance with the rules governing migration, asylum and border management policies,

and then it reviews the judicial, conventional and political mechanisms for the protection of the rule of law in the European Union and its application in this specific field.

Keywords: European Union. Rule of law. Migration policy. Asylum policy. Border management.

Recebido em: 30/06/2021

Aceito em: 03/07/2021

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito é consagrado, juntamente com a democracia e o respeito pelos direitos humanos, como um dos valores em que se assenta a União Europeia. O Preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) destaca a sua “herança espiritual e moral” e, no atual Tratado de Lisboa, o Estado de Direito é reconhecido tanto como um “valor universal” como um “princípio fundamental”. É mencionado no Preâmbulo do Tratado da União Europeia (TUE) como um valor que encontra a sua origem “nas heranças culturais, religiosas e humanistas da Europa” e, posteriormente, como um princípio ao qual a União Europeia adere. Por seu turno, o artigo 2.º do TUE estabelece que “a União assenta nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos humanos, incluindo os das pessoas pertencentes às minorias” (2009).

Deste catálogo de valores, que, nas palavras de Häberle, se destina a constitucionalizar a União, o Estado de Direito se destaca, em particular, por constituir o eixo sobre o qual se articula o constitucionalismo democrático e o projeto de integração europeia (2004, p.14). Além disso, o Estado de Direito, por força do artigo 21.º do TUE, é também um dos princípios em que assenta a ação externa da União Europeia e o seu cumprimento, nos termos do artigo 49.º do TUE, constitui um pré-requisito para adesão de novos países à UE.

Embora o processo de integração política da União Europeia implique a progressiva superação das estruturas tradicionais do Estado-nação tendendo, como assinalou Habermas, “à uma comunidade homogênea que representa um Estado com diferentes nacionalidades e línguas” (1992, p. 15), isso não significa que atualmente os Estados parcialmente soberanos não mantenham mais sua força estruturante. Isso ocorre principalmente em questões próximas ao núcleo duro da soberania do Estado, onde, entre outras, se encontram as relações externas, a política migratória e de asilo e a gestão das fronteiras. É por isso que é necessária a existência de uma política migratória e de asilo da EU, enquanto, como considera Trujillo Herrera, supõe um “elemento indispensável de reforço de uma estratégia de Estado numa Europa integrada” (2003, p.444).

A manifesta preocupação do legislador comunitário pelo abuso do direito de asilo por parte dos migrantes por questões econômicas e o receio dos Estados-Membros de uma utilização indevida do espaço das liberdades pelo crime internacional contribuem para reforçar o surgimento de uma ação comunitária restritiva em relação às políticas migratória, de asilo e de gestão das fronteiras. Deparamo-nos com uma *démocratie sécuritaire* (CALOZ-TSCHOPP, 1995, p.20), na qual, em um plano fático, além da retórica institucional, o que prevalece é a proteção do nosso espaço interior comum contra as ameaças dos fluxos migratórios estrangeiros.

É uma questão sobre a qual o Tribunal de Justiça da UE tem se pronunciado recentemente, seguindo a estratégia da Comissão de iniciar processos por infração, acusando os governos da República Checa, Hungria e Polônia por se recusarem a cumprir as decisões relativas à realocação temporária dos requerentes de proteção internacional adotadas pelo Conselho em setembro de 2015, logo após a chegada de mais de um milhão de migrantes em fuga da guerra da Síria e do Iraque, destacando o caráter vinculativo e a solidariedade subjacente das normativas adotadas em matéria de migração e asilo.

Perante um contexto de divisão e incumprimento por parte dos Estados-Membros, o Tribunal do Luxemburgo, no seu pronunciamento de 2 de abril de 2020 sobre o processo “Comissão c. Polónia, Hungria e República Checa” (C-715/17, C-718/17 e C-719/17) destacou que a manutenção da ordem pública e a salvaguarda da segurança interna não podem servir de desculpa generalizada para a não aplicação da legislação comunitária aprovada no âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça da UE (nos termos do artigo 75.º do TFUE).

Além disso, a política migratória e de asilo constitui uma questão que polariza e divide a cidadania europeia, que suscita aversão e solidariedade em partes iguais e que serve para promover o discurso de ódio e a discriminação. Segundo o Parlamento Europeu, na Resolução sobre o aumento da violência neofascista na Europa (2018/2869), com base em dados publicados pela Europol, a Agência da União Europeia responsável por garantir o cumprimento da lei, o número de pessoas detidas por crimes de xenofobia duplicou nos últimos cinco anos (2018, p. i).

É uma questão que requer uma reflexão profunda porque gera uma grande preocupação entre os cidadãos europeus. De fato, a migração trasladou-se para o primeiro plano entre as questões que mais preocupam os cidadãos europeus na última década, sendo a questão que mais cresceu em relevância nos últimos dez anos. Uma preocupação que se apresenta como o terreno fértil ideal para um crescente reconhecimento eleitoral das correntes políticas populistas, nacionalistas e xenóforas que terminam afetando al funcionamento democrático dos Estados e ao respeito pelo Estado de direito.

Se no Eurobarômetro¹ da primavera de 2010, a questão da migração foi apresentada como uma das questões que menos preocupou os cidadãos europeus, com 4% de interesse entre os inquiridos (COMISSÃO EUROPEIA, 2010, p.14). No Eurobarômetro do outono de 2019, antes da pandemia produzida pela COVID-19, mais de um terço dos europeus considerava a migração o

¹ O Eurobarómetro é um conjunto de inquéritos efetuados periodicamente pela Comissão Europeia desde 1973. A sua principal função é analisar e sintetizar a opinião pública sobre determinadas questões relacionadas com a União Europeia nos estados membros, sendo assim um dos instrumentos de maior relevância para analisar a evolução da opinião dos cidadãos. Os resultados são publicados pela Seção de Análise de Opinião Pública.

problema mais importante que a UE enfrentava, com 34% de interesse entre os inquiridos, à frente das alterações climáticas (24%), da situação económica (18%) ou do terrorismo (15%) (COMISSÃO EUROPEIA, 2019). No Eurobarômetro da última primavera de 2021, em um contexto marcado pelos impactos na saúde pública, na economia, no mercado de trabalho e nas limitações na circulação de pessoas devido à pandemia, houve uma diminuição para uns ainda elevados 18%, sendo a primeira vez que a migração não é uma das três preocupações europeizadas cidadãos europeus desde o outono de 2014. (COMISSÃO EUROPEIA, 2021).

1. O VALOR DO ESTADO DE DIREITO NA UNIÃO EUROPEIA: MECANISMOS DE PROTEÇÃO

O reconhecimento do Estado de Direito como valor universal e como princípio fundamental da União Europeia apresenta um duplo sentido: por um lado, a União é definida como uma comunidade de Direito em que as suas instituições e os Estados-Membros não podem escapar ao controle da conformidade dos seus atos com a constitucionalidade dos tratados, segundo a já clássica fórmula adotada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no acórdão do processo *Os Verdes*, de 23 de abril 1986. Por outro lado, a União Europeia é constituída como uma União de Estados, todos eles obrigados a respeitar as exigências do Estado de Direito como norma jurídica da União, o que é, portanto, vinculativo tanto para os Estados-Membros como para a própria União.

Segundo Lucas Areizaga, o Estado de Direito previsto no artigo 2.º do TUE “constitui um reflexo das tradições constitucionais comuns e a sua conceituação é, por si só, tanto em nível nacional como em nível europeu, um desafio” (2020, p.556). Embora não exista um conceito unívoco, há uma lista não exaustiva dos princípios e normas que derivam do Estado de Direito (RIPOL CARULLA, 2018, p.778). A própria Comissão Europeia, na sua Comunicação de 11 de março de 2014, intitulada “Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito”, incluiu uma série de princípios derivados do Estado de direito, reconhecidos novamente no seu recente Relatório sobre o Estado de Direito em 2020:

Os princípios como a legalidade, que requer um processo legislativo transparente, responsável, democrático e pluralista; a segurança jurídica; a proibição do exercício arbitrário do poder executivo; a tutela jurisdicional efetiva por tribunais independentes e imparciais e a fiscalização jurisdicional efetiva, incluindo o respeito dos direitos fundamentais; assim como os princípios da separação de poderes e da igualdade perante a lei. (Comissão Europeia, 2020, p.1).

Desta forma, a Comissão reconhece este princípio constitucional primário como um princípio guarda-chuva que engloba diferentes garantias de índole processual e substantiva que são essenciais

para a proteção dos direitos fundamentais e que constituem um princípio com natureza de valor interpretativo. (PECH, 2010).

A recente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia é também de particular importância para a concretização do conceito de Estado de Direito e sua aplicação em políticas migratórias, de asilo e de gestão das fronteiras. Para além da referida decisão no processo *Os Verdes*, em 1986, o qual consagrou a Comunidade Europeia como uma comunidade de Direito, o Tribunal do Luxemburgo tem decidido repetidamente especificar o conceito e o âmbito do Estado de Direito na UE. Destaca-se o acórdão do paradigmático processo *Kadi* (TJUE 2008, p.23), o qual reconheceu que a proteção dos direitos fundamentais emana do Estado de Direito; o processo *Rosneft* (TJUE, 2017, pp. 72-75), no qual se vinculou a proteção do Estado de direito à garantia da proteção judicial efetiva; ou no processo *ASJP* (TJUE 2018, pp. 41-44) o qual decompôs os diferentes elementos do valor do Estado de Direito, vinculando-o não só à sua própria jurisdição, mas também à colaboração judicial com os juízes e tribunais nacionais através da questão prejudicial e apontando a independência judicial como elemento essencial de si mesmo. (LUCAS AREIZAGA, 2020, p. 522).

Também deve ser enfatizado que a União Europeia dispõe de mecanismos de proteção do Estado de Direito de diferentes naturezas: judiciais, convencionais e políticas. Tais mecanismos não são exclusivos ou interdependentes, ou seja, "um procedimento desenhado pelos Tratados para tratar de um problema específico não exclui a aplicação de outros instrumentos possíveis que tenham a mesma finalidade". (VON BOGDANDY *et al*, 2017, p. 29).

Em primeiro lugar, a União Europeia dispõe do recurso de infração, que constitui o denominado processo judicial, regulado nos artigos 258 a 260 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que permite o controle pelo Tribunal de Justiça da União Europeia do cumprimento das obrigações estabelecidas nos Tratados pelos Estados-Membros. Perante as recentes ameaças ao Estado de Direito na Polónia e na Hungria, a União Europeia reagiu dando prioridade à resposta judicial com recurso por infração. (RIPOL CARULLA, 2018, p. 790).

Em segundo lugar, o artigo 7.º do Tratado da União Europeia, que regula a forma convencional reconhecida pela primeira vez no Tratado de Amsterdam, estabelece dois procedimentos contra a violação do Estado de Direito por parte de um Estado-membro: o mecanismo preventivo e o mecanismo sancionatório. O mecanismo preventivo (seção 1ª do artigo 7º do TUE) pode ser acionado no caso de "risco óbvio de violação grave" do Estado de Direito num Estado-membro. A Comissão, o Parlamento Europeu ou um terço dos Estados-membros podem instalar o Conselho, por maioria de 4/5 dos Estados e após aprovação do Parlamento Europeu, e determinar a existência desse risco.0

Por seu turno, o mecanismo sancionatório (2ª seção do artigo 7.º do TUE) só pode ser acionado caso seja constatada “a existência de uma violação grave e persistente por um Estado-membro dos valores mencionados no artigo 2º”, mas a sua aplicação requer uma decisão unânime do Conselho Europeu, com exceção do Estado afetado pelo procedimento. Uma vez realizada a votação, o Conselho pode decidir, por maioria qualificada, suspender certos direitos do Estado-membro em causa, "incluindo o direito de voto" no Conselho.

Esse procedimento resulta complexo, tanto que o ex-Presidente da Comissão, Barroso, o chamou de "opção nuclear" (COMISSÃO EUROPEIA, 2013, p. 1). Com efeito, não só as regras de votação são muito rígidas, com condições quase impossíveis de serem cumpridas na prática, mas também o procedimento não obedece a nenhum calendário vinculativo e o Conselho não está sujeito a qualquer mandato judicial. Além disso, o artigo 7.º do TUE, sem dúvida, padece de uma fase intermédia que permita uma aplicação mais gradual da eventual sanção.

Atualmente, ou o procedimento não é iniciado ou, caso seja iniciado, não se traduz em resultados, como a perda de direitos no Conselho, dada a unanimidade exigida. Nesse sentido devem ser consideradas sanções menos graves, entretanto mais realistas e, portanto, potencialmente mais eficazes. (BONNECARRÈRE E LECONTE, 2021, p. 42).

Por último, convém destacar os mecanismos de natureza política que a UE também possui para a proteção do Estado de Direito. Nas Orientações Políticas da Comissão Europeia de 2019 a 2024, publicadas pela atual Presidenta Ursula von der Leyen, enfatiza-se que “o reforço do Estado de Direito é uma responsabilidade partilhada por todas as instituições da UE e por todos os Estados-membros e se apresenta o estabelecimento de um novo mecanismo europeu abrangente em matéria de Estado de Direito que seja aplicável à toda UE, com a elaboração de um relatório anual objetivo pela Comissão”. (VON DER LEYEN, 2019, p. 17).

O mecanismo é concebido como um processo anual de promoção do Estado de Direito e de identificação do aparecimento ou agravamento de possíveis ameaças, com base num diálogo entre a Comissão, o Conselho e o Parlamento Europeu em conjunto com os Estados-membros, os parlamentos nacionais, a sociedade civil e outras partes interessadas, como a Comissão de Veneza do Conselho da Europa. O Relatório sobre o Estado de Direito constitui o principal instrumento deste novo processo.

Este mecanismo reforça e complementa outros instrumentos da UE: o Painel de Avaliação da Justiça da UE, uma ferramenta de informação comparativa anual destinada a ajudar a UE e os seus Estados-membros a melhorarem a eficácia dos sistemas judiciais nacionais, fornecendo objetivos de dados fiáveis e comparáveis entre vários indicadores relevantes para a avaliação da eficiência,

qualidade e independência dos sistemas judiciários em todos os Estados-membros (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, p. 1); o Semestre Europeu, pelo qual são consideradas questões relacionadas com o Estado de Direito, na medida em que têm impacto sobre o ambiente empresarial, o investimento, o crescimento econômico e o emprego; e o instrumento financeiro da UE *Next Generation*, recentemente adotado, que, ao introduzir a condicionalidade financeira, “incentiva os Estados-Membros a levarem a cabo reformas estruturais nas áreas em que atua”. (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, p. 3).

Recorde-se que, em maio de 2018, sob a presidência de Juncker, a Comissão apresentou uma proposta de regulamento para reduzir ou suspender o financiamento da UE se um Estado-membro não respeitar o Estado de Direito (COMISSÃO EUROPEIA, 2018). Ligar o Estado de Direito aos fundos europeus tem sido o principal objetivo das negociações para superarem o veto da Hungria e da Polónia ao Fundo de Recuperação da UE *Next Generation* e aos orçamentos da UE. O veto foi vencido, após pressões exercidas principalmente pela Alemanha, com uma concessão mínima: uma declaração do Conselho Europeu pela qual se compromete a aplicar o Regulamento que condiciona as ajudas ao respeito ao Estado de Direito de forma justa e não discriminatória. (CONSELHO EUROPEU, 2021, p. 1).

2. A APLICAÇÃO DOS MECANISMOS PARA A PROTEÇÃO DO ESTADO DE DIREITO ÀS POLÍTICAS MIGRATÓRIA, DE ASILO E DE GESTÃO DAS FRONTEIRAS

Perante um cenário marcado pelo encerramento indiscriminado das fronteiras nacionais por razões de saúde pública e de segurança nacional, o Tribunal de Justiça da União Europeia, na sua qualidade de intérprete supremo do Direito comunitário, pronunciou-se sobre o carácter vinculativo e a subjacente solidariedade das normativas comumente adotadas em matéria migratória e de asilo e sobre os limites do exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-membros em matéria de manutenção da ordem pública e de salvaguarda da segurança interna como pretexto para a não aplicação da normativa adotada no espaço de liberdade, segurança e justiça da EU. (Artigo 75º do TFUE).

Recorde-se que, numa posição coerente e estratégica em defesa do Estado de Direito e da obrigatoriedade das normas jurídicas comunitárias, em dezembro de 2017, a Comissão Europeia decidiu iniciar uma ação contra a República Checa, a Hungria e a Polónia no Tribunal de Justiça da União Europeia por se recusarem a cumprir as decisões adotadas pelo Conselho em setembro de 2015 para a recolocação temporária dos requerentes de proteção internacional, momento em que mais de um milhão de migrantes tinham chegado à Europa, a maioria fugindo da guerra da Síria e do Iraque.

No final, apenas cerca de 40.000 requerentes de proteção internacional conseguiram ser realocados, falhando a tentativa de distribuir as responsabilidades de forma equitativa, em coerência com o artigo 80 do Tratado sobre o Funcionamento da UE, e causando uma das principais crises políticas da União Europeia da última legislatura, enquanto a questão migratória se consolidou como um fator-chave no reconhecimento eleitoral dos partidos nacionalistas, xenófobos e de extrema direita.

Na recente decisão, emitida em 2 de abril de 2020, o Tribunal de Luxemburgo estimou os recursos por incumprimento apresentados pela Comissão contra estes três Estados-membros por violação das suas obrigações ao abrigo do Direito da União “por não indicar periodicamente, e, pelo menos, de três em três meses, um número adequado de requerentes de proteção internacional que podiam ser recolocados rapidamente no seu território, nem, por conseguinte, as posteriores obrigações de recolocação que lhes incumbiam”. (TJUE, 2020, C-715/17, C-718/17 e C-719/17²).

Por seu turno, o TJUE estabeleceu um critério jurisprudencial que, sem dúvida, iluminará os casos presentes e futuros em que a política migratória da UE volte a enfrentar-se ao binômio, cada vez mais conflituoso e que tanto dividiu os Estados-membros nos últimos anos na política migratória e de asilo, entre a necessária solidariedade coletiva perante a segurança interna nacional e a ordem pública.

Neste sentido, diante da defesa apresentada pelos governos da Polónia e da Hungria por intermédio da qual justificavam a não aplicação das referidas regras comunitárias na manutenção da ordem pública e na salvaguarda da segurança nacional, o Tribunal do Luxemburgo rejeitou a possibilidade de argumentar tais motivos de uma forma generalizada. Assim, sublinhou que, no domínio da recolocação dos requerentes de proteção internacional, “os motivos razoáveis para considerar um requerente de proteção internacional como um perigo para a segurança nacional ou ordem pública só podem ser invocados pelas autoridades do Estado-membro de recolocação se existirem motivos coerentes, objetivos e precisos que permitam suspeitar que o requerente em causa representa um perigo dessa natureza, atual ou potencial”.

Outra aplicação recente de um mecanismo de proteção do Estado de Direito na União Europeia, é a que vincula a defesa deste valor jurídico ao cumprimento da normativa migratória e do asilo na União Europeia, sendo este um caso de natureza política resultando na publicação do primeiro “Relatório sobre o Estado de Direito na UE”, em setembro de 2020. Este Relatório constitui uma das

² Artigo 5.º, n.º 2, da 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, e artigo 5.º, n.º 2 da 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.

principais iniciativas do programa de trabalho da Comissão atual e faz parte do mecanismo europeu abrangente sobre o Estado de Direito anunciado nas mencionadas Orientações Políticas da Comissão.

Em grande parte, em resposta ao chamado retrocesso democrático, a Comissão centra-se neste relatório para a análise de vários domínios em cada Estado-membro, abrangendo quatro pilares principais, quais sejam, sistemas judiciais nacionais, luta contra a corrupção, pluralismo político e liberdade de comunicação, também se atentando a outras questões institucionais relacionadas aos controles essenciais para um sistema eficaz de governança democrática. (VASILIKI E HOWARTH, 2020).

O primeiro relatório sobre o Estado de Direito na UE concluiu que o Estado de Direito enfrenta desafios significativos em alguns Estados-membros, especialmente na Hungria e na Polónia, onde os sistemas judiciais estão ameaçados. O Relatório também expressa sua preocupação com a independência do sistema judicial e da corrupção na Bulgária, Croácia, República Tcheca, Hungria, Malta, Romênia e Eslováquia. Conforme esperado, a Hungria rejeitou imediatamente o Relatório como irrelevante e tendencioso, argumentando que eles estão sendo injustamente atacados com constantes acusações discriminatórias da União Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2020). Além disso, o Relatório destaca que na Itália algumas ONGs, especialmente no que diz respeito a certas questões, como a migração, estão sendo objeto de campanhas de difamação. Do mesmo modo, sublinha que, na Grécia, algumas organizações da sociedade civil ativas no domínio da migração expressaram preocupações relacionadas com a redução do seu espaço de ação. (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, p. 28).

3. A REVISÃO DA COERÊNCIA INTERNA E EXTERNA DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS, DE ASILO E DE GESTÃO DAS FRONTEIRAS DA UNIÃO EUROPEIA

Desde o Acordo de Schengen, de 1985, quando “a livre circulação num espaço sem fronteiras internas exigiria uma gestão comum, ou pelo menos harmonizada, das fronteiras externas da UE, bem como a afirmação de uma política comum migratória e de asilo” (SANAHUJA, 2016, p. 16), até o atual Tratado de Lisboa de 2009, pelo qual o regime de distribuição de competências dos pilares do Tratado de Maastricht desaparece, reconhecendo tanto o processo legislativo ordinário para todas as questões migratórias e de asilo, como a faculdade do Tribunal de Justiça da UE para se pronunciar nestas matérias, avançou-se na construção de uma política comum migratória e de asilo que se tornou um modelo de política fragmentado onde convergem e divergem instrumentos e medidas de vários tipos e naturezas em matéria de migração, asilo e controlo de fronteiras (DÍAZ LAFUENTE, 2020, p. 480).

Um dos principais fatores, como destacado por Sanahuja (2016), que mais afetou a resposta à recente crise migratória foi a limitada atribuição de poderes à UE e a permanência de vários aspectos centrais das políticas de migração, asilo e controle de fronteiras, muito sensível aos ciclos políticos e eleitorais.

Nesse sentido, é apropriado estabelecer uma diferença entre política de migração e política de asilo. Se, por um lado, a política de migração deve superar a sua visão de curto prazo e sua limitação a questões de segurança e controle de fronteiras para, a partir de uma abordagem abrangente, poder repensar o próprio modelo político de forma que responda às necessidades demográficas e laborais da UE a longo prazo e as razões subjacentes aos movimentos migratórios e os deslocamentos, a política de asilo, por sua vez, exige uma revisão dos instrumentos para alcançar o cumprimento efetivo das obrigações jurídicas internacionais, a repartição equitativa dos encargos e a defesa da solidariedade entre os Estados.

Assim, em primeiro lugar, recorde-se que o Título V (“Espaço de liberdade, segurança e justiça”) do Tratado de Lisboa confere às Instituições da UE faculdades para legislar sobre o regime de vistos de longa duração para migrantes e seus familiares, bem como suas medidas de integração social. Graças a esta disposição, a UE adotou normativas relativas aos requisitos de entrada e de residência de estrangeiros para efeitos de investigação, estudos, estágios, voluntariado, programas de intercâmbio estudantil ou projetos educativos, no âmbito das transferências dentro das empresas, para a contratação de trabalhadores temporários e para a contratação de estrangeiros altamente qualificados (o chamado "cartão azul").

Cabe perguntar-nos se, a partir desta competência atribuída, se podem ser adotados mais mecanismos de entrada regular de estrangeiros para evitar as máfias, o tráfico e o número de mortes no Mediterrâneo e, ao mesmo tempo, se pode melhorar a utilização da digitalização e das novas tecnologias para uma correspondência ideal entre o número de migrantes que tentam chegar à Europa e as necessidades demográficas e laborais na Europa³.

Outro dos domínios em que a UE já atribuiu competência, embora não tenha competência para harmonizar as legislações e regulamentações nacionais, é na promoção e apoio à ação dos Estados-membros com vista à integração dos nacionais de terceiros países que residem regularmente em seu território. Ressalta-se a relevância da inclusão social dos migrantes e o consequente

³ Um exemplo pode ser a modernização necessária que pode ser realizada no sistema de visto para os migrantes que desejam entrar na UE por motivos de trabalho. Um sistema de visto atualizado deve ser capaz de detectar, por meio do *big data*, aqueles setores do mercado de trabalho em que poderia haver um certo déficit de trabalho ou um excesso de oferta de trabalho. Da mesma forma, as pessoas interessadas em vir à Europa para trabalhar em um sistema digitalizado deve ser capaz de apresentar o seu interesse às ofertas existentes na Internet, nas Delegações da UE nos seus países de origem, ou nos possíveis gabinetes de migração da UE criados para o efeito.

investimento financeiro necessário em programas e ações para esse fim, preconizando um modelo de política migratória cujo foco principal, além do controle de fronteiras e da entrada de migrantes, radique na adoção de políticas públicas de promoção efetiva dos direitos socioeconômicos que tenham como objetivo último o combate à xenofobia e à discriminação, em consonância com o disposto na Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Como enfatiza Pinyol-Jiménez, a parcialização, a desconfiança e a lentidão têm acompanhado o debate sobre a migração na UE, sobre as quais planejam questões maiores, como as condições de vida dos migrantes no território União Europeia, seus direitos e sua incorporação nas sociedades de acolhimento (2019).

Esta é uma área em que a UE já tem competência e na qual deve avançar para garantir a sustentabilidade da política migratória e de asilo. Nesse sentido, o investimento financeiro em programas de educação é essencial, incluindo aqueles que buscam a formação de idiomas, a inclusão de crianças migrantes nos sistemas educacionais, a formação de professores e a promoção da educação em valores. Da mesma forma, devem ser repensados programas e ações de empregabilidade e qualificação profissional que promovam a inserção no mercado de trabalho, bem como programas de acesso à moradia básica e serviços de saúde e programas de promoção da participação ativa na sociedade (CONSELHO EUROPEU DE REFUGIADOS E EXILADOS, 2020, pp. 1-14),

Em segundo lugar, e dadas as lacunas existentes no regime de atribuição de competências em matéria migratória, poderia ser considerada a eventual revisão do Direito primário da UE neste domínio, em consonância com a resolução do Parlamento Europeu sobre a Conferência sobre o Futuro da Europa que, ao contrário da posição inicial do Conselho e da Comissão, apresenta é apresentada como objeto possível da mesma (PARLAMENTO EUROPEU, 2020).

Por um lado, há que recordar que os Estados-membros continuam mantendo o direito de determinar o número de migrantes que desejam residir no seu território, questão que fragiliza a coerência da política migratória da UE, dado o peso diferenciado dos encargos que devem assumir os Estados com base em suas características geográficas e dadas as dificuldades existentes para alcançar um consenso efetivo e solidário a esse respeito. Sem dúvida, esta é uma questão que deve ser revista para a construção de um modelo de política migratória mais eficiente, centralizado e, essencialmente, comum da UE, mas que, em última instância, depende da vontade política de cada Estado da UE.

Ao mesmo tempo, e apesar do fortalecimento das capacidades operacionais da Frontex, a anterior Comissão Juncker criou uma Agência Europeia da Guarda Costeira e de Fronteiras, com maior dotação de recursos humanos e materiais, dotação que continuará a crescer em função dos compromissos assumidos pela nova Comissão Von der Leyen, não há dúvida de que uma verdadeira política comum migratória requer uma revisão do regime de competências no domínio do controle

das fronteiras. Nesse sentido, como aponta Goig Martínez, “a realidade nos mostra que o controle e a vigilância das fronteiras ainda estão nas mãos de cada Estado; que FRONTEX apoia o trabalho de vigilância, mas não dispõe de meios próprios, e que os países não fronteiriços podem limitar o Espaço Schengen” (2015, p. 218).

Devem ser feitos progressos no sentido da criação de um verdadeiro Serviço Europeu de Fronteiras de caráter federalizado, que poderia incluir uma Guarda Costeira Europeia com pessoal, meios e infraestruturas próprios. Este novo serviço centralizado, segundo Betts e Collier, deveria ir além das atuais operações de "apoio" aos Estados-membros, podendo reconhecer a responsabilidade direta e independente da gestão da fronteira comum da União Europeia, integrando, por sua vez, todas as forças nacionais relevantes em um sistema de controle das fronteiras federalizado (2018, p.3).

Em qualquer caso, as prioridades da UE devem partir do imperativo de salvar vidas e garantir a dignidade e os direitos humanos de todos os migrantes e requerentes de asilo. É essencial que a proteção dos direitos humanos seja abordada de forma eficaz e interseccional, prestando a devida atenção às múltiplas vulnerabilidades que existem ao longo do processo migratório e de asilo.

O reconhecimento da vulnerabilidade, no atual quadro normativo e institucional da política migratória e de asilo da União Europeia, como categoria que obriga os Estados-membros a identificarem determinados fatores específicos dos requerentes de asilo e refugiados, e as consequentes medidas de adoção e garantias especiais no acolhimento e no procedimento de asilo, é, em princípio, compatível com o valor da igualdade reconhecido no Direito primário da União (artigo 2 do TUE), na sua dimensão material e substantiva.

Nesse sentido, a recente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, em processos como o da *Comissão Europeia c. Hungria*, de 17 de dezembro de 2020, ou no processo *Haqbin*, de 12 de novembro de 2019, tem reconhecido a vulnerabilidade de certos grupos de requerentes de asilo, abordando principalmente não as características internas de tais grupos, mas as deficiências sistêmicas dos procedimentos de asilo para o acesso efetivo à proteção internacional e as condições de acolhimento de certos Estados-membros equivalentes a um tratamento desumano ou degradante proibido pela Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Segundo o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, a violação dos direitos dos migrantes e refugiados é uma realidade alarmante que tem aumentado nos últimos anos. As pessoas que conseguem entrar de forma irregular nos Estados-membros da UE são frequentemente criminalizadas, detidas e expulsas mesmo para países onde correm o risco de serem perseguidas e torturadas, em violação do princípio fundamental do direito à não repulsão (MIJATOVIC, 2020).

Tudo isso tem o objetivo principal de alcançar o equilíbrio necessário entre a legítima faculdade dos Estados membros de controlar suas fronteiras e garantir a segurança, com o cumprimento das obrigações jurídicas internacionais adquiridas (DÍAZ LAFUENTE, 2020, p. 482). Ao longo deste percurso, deve-se promover uma coordenação eficaz de busca e saída no transporte marítimo, promover a cooperação eficaz com as ONG, estabelecer mecanismos de prevenção e controle das violações dos direitos humanos através da cooperação com países terceiros e garantir o estabelecimento de rotas seguras e legais acessíveis à Europa. Ao mesmo tempo, deve-se questionar a adoção de medidas alternativas à detenção de migrantes, de acordo com os repetidos pronunciamentos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos⁴ e dos Comitês das Nações Unidas criados ao abrigo do Tratado de Direitos Humanos⁵.

De acordo com a jurisprudência estabelecida do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a detenção administrativa de migrantes, para efeitos de controle das fronteiras, ao abrigo do artigo 5.1.f da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, deve sempre constituir uma medida de último recurso, devendo ser evitada por qualquer meio e executada em total conformidade com as obrigações internacionais dos Estados (processo *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, 2011, p. 216).

Em segundo lugar, um novo modelo das políticas migratórias e de asilo baseadas na promoção do Estado de Direito exige a revisão do sistema de distribuição de "cotas", bem como o desenvolvimento de novos instrumentos para garantir e incentivar o cumprimento da normativa comumente aceita.

Nesse sentido, a realocação dos requerentes de asilo deve ser estabelecida de forma vinculativa com base em uma fórmula de distribuição equitativa, que possa ser adaptada progressivamente, e que leve em consideração fatores como o PIB, a população, as taxas de desemprego e a proporção de pedidos de asilo recebidos nos Estados-membros. Nesse sentido, a distribuição equitativa poderia ser controlada por uma Agência Europeia de Asilo, herdeira do Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (EASO), com a faculdade de emitir um Documento de Identidade de Asilo da UE válido para o espaço Schengen, e com recursos suficientes para avaliar diretamente os pedidos de asilo em fronteiras da União Europeia.

⁴ Ver, entre outros, os processos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: *Suso Musa c. Malta, O.M. c. Hungria, Saadi c. o Reino Unido, Z.A. e outros c. Rússia, Nolan e K. c. Rússia, Khlaifia e outros c. Itália, Mathloom c. Grécia, M.S.S. c. Bélgica e Grécia, Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta; Abdi Mahamud . Malta, Rahimi . Grécia; YohEkale Mwanje c. Bélgica, O.M. c. Hungria, Moustahi c França.*

⁵ Ver o Comentário Geral Conjunto N° 4 (2017) do Comitê dos Direitos da Criança e do Comitê de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e seus Familiares sobre as obrigações dos Estados em relação aos direitos humanos das crianças no contexto da migração internacional nos países de origem, trânsito, destino e retorno. 16 de novembro de 2017.

Outro dos desafios pendentes e, possivelmente, um dos desafios que pode gerar maior impacto na adoção de medidas equitativas e na melhoria da gestão das políticas migratória e de asilo, reside no desenvolvimento de procedimentos de registo, comunicação e partilha de dados. De acordo com Di Salvo e Barslund, a natureza limitada, desatualizada e insuficiente dos dados restringe o nível da análise detalhada em qualquer emergência e, portanto, envolve o risco de enfraquecimento do processo de tomada de decisão e, potencialmente, a eficiência da ação política (2020, p.2).

A melhora do sistema de dados e estatísticas seria consistente com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, cuja meta 17.18 incentiva esforços para aumentar a disponibilidade de dados de alta qualidade, oportunos e confiáveis, também desagregados pelo status migratório. Além disso, é uma questão que já está na agenda política da UE desde que, em maio de 2018, a Comissão apresentou uma proposta de Regulamento sobre estatísticas comunitárias no domínio da migração e da proteção internacional (COMISSÃO EUROPEIA, 2018)⁶.

Paralelamente, deve ser proposta a adoção de um mecanismo de supervisão baseado na avaliação periódica de determinados indicadores, seguindo o modelo utilizado para a avaliação do Pilar Social Europeu, com relatórios periódicos fundamentados em dados atualizados, que servem para poder conhecer em pormenor as contribuições dos Estados-membros à todas as áreas das políticas migratórias e de asilo e servir de base para a discussão no Conselho (por exemplo, no regime da tomada de decisões sobre as dotações orçamentais da UE) e para ajudar na aplicação eficaz do princípio da solidariedade e da responsabilidade partilhada (DÍAZ LAFUENTE, 2021, p. 482).

Além disso, poderia ser indicada em consonância com a proposta de regulamento sobre a proteção do orçamento da União Europeia em caso de deficiências generalizadas do Estado de Direito nos Estados-membros, uma das medidas mais inovadoras da ex-Comissão Junker e que a atual Presidente Von der Leyen reforçou em sua agenda política⁷: a possibilidade de restringir o acesso a

⁶ Ver a Proposta da Comissão Europeia de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 862/2007, sobre as estatísticas comunitárias no domínio da migração e da proteção internacional. Bruxelas, 16.5.2018.COM (2018) 307 final.

⁷ Ver a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção do orçamento da União em caso de deficiências generalizadas do Estado de direito nos Estados-membros COM / 2018/324 final.

fundos comunitários por parte dos Estados-membros em casos de não cumprimento da normativa migratória e de asilo.

Embora o espírito da proposta busque a defesa do Estado de Direito contra suas violações, a falta de correção ou sanção de decisões arbitrárias ou contrárias à lei por parte dos governos dos Estados-membros, como o não cumprimento da normativa em matéria migratória e de asilo comumente aceita, deveria constituir uma deficiência generalizada na proteção do Estado de Direito, em linha com o estabelecido na referida proposta de Regulamento, com a consequente suspensão ou redução dos pagamentos ao orçamento da UE e a proibição de contrair novos compromissos jurídicos.

Finalmente, seria conveniente rever a dimensão externa da coerência da política migratória e de asilo com a defesa do Estado de Direito. Nesta área, é oportuno repensar o Acordo da União Europeia com a Turquia, concluído em julho de 2016, que, à luz dos últimos acontecimentos entre o governo turco de Edrogan e a UE, exige uma revisão com base no reconhecimento e cumprimento de responsabilidades recíprocas e na observância das normas internacionais de direitos humanos (PIRI, 2020).

As relações com terceiros países de origem ou de trânsito são fundamentais para a gestão dos fluxos migratórios. As prioridades relacionadas com a migração e o asilo já se encontram integradas nos objetivos da ação externa da UE, conforme estabelecido na Estratégia Global para a Política Externa e de Segurança da União Europeia (Conselho Europeu, 2016). Do mesmo modo, tem sido implementada progressivamente a Abordagem Global para a Migração e Mobilidade com o objetivo de desenvolver uma agenda que tenha em conta interesses comuns e busque melhorar a coerência entre as políticas com dimensão externa (NUTALL, 2005, p. 110).

No entanto, como de Bruycker enfatiza, a implementação de tal abordagem permanece em um estado inicial e incompleto. Em vez de criar parcerias genuínas, as relações com terceiros países radicam na gestão das tensões existentes, dando a UE prioridade às questões como o regresso e a readmissão (2019, p. 3). Pode-se afirmar que o nexo entre a política de migração e a política de desenvolvimento ainda está pendente.

Ao mesmo tempo, devemos refletir sobre o papel que a UE pretende assumir na governança das migrações a nível global, como potencia normativa internacional (MANNERS, 2002, p. 235), promovendo, em primeiro lugar, o reforço da coerência vertical da sua liderança no âmbito das Nações Unidas (MELIN, 2019), após a oportunidade perdida de se manifestar na Conferência

Intergovernamental sobre o Pacto Global sobre Migração, realizada em Marrakech em 2018, e, posteriormente, na Assembleia Geral da ONU, dado que três Estados-membros votaram contra (Hungria, Polônia e República Checa) e cinco se abstiveram (Áustria, Itália, Letônia, Romênia e Eslováquia) em comparação com os outros 19 Estados-membros da UE que o ratificaram.

Deve ser lembrado que o artigo 21º do TUE estabelece os princípios em que se assenta a ação externa da UE e os seus objetivos, que incluem: a defesa dos seus valores, interesses fundamentais, segurança, independência e integridade, a consolidação da democracia, o Estado de Direito, os direitos humanos e os princípios do direito internacional e a manutenção da paz, a prevenção de conflitos e o reforço da segurança internacional.

Neste sentido, a coerência do modelo de política de migração e asilo deve ser promovida também na sua dimensão externa com o cumprimento dos valores que o identificam, a promoção de uma resposta abrangente aos fatores subjacentes à migração, incluindo os efeitos das alterações climáticas, desastres naturais e crises socioeconômicas, a articulação eficaz da política de migração com a política de desenvolvimento, consistência na cooperação em matéria de regresso, readmissão, integração e reintegração com os países de origem e promoção da luta internacional contra o tráfico de seres humanos.

CONCLUSÕES

Ao longo da integração europeia, a proteção do Estado de direito emergiu como uma dimensão central da identidade da União Europeia (MAGEN, 2016, p. 1055), não apenas como elemento fundamental do DNA da UE, comum a todos Estados-Membros, mas como critério para a adesão dos países candidatos à UE, e como um elemento-chave da identidade externa da UE como uma potência normativa internacional.

Perante um cenário marcado por graves desacordos entre os Estados-Membros, conseqüente imobilidade dentro do Conselho, a ascensão dos partidos políticos nacionalistas, populistas e xenófobos e as recentes restrições ao nosso liberdades, como liberdade de movimento ou liberdade de reunião, para lidar com o pandemia produzida pela COVID-19, o estado de direito deve ser respeitado, e respeitar, de forma unânime, efetiva e garantir se não queremos expor o projeto de integração europeia diante um labirinto de difícil saída em que se pode perder a razão último que legitima a sua existência: a promoção da democracia e o respeito pela direitos humanos (GUINEA LLORENTE e DÍAZ LAFUENTE, 2019, p.118).

Quando abordamos a política de imigração e asilo da União Europeia, não podemos esquecer que, em primeiro e último lugar, além da necessária reflexão sobre o modelo político e os instrumentos e medidas que o integram, estamos falhando em relação ao cuidado com as vidas humanas. Segundo a Agência Eurostat, mais de 22,4 milhões de migrantes residem no território da União Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2021). Em 2020, de acordo com as estimativas da Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira, 124.000 pessoas entrarão de forma irregular em nossas fronteiras (FRONTEX, 2021) e, de acordo com o Serviço de Estatística da União Europeia, o número de requerentes de asilo pelos Estados-membros da UE foi de 416.600 (EUROSTAT, 2020). Infelizmente, segundo a Organização Internacional para as Migrações, de 2014 ao final de 2020, 19.050 migrantes morreram no mediterrâneo tentando cruzar nossas fronteiras em busca de um futuro melhor (IOM, 2021).

A defesa do Estado de direito deve servir de ponte para o entendimento comum e como valor fundamental para defesa do patrimônio jurídico de toda a Europa. Nas palavras de Weber, “o princípio do Estado de Direito, em seus elementos fundamentais, pode ser considerado um patrimônio do Estado constitucional tanto nos Estados da Europa Ocidental como nos novos Estados constitucionais da Europa Central e Oriental” (2008, p. 58). No entanto, a análise deste mosaico de mecanismos de proteção do Estado de Direito na UE evidencia uma série de fragilidades e desafios que devem ser superados diante um cenário fragmentado entre os diversos Estados-membros em relação à observância do Estado de direito em matéria de política migratória, de asilo e de gestão das fronteiras.

Perante um regime regulatório e institucional, incompleto e disfuncional, e uma governança das políticas migratória e de asilo centradas principalmente na adoção de medidas de curto prazo e na “terceirização” de responsabilidades por meio de acordos com terceiros, como o disputado acordo com a Turquia; diante da divisão existente entre os Estados-membros na distribuição conjunta de responsabilidades e no cumprimento da normativa comum, uma divisão que paralisa o processo legislativo no Conselho e reduz a coerência da UE como ator global; perante a preocupação gerada entre os cidadãos europeus e o aumento dos crimes de ódio e de xenofobia; e, principalmente, diante da quantidade de pessoas migrantes que continuam arriscando suas vidas para cruzar nossas fronteiras, devemos considerar que modelo de política migratória e de asilo precisamos e queremos construir com base em uma autêntica coerência com os valores que constituem a identidade e legitimam a própria existência da União Europeia.

Duas décadas após a criação da área de segurança, liberdade e justiça, no Conselho Temperado de outubro de 1999, o novo cenário gerado pela pandemia COVID-19, que nos coloca diante de um novo cenário regido pelas questões de biossegurança, pelos efeitos socioeconômicos ainda incertos,

pelo fortalecimento das fronteiras nacionais e pela retomada das relações de poder entre os Estados, obriga-nos a superar a retórica preeminente e a incoerência entre os valores que a UE defende e as posições exercidas por vários dos Estados-membros em matéria de política migratória e de asilo. A atual crise sanitária transnacional pode servir para o renascimento de uma solidariedade genuína, fruto da consciência da nossa própria vulnerabilidade, a mesma solidariedade que deu origem ao projeto europeu forjado nas cinzas da Segunda Guerra Mundial.

Neste sentido, podemos concluir que resulta necessária uma reflexão participativa e conjunta sobre um modelo coerente das políticas migratória e de asilo. Um novo modelo que, avançando na via do federalismo europeu, parta do estabelecimento de objetivos comuns e do reforço do sistema de competências, sirva para uma governança coerente da política migratória, com mecanismos modernos, eficientes e equitativos de controle do cumprimento por parte dos Estados-membros, e que persiga uma ação política consistente com a defesa do Estado de Direito reconhecendo de forma abrangente em seu epicentro político e regulatório, agora mais do que nunca em tempos de crise, a dignidade das pessoas e o respeito e promoção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BETTS, Alexandre; COLLIER, Paul. How Europe Can Reform Its Migration Policy? The Importance of Being Sustainable. In: **Foreign Affairs**, v. X, out. 2018.

ALBRECHT, Häns-Jorge. Fortress Europe - Controlling Illegal Immigration? In: **European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice**, v. 10, n. 1, 2002.

CALOZ-TSCHOPP, Marie-Claire. La création de la démocratie et de l’asile par l’action politique contre le néo-libéralisme sécuritaire”. In: **Europe and refugees: a challenge. L’Europe et les réfugiés: un défi?** Kluwer Law International: La Haya. 1997.

COMISSÃO EUROPEIA. **Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho**. Comunicación. 2014. 158 final.

COMISSÃO EUROPEIA. **Informe sobre el Estado de Derecho en 2020 Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea**. Comunicación, 2020, 580 final.

COMISSÃO EUROPEIA EUROSTAT. **Migration and migrant population statistics**. Março de 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional**. Bruselas, 16.5.2018. COM (2018) 307 final 2018/0154 (COD).

CONSELHO EUROPEU DE REFUGIADOS E EXILADOS. **The concept of vulnerability in European asylum procedures.** AIDA. Asylum Information Database, 2017

CONSELHO EUROPEU. **Decisión (UE) 2015/1601, de 22 de septiembre de 2015, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia (DO 2015, L 248).** Decisión (UE) 2015/1523, de 14 de septiembre de 2015, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia (DO 2015, L 239).

CRAWLEY, Heaven; SKLEPARIS, Dimitri. Refugees, migrants, neither, both: categorical fetishism and the politics of bounding in Europe's 'migration crisis. In: **Journal of Ethnic and Migration Studies**, v. 44, n. 1.

MIJATOVIC, Dunja. Comisaria para los Derechos Humanos del Consejo de Europa. **Carta emitida al Vice-Presidente Schinas de la Comisión y a la Comisaria Johansson.** CommHR/DM/sf 008-2020. 9 mar. 2020.

DÍAZ LAFUENTE, José. **Asilo y refugio por motivos de orientación sexual e identidad de género.** Series Cuadernos del Congreso, 2016.

DIAZ LAFUENTE, José. El debate sobre la política migratoria y de asilo en la Conferencia sobre el futuro de Europa. In: ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco. **El debate ciudadano en la Conferencia sobre el futuro de Europa.** Madrid, Marcial Pons, 2020

CONSELHO EUROPEU DE REFUGIADOS E EXILADOS. Promoting socio-economic inclusion of migrants and refugees in the next EU budget (2021 - 2027). 2020.

FINEMAN, Martha Albertson. The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. In: **Yale Journal of Law and Feminism**, v. 20. n. 1, 2020.

PINYOL-JIMÉNEZ, Gemma. Deconstrucción de la política europea de inmigración. In: **Política Exterior**, n. 187, jan.-fev., 2019.

GARCÍA ORTIZ, Adrián. "La defensa del Estado de Derecho en la Unión Europea. Una valoración con motivo de la crisis polaca". In: PÉREZ MIRAS, Antonio, *et al.* (Dirs.). **Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española, v. I: Balances y perspectivas en la Europa constitucional.** Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

GUINEA LLORENTE, Mercedes et DÍAZ LAFUENTE, José. **El cumplimiento de la comisión con sus ciudadanos.** Madrid: Marcial Pons, 2019.

HÄBERLE, Peter. Europa como comunidad constitucional en desarrollo. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, n. 1, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo. **Debats: Revista de cultura, poder i societat**, n. 39, 1992.

HOCMANN, Thomas. La Cour européenne des droits de l'homme face aux démocraties illibérales. Pour une application de l'article 17 contre les États. **Revue française de Droit Administratif.** Dalloz, 2020.

HRUSCHKA, Constantin; LEBOEUF, Luc. Vulnerability. A buzzword or a standard for migration governance? **Population Europe**. Policy Brief, n. 20, 2019.

SANAHUJA, José Antonio. La Unión Europea y la crisis de los refugiados: fallas de gobernanza, securitización y ‘diplomacia de chequera. In: MESA, Manuel. (Coord.) **Retos inaplazables en el sistema internacional**. Fundación de Cultura de Paz/CeiPaz. Madrid, 2016.

GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel. ¿Una política común de inmigración en la unión europea? Evolución, retos y realidades. **Revista de Derecho de la Unión Europea**, n. 29, jul. - dic., 2015.

PIRI, Kati. Blame Europe, not just Turkey, for migration deal collapse. **Politico**. 2020.

KRZYWOŃ, Adam. La crisis constitucional en Polonia (2015-2017): como cuestionar el sistema de equilibrio constitucional en dos años”. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 41, 2018.

LA SPINA, Encarnación. Situaciones de vulnerabilidad vs. exclusión para los inmigrantes en el contexto sureuropeo de crisis económica. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, n. 34. 2016.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Francisco. El caso de Polonia en la UE: retrocesos democráticos y del Estado de Derecho y «dilema de Copenhague»”. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 38, 2016.

LUCAS AREIZAGA, Sofia. La salvaguarda del Estado de Derecho en la UE. In: PÉREZ MIRAS, Antonio *et al.* (Dir.). **Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española**, vol. I: Balances y perspectivas en la Europa constitucional. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020.

DI SALVO, Mattia e BARSLUND, Mikkel. Migration Policy Scoreboard: A Monitoring Mechanism for EU Asylum and Migration Policy. **Migration Policy Centre Policy Brief**. European University Institute. Issue 2020/11, 2020.

MAGEN, Amichae. Cracks in the Foundations: Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU. **Journal of Common Market Studies**, v. 54, n. 5, 2017.

MANNERS, Ian. Normative Power Europe: a contradiction in terms? **Journal of Common Market Studies**, v. 40, n. 2, 2002.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Estadísticas extraídas última vez el 30 jun. 2021. Disponible en: <https://www.iom.int/news/mediterranean-migrant-arrivals-reach-76558-2019-deaths-reach-1071>. Acceso en: 30 jun. 2021.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. Flow monitoring. Consultado última vez el 30 de junio de 2021. Disponible en: <https://migration.iom.int/europe>. Acceso en: 30 jun. 2021.

DE BRUYCKER, Philippe et al. Towards a New European Consensus on Migration and Asylum. **Annual conference From Tampere 20 to Tampere 2.0: Towards a new programme (2020-2024) for EU Migration and Asylum Policies 20 years after the Tampere conclusions**, European Policy Centre. Helsinki 24 y 25 oct. 2019.

- MELIN, Pauline. The Global Compact for Migration: Lessons for the Unity of EU Representation. **European Journal of Migration and Law**, v. 21, 2019.
- PECH, Laurent. A Union Founded on the Rule of Law. Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law. **European Constitutional Law Review**, v. 6, 2010.
- FERRERO-TURRIÓN, Ruth. The EU Multifaceted Crisis Refugees and Migration as a Factor of EU Transformation. **EMed. Mediterranean Yearbook**. 2019.
- RIPOL CARULLA, Santiago. Unión Europea y fortalecimiento y defensa del Estado de Derecho. **Anuario Español de Derecho Internacional**, v. 34, 2018.
- NUTTALL, Simon. Coherence and Consistency. In: HILL, Christopher y SMITH, Michael (eds). **The European Union and International Relations**. Oxford University Press, Oxford, 2005.
- TRUJILLO HERRERA, Raúl. **La Unión Europea y el Derecho de Asilo**. Dykinson, Madrid, 2003.
- VASILIKI, Paola e HOWARTH, Eponine. The European Commission's Rule of Law Report: a key tile in the mosaic of rule of law protection in the EU. **The European Blog**. 2020. Disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2020/10/22/the-european-commissions-rule-of-law-report-a-key-tile-in-the-mosaic-of-rule-of-law-protection-in-the-eu/>. Acceso en: 01 en. 2021.
- VON DER LEYEN, Ursula. **Orientaciones Políticas para la Comisión Europea de 2019 a 2024**. Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados. Mi agenda para Europa. Bruselas, 16 jul. 2019.
- WEBER, Albrecht. El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo. **Revista Espanola de Derecho Constitucional**, n. 84, 2008.

AUTOR:**José Díaz Lafuente**

Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universitat de València. Máster en Relaciones Internacionales y Estudios Diplomáticos por el Colegio de Europa y Máster en Estudios de la Unión Europea por la UNED. Secretario Académico del Departamento de Relaciones Internacionales e Historia Global. Experiencia previa como profesor y como investigador postdoctoral en la Universitat Jaume I de Castellón y en la Universitat de València y ha impartido docencia en la Universitat Autònoma de Barcelona, la Universitat de Girona, la Universidad de París Ouest, la Universidad Estadual do Rio de Janeiro y la Universidad de Buenos Aires, entre otras universidades nacionales y extranjeras. Sus líneas de investigación principales se centran en los estudios para la paz, la promoción internacional de los derechos humanos, las relaciones exteriores de la Unión Europea y los estudios africanistas. Ha trabajado como asesor político en el Parlamento Europeo y como cooperante internacional y evaluador de proyectos en India, Etiopía, Senegal, Argentina y Brasil. En la actualidad, colabora con el programa del Consejo de Europa de Educación en Derechos Humanos para los Profesionales del Derecho y forma parte del panel de expertos del Servicio Español para la Internacionalización de la Educación del Ministerio de Educación.

E-mail: josediazlafuente@ucm.es

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9248-6025>

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VULNERABILIDAD MIGRATORIA EN EUROPA COMO EXPONENTE DEL “FETICHISMO CATEGÓRICO”

RESUMEN

Encarnación La Spina

Universidad de Deusto

Tradicionalmente, tanto el derecho internacional como la doctrina consideran los migrantes económicos y las personas refugiadas o migrantes forzados como dos categorías jurídicas fijas y se le reconoce un diferente grado de vulnerabilidad. En torno a esta doble categoría, los refugiados y los solicitantes de asilo pueden ser considerados vulnerables, tomando en consideración la motivación para abandonar el país de origen y el trato recibido durante el proceso de asilo, mientras que en comparación se permite incluso cuestionar o negar la vulnerabilidad de los migrantes económicos o voluntarios. Esta distinción ha tenido reflejo en el sistema internacional de protección onusiano y la jurisprudencia supranacional a la hora de modular los estándares de protección. Por ello, en primer lugar, esta propuesta analiza los instrumentos normativos que configuran la categoría genérica de migrante vulnerable y, en segundo lugar, trata de determinar los límites y desafíos jurídicos que plantea como un exponente normativo más del fetichismo categórico, por su incapacidad de ajuste al contexto y procesos migratorios reales.

Palabras clave: Migrantes. Vulnerabilidad. Personas refugiadas.

A PROTECÇÃO LEGAL DA VULNERABILIDADE DOS MIGRANTES NA EUROPA COMO EXPOENTE DO "FETICHISMO CATEGÓRICO"

RESUMO

Tradicionalmente, tanto o direito internacional como a doutrina consideram os migrantes económicos e os refugiados (migrantes forçados) como duas categorias jurídicas fixas e reconhecem um grau diferente de vulnerabilidade. Em torno desta dupla categoria, refugiados e requerentes de asilo podem ser considerados vulneráveis, tendo em consideração a motivação para deixar o país de origem e o tratamento recebido durante o processo de asilo, enquanto que, em comparação, é mesmo permitido questionar ou negar a vulnerabilidade dos migrantes económicos ou voluntários. Esta distinção reflectiu-se no sistema de protecção internacional das Nações Unidas e na jurisprudência supranacional ao modular as normas de protecção. Portanto, em primeiro lugar, esta proposta analisa os instrumentos normativos que configuram a categoria genérica de migrante vulnerável e, em segundo lugar, tenta determinar os limites e desafios legais que coloca como mais um expoente normativo do fetichismo categórico, por causa da sua incapacidade de se ajustar ao contexto e processos migratórios reais.

Palavras-chave: Migrantes. Vulnerabilidade. Refugiados.

**LEGAL PROTECTION OF MIGRANT VULNERABILITY IN EUROPE AS AN
EXPONENT OF “CATEGORICAL FETISHISM”****ABSTRACT**

Traditionally, both international law and doctrine consider economic migrants and refugees (forced migrants) as two fixed legal categories and recognise a different degree of vulnerability. Around this dual category, refugees and asylum seekers could be considered vulnerable by taking into account the motivation for leaving the country of origin and the treatment received during the asylum process, while in comparison it is even permissible to question or deny the vulnerability of economic or voluntary migrants. This distinction is reflected in the UN international protection system and supranational jurisprudence in order to modulate the standards of protection. Therefore, firstly, this proposal analyses the normative instruments that make up the generic category of vulnerable migrant and, secondly, it attempts to determine the legal limits and challenges it poses as yet another normative exponent of categorical fetishism, because of its inability to adjust to the real migratory context and processes.

Keywords: Migrants. Vulnerability. Refugees.

Recebido em: 07/06/2021

Aceito em: 03/07/2021

1. INTRODUCCIÓN

El uso de las categorías “refugiado” y “migrante económico” para diferenciar entre los que se desplazan, los procesos de acogida-integración y la legitimidad, o no, de sus demandas de protección internacional ha tenido una gran importancia. No solo durante la gestión de la “crisis migratoria” de Europa sino también se ha utilizado incluso tradicionalmente para justificar políticas de exclusión mutua y contención. Bajo la expresión “los refugiados no son migrantes” (FELLER, 2005), tal y como señala Backwell (2011, p. 17), existe un nivel de confusión semántica que hace que los términos del debate sean “peligrosamente” ambiguos debido a las lógicas dicotómicas de “protección” y “gestión” que confluyen en ambas categorías, sus procesos y condiciones. Tal y como apuntan Meyer y Boll (2018), la narrativa dominante sobre la migración irregular suele plantear una clasificación binaria contrastando la migración forzada con la voluntaria o económica. Solo unos merecen protección y asistencia particular, frente otros que no la merecen o incluso son una amenaza, lo que justifica las medidas defensivas o represivas de los Estados hacia ellos. Esta distinción que se hace en el nomenclátor de los dos Pactos Globales para la Migración Segura, Ordenada y Regular¹, pese a su avance holístico y comprensivo de todas las dimensiones de las migraciones internacionales, mantiene que “los migrantes y los refugiados son grupos distintos que se rigen por marcos legales separados” (párrafo 4, énfasis añadido).

Sobre la dicotomía “migrante” frente a “refugiado” (CRAWLEY, SKLEPARIS, 2017; SCHUSTER, 2011; ROBERTSON, 2018; BARTRAM 2015), y sus derivaciones adjetivadas “legal” frente a “ilegal”, “voluntario” o “involuntario”, Crawley y Skleparis (2017) consideran que hay una expresión del llamado fetichismo categorico. Ambos autores testean esta dicotomía dominante dentro de las políticas migratorias para explicar adecuadamente la compleja relación interseccional entre los factores políticos, sociales y económicos de la migración. Sin embargo, no se detienen, precisamente, en los procesos de categorización socio-jurídica (BORDIEU, 1977) ni en cómo se antepone en primer plano diferencias inamovibles a la hora de hacer o deshacer los grupos dentro del colectivo migrante. En particular, este exponente de fetichismo categorico, se advierte en la Unión Europea con una dicotomía añadida: “los refugiados/migrantes vulnerables frente a los migrantes/refugiados invulnerables”, dado que el uso y abuso de tales categorías refuerza, en lugar de poner en tela de juicio, la coherencia interna de su fundamentación.

¹UN General Assembly, *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Resolution 73/195, UN Doc. A/RES73/195, 11 January 2019, Objective 7: Address and reduce vulnerabilities in migration, paragraph 23, f). UN General Assembly, *Report of the United Nations High Commissioner. Part II. Global compact on refugees*. UN Doc. A/73/12 (Part II) (2018).

En esta propuesta tomando la base del fetichismo categórico, se explora como el Derecho por su capacidad de influir en los cambios sociales contribuye a categorizar tales realidades asociadas a la migración internacional como fijas o naturales. Para ello, en primer lugar, se presta especial atención a cómo se configura jurídicamente etiquetar - o igualmente no etiquetar- a alguien como refugiado o migrante “vulnerable o invulnerable”, para así en segundo lugar, valorar el potencial de esta nueva fórmula sofisticada que es el fetichismo categórico para posicionar a las personas migrantes y para fragmentar de reforma regresiva su estatus jurídico sacrificando el régimen internacional de protección exigible a los Estados.

2. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA VULNERABILIDAD MIGRATORIA EN LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Si bien la vulnerabilidad es un concepto implícito en el discurso de los derechos humanos (NIFOSI-SUTTON, 2017, p. 28-44; LA BARBERA, 2019) tradicionalmente, tanto el derecho internacional como la doctrina han diferenciado entre dos categorías, y grupos vulnerables fijos: los migrantes y los refugiados. Esta doble categoría no ha pasado inadvertida en los tratados del sistema internacional de protección onusiano a la hora de satisfacer las necesidades especiales de todas las personas que viajan en una situación vulnerable². Por ejemplo, en ocasiones el concepto de vulnerabilidad ha aparecido como sinónimo de persona desventajada o marginalizada, negando que la vulnerabilidad puede ser tan particular como universal o que la autonomía y la vulnerabilidad se extienden como un *continuum*. Mientras que en otras se ha considerado que no incumbe la “condición jurídica” de la persona en el país en que se encuentra para valorar la vulnerabilidad (MORGADES, 2010, p.13). En esta sede, el término vulnerabilidad ha sido prevalente para saldar la necesidad de identificar sujetos que se encuentran en una posición diferente o particular de vulnerabilidad dentro de una red de relaciones de poder, económicas e institucionales para así conferirles un plus de protección (LA SPINA, 2016, p.183; FELLER, 2007).

Sin embargo, la protección de las personas migrantes no se encuentra en un único tratado o mecanismo, sino que se distribuye en un variado conjunto de instrumentos, de principios y normas conexos. Se espera que los Estados respeten las normas que se aplican a determinados grupos (como los migrantes, los niños y las víctimas de la trata de personas) pero al poner en práctica esos regímenes debe tenerse cuidado de no crear jerarquías de vulnerabilidad sobre la base de una categorización.

² Sobre el deber de los Estados de garantizar los derechos humanos de los grupos de personas vulnerables o desfavorecidas, United Nations, General Assembly Resolution 37/200, *Further promotion and protection of human rights and fundamental freedoms*, A/RES/37/200, 18 de diciembre de 1982, Preámbulo.

Así, en particular, los solicitantes de asilo, personas refugiadas, migrantes (incluso migrantes irregulares) son colocados en distintas categorías jurídicas desde el punto de vista normativo, como si fueran compartimentos estancos pero en realidad suelen trasladarse e instalarse en espacios físicos similares y es probable que tengan necesidades de protección semejantes y que pasen por distintas categorías jurídicas durante el viaje, en particular cuando se trata de viajes migratorios largos y peligrosos.

Y, por ese motivo la lectura de los estándares de protección se completa necesariamente con las decisiones de los principales Comités quienes sí destacan en varias ocasiones la vulnerabilidad especial de una persona por el hecho de ser refugiado o haber sido demandante de asilo de forma no exhaustiva (NIFOSI-SUTTON, 2017, p.80, 91, 98, 127 y 151-153). Aunque la premisa es clara: siempre y cuando se pueda probar la vulnerabilidad de forma personal, individual y real. No es imposible hallar casos aislados incluso entre personas refugiadas especialmente vulnerables en los que se ha inadmitido la denuncia por no apreciar una vulneración suficientemente probada porque la evaluación del riesgo de violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta las necesidades específicas del menor y las cuestiones de género. En cualquier caso, tal y como sostiene Flegar e Iedema (2019) la referencia onusiana a la vulnerabilidad no está en línea con la universalidad, pero contribuye a la protección, poder identificar prioridades, factores y clasificar las obligaciones del Estado hacia los catalogados como vulnerables. Así en síntesis los Comités han identificado diferentes factores: 1) la situación existente en el país de retorno en lo relativo a la acogida y la atención de los solicitantes de asilo o las personas beneficiarias de protección subsidiaria; 2) la experiencia previa de las personas en el país al que se prevé devolverlas y, por consiguiente, el trato que esas personas pueden esperar recibir en caso de ser devueltas a ese país; 3) la situación de vulnerabilidad particular en que se encuentre el solicitante en el momento en que el Comité examine su caso; 4) la determinación de si el Estado parte ha tratado o no de obtener del Estado de retorno garantías de que las personas devueltas serán atendidas de manera acorde con su situación. Así lo hacen los mecanismos convencionales de Naciones Unidas, aunque no siempre adoptan un enfoque coherente dada la parquedad normativa que existe sobre la identificación de la vulnerabilidad durante los procesos de asilo (LA SPINA, 2020).

Con igual suerte, en instrumentos de naturaleza programática, el Preámbulo de la Resolución de la AGNU 60/169, relativa a la protección de los migrantes, reconoce esa especial vulnerabilidad (sin distinguir entre el carácter voluntario o forzoso del desplazamiento) y enumera muchas de las causas subyacentes de la misma: “las dificultades que enfrentan a causa de su discriminación en la sociedad, las diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económico-sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen, especialmente en el caso de los

migrantes indocumentados o en situación irregular”³. Aunque en propiedad, la primera vez que la categoría migrante vulnerable o el concepto de “migrante en situación de vulnerabilidad” se ha tratado en términos equivalentes ha sido en los borradores de los mencionados Pactos globales para migrantes y refugiados. En las primeras propuestas, la omisión de la diferencia entre vulnerabilidad inherente y precariedad, discutida por parte de la doctrina, tiene como objetivo evitar la responsabilidad del Estado de proteger a las personas migrantes ya no solo como una cuestión humanitaria o moral (ATAK; NAKACHE; GUILD; CRÉPEAU, 2018, p. 3-12). En la versión final, se optó por la indeterminación y confusión, con la referencia a que “los migrantes y refugiados pueden enfrentarse a muchos desafíos comunes y vulnerabilidades similares” y, por lo tanto, se ha indicado que ambos podrían requerir protección internacional de los derechos humanos “en diversos momentos de su viaje: en tránsito, a la llegada a su destino o mientras se hacen una vida en un nuevo país”⁴. La generalización de la vulnerabilidad migrante decae en los párrafos 23 y 31 de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes⁵ cuando se aprecia indirectamente que las causas de la migración voluntaria son “policy driven” o dependen de factores externos, pero en menor medida de la vulnerabilidad dispositiva o intrínseca de ciertos sujetos dentro de este colectivo. En concreto, la Asamblea General reconoció las vulnerabilidades específicas de las mujeres que se desplazaban y expresó su compromiso de asegurar que en las respuestas se incorporara la perspectiva de género, se promoviera la igualdad de género, el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas, y se respetaran y protegieran sus derechos, así como se posibilitará su reintegración plena tras su regreso. Con ello se explica en parte porqué si bien existe un consenso cada vez mayor sobre la vulnerabilidad como el factor más comúnmente asociado con los abusos y vulneraciones de los derechos de las personas migrantes. Su énfasis normativo e incluso histórico revisando la fundamentación de las teorías generacionales de los derechos, no es proporcional o representativo para todas las categorías migrantes en los diferentes mecanismos específicos de protección internacional que le son aplicables (BUSTAMANTE, 2002, p.340), de acuerdo a lo que se discute a continuación.

A nivel internacional hay referencias normativas específicas a la vulnerabilidad aplicables en contextos de inmigración y asilo, pero no tienen igual peso en la Convención sobre el Estatuto de refugiado ni en la Convención sobre los derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares. Tales convenios no identifican las personas refugiadas como grupos vulnerables ni requieren una atención

³ La Resolución (A/60/509/Add.2 (Part II) fue aprobada por la AG el 16/12/ 2005, véase <https://cutt.ly/OoFb6Bg>, (fecha de consulta 13 abril 2020) .

⁴UN Human rights Council. *Principles and practical guidance on the protection of the human rights of migrants in vulnerable situations*: Report of the United Nations High Commissioner for Human rights, 24 February 2017, (A/HRC/34/31 p.5).

⁵UN General Assembly, *New York Declaration for Refugees and Migrants: resolution / adopted by the General Assembly*, 3 October 2016, UN Doc. A/RES/71/1.

o trato apropiado por parte de las autoridades nacionales a algunos grupos que pueden ser más vulnerables que otros⁶. Más bien, de forma segmentada, son dos los convenios categoriales en representación a los grupos más vulnerables: la Convención de Derechos del Niño y, otra respecto a la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, con la mención expresa a las “niñas y mujeres con discapacidad que están en gran riesgo de violencia, abuso o explotación” (NIFOSI-SUTTON, 2017).

Sin duda, entre las dos, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño es un ejemplo notable, ya que reconoce a los menores como vulnerables por su naturaleza intrínseca debida a la edad en su Preámbulo: “El niño, debido a su inmadurez física y mental, necesita salvaguardias y cuidados especiales, incluida una protección jurídica adecuada, antes y después del nacimiento” y establece el derecho de un niño privado temporalmente de su entorno familiar a “protección y asistencia especiales proporcionadas por el Estado”. Una protección especial refundada por el Comité de los derechos del niño en dos observaciones generales 13 y 6 exhortando a los Estados sobre el “derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia” aclarando que el art. 19 “también se aplica a los niños que no tienen un cuidador principal o circunstancial o una persona encargada de asegurar su protección y bienestar, como por ejemplo (...) los hijos de padres migrantes o los niños no acompañados fuera de su país de origen”. Además de la Observación general 6 Comité de Derechos del Niño añade “el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que (...) serán también aplicables a todos los menores sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes con independencia de su nacionalidad o apátrida y situación en términos de inmigración. Por lo tanto, resulta fácil encontrar referencias específicas a los menores migrantes y solicitantes de asilo que se suman a aquellas que suelen contenerse en directrices o instrumentos de *soft law*.”

En la misma línea, la Convención internacional de protección de personas con discapacidad, se hace eco de la especial vulnerabilidad cuando afirma la necesidad de garantizar la protección a las personas con discapacidad que se encuentran en situación de riesgo (el conflicto armado, las emergencias humanitarias y los desastres naturales) e, invita a los Estados parte a reconocer a tales sujetos la libertad de movimiento y de elección de la propia residencia y nacionalidad, sobre la base de la igualdad. Aunque en las conclusiones del Comité Ejecutivo (ExCom) del ACNUR se reconoce “que las necesidades específicas de las personas con discapacidad a menudo se pasan por alto,

⁶ Una excepción sería la Comisión de Derecho Internacional, “Proyecto de artículos sobre la expulsión de extranjeros”, sexagésimo sexto periodo de sesiones, 2014, Asamblea General, Resolución A/RES/69/119 de 10 de diciembre de 2014. Art. 15 titulado “personas vulnerables” una referencia a “los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas y otras personas vulnerables objeto de expulsión.”

especialmente en las primeras fases de las emergencias humanitarias”. Sigue siendo la vertiente práctica más compleja, dada la cuestionable falta de fiabilidad empírica y de credibilidad, tal y como señala Bernardini (2018), a la hora de minimizar el riesgo de vulnerabilidad para las personas con discapacidad en situaciones de movilidad. Así precisamente está prevista en directrices *soft law* de ahí la reiterada advertencia del propio Comité sobre su consideración para las personas migrantes (o, más a menudo refugiadas) con discapacidad.

De forma paralela, respecto a las mujeres refugiadas o solicitantes de asilo, la principal convención internacional en materia de refugiados, no hace mención alguna al sexo o al género, ni a las necesidades o vulnerabilidades específicas generadas por la persecución con base a este motivo (MERINO, 2012, p. 168-186). Tal parquedad no extraña pues los consabidos déficits de la Convención tampoco se hacen eco de la categoría emergente de los refugiados medioambientales que recientemente han avanzado en otros sistemas regionales de protección. Sin embargo, no es una cuestión desatendida u olvidada, al contrario, el ACNUR y la propia Naciones Unidas tiene un *corpus* de directrices para la gestión de grupos específicos de mujeres refugiadas que se distinguen por su sexo, edad o discapacidad, y recomienda un tratamiento especial para estos grupos en relación con sus vulnerabilidades particulares. Mención especial sería la labor y producción del Comité CEDAW al respecto. Por ejemplo, bajo este prisma más operacional o funcional el ACNUR ha publicado varias directrices sobre la protección de las mujeres consideradas vulnerables: las víctimas de la violencia sexual o las víctimas de la trata. Y, también lo ha seguido haciendo con varios instrumentos relativos a la protección de los solicitantes de asilo LGTBI pese a las diferencias dentro del colectivo (DÍAZ LAFUENTE, 2014). Uno de los más relevantes entre estos son los Principios de Yogyakarta y las obligaciones derivadas para los Estados, así como las Directrices ACNUR sobre protección internacional N° 9 - Solicitudes de la condición de refugiado basadas en la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del párrafo 2 del artículo 1A de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Todo ello sin perjuicio de las recomendaciones contenidas en otros informes de otras agencias. Estas directrices asumen una vulnerabilidad asumida o congénita para estos grupos particulares, pero defienden la necesidad de protección adicional, aunque no sea pluscuamperfecta frente a esta vulnerabilidad manifiesta. En el trasfondo, las razones que justifican la protección de la vulnerabilidad, de acuerdo con Freedman (2019, p.12) promueven, en particular “el esencialismo, la estigmatización y el paternalismo”, negándole toda capacidad de agencia o resiliencia al o los vulnerables.

3. EL ESPECIAL ALCANCE DE LA VULNERABILIDAD MIGRATORIA EN EL SISTEMA EUROPEO DE INMIGRACIÓN Y ASILO

Desde la primera mención del Programa de Estocolmo hasta entre otros el Sistema europeo de vigilancia en frontera (Eurosur) se articula una obligación de considerar las necesidades especiales de todas las personas que están en una “situación vulnerable” o en una necesidad de asistencia especial en peligro en el mar y los dirigen a las autoridades nacionales competentes para que les presten la asistencia apropiada⁷. En términos diferentes también lo hace la Directiva 2011/36 para la prevención y lucha contra el tráfico de personas y protección de las víctimas también se refiere en el artículo 2.2 la vulnerabilidad situacional o el abuso de la posición de vulnerabilidad relacionada con los menores, cuando se considera explícitamente que “son más vulnerables que los adultos y por tanto con un mayor riesgo de convertirse en víctimas de trata”⁸.

Si bien, la Unión Europea se presenta como un escenario receptivo y prioritario para la articulación jurídica de la vulnerabilidad, sobre su peso real en asilo, siguiendo la observación fundada de Ippolito (2018), se recurre a una “conceptualización selectiva y colectiva”. Básicamente porque hay una remisión a un elenco de modelos de vulnerabilidad prefijados. En concreto, se incluyen bajo la etiqueta de personas vulnerables: menores no acompañados, personas con discapacidad, personas ancianas, embarazadas, solteras con menores y personas que han estado sujetas a tortura, violación y otras formas serias de violencia física, psíquica y sexual. Esta voluntad de dar protagonismo a la vulnerabilidad es evidente en los llamados instrumentos de segunda y tercera generación del llamado paquete SECA a la espera de las reformas legislativas derivadas del Nuevo Pacto de Inmigración y Asilo⁹, No se presenta como un concepto estático dadas las fases de adaptación y modulación que se han producido (BRANDL, CZECH, 2015).

3.1 Una referencia contenida en la primera fase del SECA

La vulnerabilidad no estaba extensivamente regulada. Ni la Directiva sobre el procedimiento de asilo 2005 ni el Reglamento de Dublín II¹⁰ recogían previsiones específicas ni consecuencias

⁷ Artículo 2 párr. 4 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo UE 2014/515 por el que se establece, como parte del Fondo de Seguridad Interior, el instrumento de ayuda financiera para las fronteras exteriores y los visados y por el que se deroga la Decisión nº 574/2007/CE, Diario Oficial de la Unión europea 20 de mayo de 2014 L 50, p. 143 y ss.

⁸Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de sus víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo DO L 101 de 15.4.2011, pp. 1-11.

⁹Véase el Nuevo Pacto de inmigración y asilo aprobado el 23 de septiembre de 2020 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de Regiones, relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y asilo. Bruselas 23 de septiembre 2020 COM (2020) 609 final, p. 12.

¹⁰Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. Diario Oficial de la Unión Europea L 50 de 25.2.2003

procedimentales específicas ante situaciones de vulnerabilidad, con la salvedad hecha de los menores no acompañados. Solo, el Reglamento Dublín II establecía una serie de criterios objetivos y jerarquizados, basados en el principio de autorización, que se aplican teniendo en cuenta la situación existente al presentarse por primera vez una demanda de asilo. Entre las dos disposiciones que permiten una cierta flexibilidad al sistema Dublín destaca en el artículo 15 la cláusula humanitaria, que permite a un Estado hacerse cargo de una demanda de asilo para reagrupar a los miembros de una familia o por causas de vulnerabilidad o dependencia. Por tanto, se trata de una perspectiva de la vulnerabilidad con una base arraigada en el grupo e individuo vulnerable *stricto sensu*. Por su parte, la Directiva de acogida de 2003¹¹ hacía alusión a la situación específica, previendo especiales condiciones materiales y asistencia sanitaria. Sin embargo, a falta de una definición de las necesidades especiales y de una especificación más detallada de lo que debería conllevar dicha evaluación individual y de cuándo debería llevarse a cabo, la “garantía” prevista en el artículo 17.1 resultaba insuficiente. De hecho, la propia Comisión europea detectaba “deficiencias en el tratamiento de las necesidades especiales” y era objeto de una honda preocupación en el ámbito de la acogida de los solicitantes de asilo. Precisamente, la identificación de necesidades especiales no sólo influye en el acceso a un tratamiento adecuado, sino que también podría afectar a la calidad del proceso de toma de decisiones en relación con la solicitud de asilo, especialmente con respecto a las personas traumatizadas. Además, hay que añadir, posteriormente en base al tenor de la Directiva 2011/95¹², la no inclusión de las personas con discapacidad, como categoría de grupo vulnerable dentro de las causas de persecución en origen, se encuentra en neto contraste con las posibilidades previstas por la Convención sobre personas con discapacidad de 2006.

3.2. Una referencia fragmentada y reinterpretada en la segunda fase del SECA

El marco normativo se nutre de la labor interpretativa de la jurisprudencia del TEDH dando corporeidad a una casuística de situaciones de vulnerabilidad que excedían las explícitamente recogidas. Por ello, en el texto normativo resulta inevitable la fragmentación de las diferentes tipologías de vulnerabilidad y sus derivaciones quedan difusas, por ejemplo, en el Reglamento Dublín

¹¹Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, Diario Oficial de la Unión Europea, número 31, 6 de febrero de 2003.

¹²Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, «DOUE» núm. 180, de 29 de junio de 2013.

III¹³. Esto es, solicitantes de asilo vulnerables, solicitantes con necesidad de garantías procedimentales especiales y solicitantes de protección vulnerables con necesidades de acogida especiales. Por una parte, la Directiva 2013/33¹⁴ hace un listado propio en el artículo 21 catalogado por Rigo (2019, p.851) entre otros como un ejemplo de tipificación mientras que por otra parte, la Directiva 2013/32¹⁵ en su artículo 29 hace referencia a “solicitantes de protección internacional con necesidades de garantías procedimentales especiales” pero sin alusión a su vulnerabilidad. Aunque entre ambos instrumentos se distingue la vulnerabilidad por características inherentes o adquiridas de aquellas derivadas de experiencias sufridas por el sujeto en contextos migratorios. La ambigüedad terminológica en torno a la noción de vulnerabilidad en el SECA se traduce no sólo en conceptos potencialmente superfluos -como las “necesidades especiales de acogida”, cuyas diferencias con la vulnerabilidad en la acogida no son claras- sino también en una posible variación en el alcance de las categorías protegidas.

Ahora bien, tal y como muestra un esquema sinóptico del AIDA (2017) no todas las categorías estaban incluidas de forma simétrica, ya bien porque las diferentes formas de violencia no son un grupo fijo predeterminado o con característica intrínsecas pese a ser fases de un mismo procedimiento. Por ejemplo, desde una interpretación *ad absurdum*, no son considerados solicitantes de asilo con necesidades especiales de acogida por razón de género o por orientación o identidad sexual, mientras que quedan al margen de garantías procedimentales especiales, menores no acompañados, padres solteros con menores y víctimas de mutilación genital femenina. En cualquier caso, dado que ambas listas se refieren a enumeraciones no exhaustivas de categorías, esto no debería crear un problema conceptual *per se*, especialmente porque el mismo mecanismo de evaluación temprana puede utilizarse para determinar las necesidades especiales de acogida y de procedimiento en el marco global de las dos Directivas.

De hecho, en concreto, si se revisa el tenor de la Directiva refundida sobre los procedimientos de asilo al definir al “solicitante que necesita garantías procesales especiales” lo hace equivalente a una capacidad reducida para beneficiarse de los derechos y cumplir con las obligaciones de la Directiva debido a circunstancias individuales. No se incluye una lista exhaustiva de solicitantes de asilo que presuntamente necesitan garantías procesales especiales, aunque hace referencia de

¹³Directiva 2011/95/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y el contenido de la protección concedida. DOUE L 337/9, 20 de diciembre 2011.

¹⁴Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión y retirada de la protección internacional (refundición), DO L 180 de 29.6.2013.

¹⁵Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional(texto refundido) DO L 180, 29 de junio de 2013

forma indicativa a la necesidad de tales garantías en relación con la edad, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la discapacidad, las enfermedades graves, los trastornos mentales como consecuencia de torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual. Por tanto, indirectamente crea una subcategoría más estrecha que distingue a las personas cuyas necesidades se derivan de la tortura, la violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, y que pueden ser objeto de un trato discrecional en relación con los procedimientos especiales.

Por último, tales déficits semánticos, también se reproducen y se observan en varias de las disposiciones de la Directiva 2013/33 de acogida que hacen referencia a las garantías disponibles para las personas vulnerables, introduciendo el concepto separado de “solicitante con necesidades especiales de acogida”, definido como “una persona vulnerable de conformidad con la lista antes mencionada que necesite garantías procesales especiales” para beneficiarse de los derechos y cumplir con las obligaciones derivadas del instrumento. Sin embargo, otras disposiciones, como el artículo 11, que se refiere a tal categoría de forma separada a la “detención de personas vulnerables y de solicitantes de asilo con necesidades especiales de acogida”, generan más confusión conceptual.

3.3. Hacia una referencia alternativa y relativa en las reformas actuales del SECA

Se produce a la par un vaciamiento o involución del concepto de la vulnerabilidad así como una merma en su protagonismo. De un lado, se hace preferentemente referencia a “necesidades especiales/particulares de acogida” con independencia que sean o no vulnerables los destinatarios de las mismas. Y, de otro lado, se da máxima prioridad a homogenizar ambas directivas con la referencia única a los “solicitantes de garantías procedimentales específicas” para facilitar su armonización¹⁶. Si bien hay diferentes preferencias entre el Parlamento Europeo y el Consejo, en relación al matiz lingüístico “especiales o específicas” contenido en la propuesta de la Comisión, ambas formas señalan la necesidad de que existan otras salvaguardias o garantías adicionales para que los solicitantes de asilo afectados puedan disfrutar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones en virtud de los instrumentos respectivos. Por tanto, hay una voluntad evidente de fuga a conceptos menos volubles o relativos que pueden anticipar o prevenir la activación de las obligaciones de protección de los

¹⁶ Entre otras, véase la Propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición), COM(2016) 465 final, de 13 de julio de 2016 así como los textos de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición) – Confirmación condicional del texto transaccional final con vistas a un acuerdo, Documento del Consejo 10009/18, de 18 de junio de 2018. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición) – Estado de la cuestión y orientación para los trabajos futuros, Documento del Consejo 5458/19, de 21 de enero de 2019.

Estados parte de la Convención, preservando así un margen de maniobra a la hora de velar por necesidades específicas generadas a partir del examen de la solicitud o las posibles fallas del sistema.

Recientemente, en la cuarta fase de reforma legislativa, tal y como apunta la hoja de ruta marcada por el Nuevo Pacto de inmigración y asilo del 2020¹⁷, aprobado el 23 de septiembre, ahonda el abismo en esta dicotomía de protección entre migrantes y refugiados que con la entrada en vigor cada vez va a verse mayormente reforzada. Se consolida abiertamente una tendencia a dar mayor protección a las personas refugiadas y en los procesos de reubicación, frente al mantenimiento del retorno forzado o acelerado como objetivo preferente para las personas migrantes en situación administrativa irregular. Todo ello, sin perjuicio de varias referencias explícitas a la vulnerabilidad para los solicitantes de protección internacional y en particular para los niños y niñas inmigrantes dados los factores de riesgos en frontera y tránsito.

4. VULNERABILIDAD MIGRATORIA COMO EXPONENTE DEL “FETICHISMO CATEGÓRICO” EN LA PRÁCTICA JURÍDICA

Uno de los principales problemas de la dicotómica categorización entre migrantes y vulnerables que domina el pensamiento académico y jurídico-político es que presupone que las personas se mueven entre dos lugares o categorías prefijadas o construidas por otros (POLZER, 2008; ANTHIA, 1998; ZETTER, 1991). Los elementos de la categorización pueden ser la parcialidad, la funcionalidad, la inmutabilidad, la negociabilidad, la confusión, la autodeterminación (POLZER, 2008), la mimesis con las realidades sociales (ANTHIA, 1998) o la estereotipización, la conformidad, la designación identitaria, la desagregación y las relaciones de poder (ZETTER, 1991). Aunque también la confluencia de variables binarias como tiempo/espacio, lugar y dirección (Robertson, 2018) o antagonismos excluyentes “voluntario” “involuntario”. Como sugieren Collyer y de Haas (2012, p. 468-470), la opción de “ignorarlas o rechazarlas no significa que desaparezcan y pueden cegarnos” especialmente para cuestionar dónde se sitúan los límites reales entre las categorías, sus dinámicas (LUNA, 2009) y el valor diferencial -y los derechos- asignados a los que se sitúan en consecuencia.

¹⁷Entre las reformas legislativas previstas en el Nuevo Pacto de Inmigración y Asilo, destacan varias propuestas de Reglamento por el que se establece un control de los nacionales de terceros países en las fronteras exteriores, COM(2020) 612 final; Reglamento sobre gestión del asilo y la migración COM (2020) 610 final; el nuevo Reglamento sobre el procedimiento común en materia de protección internacional COM(2020) 611 final junto a una propuesta de aprobación de Reglamento que aborda situaciones de crisis y fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo COM(2020) 613 final. Asimismo, hay otras que son versiones revisadas y enmendadas de propuestas ya existentes, como la del Reglamento EURODAC COM(2020) 614 final.

Si bien el ACNUR establece la distinción de forma clara entre persona migrante económica y refugiada, con el objetivo de que la utilización indistinta de ambos términos no redunde en la menor protección del estatuto de los solicitantes de protección internacional. Así una persona migrante puede ser definida como aquella que, de forma “voluntaria”, traslada su residencia habitual de un lugar a otro, con la intención de instalarse en el país de destino, por un período de tiempo más o menos largo buscando mejorar sus condiciones de vida. En cambio, el migrante forzoso es quien “se ha visto obligado a escapar o huir de su país de origen o lugar de residencia habitual” para evitar los efectos de un conflicto armado, desituaciones de violencia generalizada o de violaciones de los derechos humanos o catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que pueden haber cruzado o no una frontera estatal internacionalmente reconocida.

Si a ambas categorías se añade la complejidad y la interseccionalidad de la vulnerabilidad como resultado de la movilidad humana existe una importante dispersión del marco normativo internacional (NIFOSI-SUTTON, 2017; BETTS, 2010) europeo (DE BAUCHE, 2008, BRANDL, CZECH, 2015, CAICEDO, 2018) y nacional (LA SPINA, 2020). Dentro del colectivo migrante, algunos grupos pueden considerarse más especialmente vulnerables que otros habida cuenta de las necesidades especiales y los riesgos a que se enfrentan las mujeres en situación de riesgos, los niños, especialmente los niños migrantes no acompañados o los niños separados de sus familias si se les deniega a los padres el estatuto de refugiado, los miembros de minorías étnicas y religiosas, las víctimas de la violencia, las personas de edad, las personas con discapacidad, las personas que son objeto de discriminación por cualquier motivo, orientación sexual, los pueblos indígenas, las víctimas de la trata de personas y las víctimas de explotación y abusos en el contexto del tráfico ilícito de migrantes, así como el abuso sexual, físico y psicológico, la violencia contra la mujer.

De hecho, más allá del marco normativo, en la práctica jurídica ello también se aprecia en la jurisprudencia intermitente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que mientras abre una vía excepcional y necesaria de reconocimiento (TIMMER, 2011; PERONI, TIMMER, 2013; HUDSON, 2018, IPPOLITO, 2018; LA BARBERA, 2019) parece cerrar rotundamente su extensión a supuestos ajenos al asilo¹⁸. Si bien el Tribunal de Estrasburgo en el asunto *MSS v. Grecia y Bélgica*, habla de la “vulnerabilidad inherente a su situación como solicitante de asilo” no lo hace respecto a otros status migratorios salvo en el caso de menores no acompañados que se fija en ciertas circunstancias como elementos pertinentes: su edad muy joven; ser un inmigrante indocumentado; no estando acompañado por su familia de la que se había separado; y siendo abandonado a su suerte.

¹⁸*M.S.S. v. Belgium and Greece* (GS), application n. 30696/09, 21 de enero de 2011 párr. 231.

Por tanto, la pregunta lógica que se desprende necesariamente es si todas las personas migrantes se encuentran en una posición particular o diferente de vulnerabilidad o si bien lo son solo algunas dentro de sus respectivas categorías normadas y fragmentadas bajo un fetichismo categórico.

De un lado, respecto a las migraciones económicas, la vulnerabilidad en sí misma no es algo inherente a las características raciales, o de un país o un origen étnico, o de las condiciones de subdesarrollo del país o la región de origen. Así se deriva del párr.9, 11 y 12 del Preámbulo de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares de 1990. Una situación descrita para los trabajadores migrantes y sus familiares debido, no tanto entre otras cosas, a como se encuentran debido a su lejanía del país de origen sino más bien a las dificultades que afrontan en el país dónde trabajan o quieren asentarse (BUSTAMANTE, 2002; LA SPINA,2016) sin perjuicio del retorno forzado. Esto es, la vulnerabilidad no es una condición preadquirida de los migrantes internacionales pues su estatuto jurídico es resultado de la misma no su causa y por tanto se mantiene independientemente de la vía legal de su entrada o el régimen de permanencia en un país determinado.

Y, de otro, en cambio, una lectura distinta se extrae para las personas solicitantes de protección internacional, su vulnerabilidad de origen siempre que se acredite suficientemente, es causa de su condición declarativa de asilo (art. 14 DUDDHH) y a posteriori constitutiva de un estatuto de protección territorial reforzado por el art. 33 Convención de Ginebra. Obviamente, siendo esta menos conflictiva no por ello deja de ser problemática, pues se puede afirmar que lo será respecto a ciertos solicitantes o potenciales refugiados con mayor celeridad o facilidad respecto a determinados países de origen que no planteen dudas como países no seguros objetiva y subjetivamente para el demandante de asilo. No en vano, sí se les reconoce una suerte de vulnerabilidad performativa individual como integrantes de un grupo desaventajado, la misma dada su heterogeneidad y provisionalidad no está exenta de cuestionamiento y delimitación en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. En síntesis, tiene un doble fundamento. Primero, de forma proactiva atendiendo a la existencia de una historia de discriminación y una situación de desventaja pasada y presente del individuo o grupo para resistir, responder o readaptarse a las amenazas (CHAPMAN, CARBONETTI, 2015; FINEMAN, GREAR, 2013). Y, segundo, de forma reactiva, en menor medida atendiendo a las elevadas probabilidades de transformación y retroalimentación de una situación de vulnerabilidad a una de exclusión de la protección debida. Además, en el plano normativo de asilo, la vulnerabilidad individual cuenta con una definición de sujetos o grupos “open-ended” (JAKULEVICIENE,2016) y “fragmentada en un círculo vicioso entre verdaderos y falsos” (SPADA, 2020, p. 68) dada su estrecha vinculación a una obligación jurídica de proteger y establecer mecanismos específicos para identificar las necesidades especiales de grupos especialmente vulnerables entre los vulnerables o doblemente

vulnerables (DE BAUCHE, 2008, p. 103;AL TAMIMI,2016). Sin embargo, tener claros o predefinidos los grupos vulnerables no implica tener claras las causas de la vulnerabilidad migrante *per se* como categoría individual o colectiva dado que se necesita controlar el proceso mediante el cual se construyen las categorías, el propósito al que sirven y sus consecuencias en el contexto migratorio.

De hecho, respecto a la interpretación de la vulnerabilidad migratoria (BAUMGÄRTEL, 2020), por ejemplo, dos sentencias representan esta voluntad de diferenciación *sine die* en el caso *H.A. and others Greece*¹⁹tratando de buscar de forma fallida una analogía con el caso *M.S.S.*²⁰, en el que se declaró que los solicitantes de asilo, por razones muy similares a las de los migrantes en situación irregular, deben ser considerados como un grupo vulnerable por todo lo que había soportado durante su migración y también por las posibles experiencias traumáticas incluso antes de su migración. Pese a que nada obsta para que los migrantes indocumentados deban y puedan considerarse un grupo vulnerable, el propio Tribunal no lo afirma claramente incluso de forma forzada. Aunque esa condición parece ser predominante no son sujetos vulnerables sino objetos. El Tribunal solo habla de la “vulnerabilidad inherente a su situación como solicitante de asilo” no lo hace respecto a otros status migratorios salvo en el caso de menores no acompañados. Por tanto, los solicitantes de asilo son una categoría vulnerable por razones legales: carecen de derechos efectivos al trabajo, y su derecho a permanecer en el territorio es por definición precario, y su estatus requiere reconocimiento. Como el Estado anfitrión los coloca en esta condición particular, tiene obligaciones positivas hacia ellos para tomar medidas que aseguren que sus condiciones de vida no sean inhumanos y degradantes. Si bien esta noción de “vulnerabilidad” abarca a todos los solicitantes de asilo que lo son por su estatus jurídico, no por su identidad o historia particular, la Corte ha determinado la cuestión de la pertenencia a un grupo vulnerable utilizando tanto la lógica deductiva como la inductiva. En un razonamiento deductivo, establece que las autoridades del Estado tienen el deber específico de tener un cuidado razonable, y están obligadas a un mayor nivel de vigilancia con respecto a las personas vulnerables.

Reconociendo a los solicitantes como personas vulnerables, la Corte aplicaría entonces la norma invocada de protección. Mientras que a la hora de inspeccionar las circunstancias específicas para hacer una evaluación de la vulnerabilidad, utiliza la inducción, para llegar a un conclusión de la vulnerabilidad y de la pertenencia a un grupo de población altamente vulnerable se fija en las

¹⁹*H.A. and others v. Greece*, application n. 19951/16, 28 de febrero de 2019, párr. 112.

²⁰*M.S.S. v. Belgium and Greece* (GS), application n. 30696/09, 21 de enero de 2011. Por citar algunos ejemplos: *D.H. and others v. Czech Republic* (GS), application n. 57325/00, 13 de noviembre de 2007; *T.M. and C.M. v. Moldova*, application n. 26608/11, 28 de abril de 2014.

circunstancias como elementos pertinentes, por ejemplo de un niño solicitante de asilo: su edad muy joven; ser un inmigrante indocumentado; no estando acompañado por su familia de la que se había separado; y siendo abandonado a su suerte. Tales lógicas han quebrado en algunos casos recientes de vulnerabilidades inadmitidas que han ido matizando o han contenido la extensión de la vulnerabilidad atribuible a tales sujetos (IPPOLITO, 2018; BAUMGÄRTEL, 2020). Básicamente radica en el ámbito de la relación entre los individuos y el Estado generando así vulnerabilidades situacionales en un mismo sujeto no tan fáciles de intuir ni tan netamente diferentes como se presentan (SPADA, 2020, p. 68; BARTRAM, 2015, p. 453).

ALGUNAS CONCLUSIONES

Las evidencias sobre el marco normativo internacional y la práctica jurídica asociada a la interpretación de la categoría migrante vulnerable e invulnerable, proyectan una naturaleza diferencial de la vulnerabilidad migratoria que es interesadamente “forzada o llevada al extremo”. No existe por el momento una legislación global e integrada, las normas prevén categorizaciones parciales y superpuestas de las personas en movimiento, para ofrecer protección a subgrupos específicos frente a otros. Esta lógica de clasificar para proteger y la naturaleza fluida de las experiencias migratorias es incompatible con las categorizaciones jurídicas estáticas que sirven para clasificar los distintos modos de entrada y los consiguientes derechos y vulnerabilidades de los sujetos migrantes. Sin embargo, estas interpretaciones, que se centran en el estatus como algo principalmente legal y estático, a menudo no tienen en cuenta que la clasificación de los inmigrantes es un proceso dinámico (es decir, variable en el tiempo y el espacio), relacional (es decir, que tiene que ver con la creación de límites entre los diferentes grupos) e interseccional (es decir, inextricablemente ligado a otras categorías de diferencia social).

El migrante económico está sujeto al control selectivo sobre las formas de admisión regular y las reglas de permanencia regular mientras que el solicitante de protección internacional está bajo el paraguas de la protección territorial subsidiaria del Estado que está sujeto al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Por tanto, varían los recursos que un individuo tiene disponibles para (auto) protegerse, demostrar su condición, la llamada resiliencia o su limitada capacidad de fuga ante dicha situación. Unas circunstancias que a su vez están estrechamente ligadas al acceso a la ciudadanía, al derecho a migrar, el acceso y permanencia en el ámbito laboral, la merma de derechos, la estigmatización y la falta de reconocimiento social llegando a hacerles responsables de la escasez de recursos o de las quiebras del sistema de asilo ante la falta de vías legales.

Por ello, siendo más compleja la atribución de tal categoría por los estándares internacionales de protección categorial indirectamente también se han promovido enfoques de pertenencia que consideran las políticas de inmigración y asilo como sus marcos normativos cuya eficacia depende del blindaje del enfoque “group approach” para tratar de dar la mejor respuesta a sus necesidades. Dicha catalogación beneficia a las personas solicitantes de protección internacional dado que su especial condición dentro del colectivo migrante alivia el control migratorio y los procesos sociales respecto a la categoría genérica de migrante “voluntario”. Desde el momento que se produce la metamorfosis entre migrante “irregular” y solicitante de asilo, en ocasiones puede haber un largo recorrido que no es inmediato o incluso puede demorarse o agravarse entre los lugares de primera llegada, tránsito y destino. La posibilidad de potenciar la vulnerabilidad individual *per se* de las personas refugiadas y además sumarla a otras posibles no siempre acaba reforzando la protección sino incluso la debilita porque su combinación y la difícil integración de la lógica universal-individual con el enfoque grupal se contradice o no se interpreta *pro persona* con la vulnerabilidad situacional que puede ser concurrente.

Si bien el Derecho promueve el uso de categorías, por el principio de generalidad y abstracción de las normas. Si se naturaliza su uso exclusivo o mutuamente excluyente como mecanismo para distinguir, dividir y discriminar, este puede conducir a resultados equívocos sobre la vulnerabilidad migratoria. Reconocer o negar dicha vulnerabilidad migratoria como si una cuestión dilemática jurídico-política se tratara, no reafirma dicha vulnerabilidad a lo sumo la matiza *sine die* para que pierda fuerza correctiva en términos de igualdad. Proteger preferentemente a unos colectivos migrantes vulnerables excluyendo a otros, no puede ser en defecto o en detrimento de sacrificar la protección de otros ni tampoco una cuestión moral o humanitaria que apele a la generosidad estatal.

BIBLIOGRAFÍA

AIDA. **The concept of vulnerability in European asylum procedures**. Brussels: ECRE. 2017.

AL TAMIMI, Yussef. The protection of vulnerable groups and individuals by the European Court of Human Rights. **European Journal of Human Rights**, 2016.

ANTHIAS, Floya. Rethinking social divisions. Some notes towards a theoretical framework. **Sociological Review**, v. 46 n. 3, 1998.

ATAK, Idil, NAKACHE, Delphine. GUILD, Elspeth. CRÉPEAU, François. Migrants in vulnerable situations and the Global Compact for safe orderly and regular migration. **Legal Studies Research Paper**, n. 273/2018. London: Queen Mary University of London. 2018.

BAKEWELL, Oliver. Conceptualising displacement and migration: Processes, conditions and categories. In: K. Koser, S. Martin (Ed). **In the migration-displacement nexus: patterns, processes and policies**. Oxford: Berghah Books, 2011.

BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad vs. Subdiscriminación?. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, n. 34, 2016.

BARTRAM, David. Forced migration and “rejected alternatives”. A conceptual refinement. **Journal of immigrant and refugee studies**, n. 13, v. 4, 2015.

BAUMGÄRTEL, Moritz. Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, v. 38, n.1, 2020.

BERNARDINI, Maria Giulia. Intersezioni critiche. Un'introduzione. In: M. G. Bernardini (ed.). **Migranti con disabilità e vulnerabilità. Rappresentazioni, politiche, diritti**. Naples: Jovene editores, 2019.

BETTS, Alexander. Soft-law and the protection of vulnerable migrants. **Georgetown Immigration Law Journal**, n. 24, 2010.

BRANDL, Ulrike, CZECH, Philip. General and specific vulnerability of protection-seekers in the EU: Is there an adequate response to their needs?. In: F. Ippolito, S. Iglesias, (ed.). **Protecting vulnerable groups**. London: Hart Publishing Ltd, 2015.

BOURDIEU, Pier. **Language and symbolic power**. Cambridge: Harvard University Press. 1977.

BUSTAMANTE, Jorge A. Immigrants' Vulnerability as Subjects of Human Rights. **International migration review**, v.36, n. 2, 2002.

CAICEDO, Natalia. Vulnerability in the context of EU asylum policies: the challenges of identification and prioritisation. In: Pettrof, A. Milios, G., Pérez, M. (eds.) **Refugees on the move: political, legal and social challenges in times of turmoil**. Barcelona: UAB, 2018.

CHAPMAN, Audrey R. CARBONETTI, Benjamin. Human rights protection for vulnerable and disadvantaged groups: the contributions of the UN Committee on Economic, Social and cultural rights. **Human rights Quaterly**, n. 33, 2011.

CRAWLEY, Heaven, SKLEPARIS, Dimitrisi. Refugees, migrants, neither, both: Categorical fetishism and the politics of bounding in Europe's ‘migration crisis’. **Journal of Ethnic and Migration Studies**, v. 44, n.1, 2018.

COLLYER, Michael, DE HAAS, Hein. Developing dynamic categorisations of transit migration. **Population, Space and Place**, v.18, n.4, 2012.

DE BAUCHE, Laurence. **Vulnerability in European Law on Asylum: A conceptualization under construction**. Study on Reception Conditions for Asylum Seekers. Brussels: Bruylant, 2008.

FINEMAN, Martha, GREAR, Anna (Eds.). **Vulnerability: reflections on a new ethical foundation for law and politics**. Farnham: Ashgate. 2013.

FELLER, Erika. Refugees are not migrants. **Refugee Survey Quarterly**, v. 24, n.4, 2005.

FELLER, Erika. Asylum, Migration and Refugee protection: Realities, myths and the promise of things to come. **International Journal of Refugee Law**, v. 18, v. 3-4, 2007.

FLEGAR, Veronika, IEDEMA, Emma. The Use of the 'Vulnerability' Label by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Protecting or Stigmatizing Women and Girls in the Forced Migration Context? **Brill Open Law**, n. 1, 2019.

FREEDMAN, Jane. The uses and abuses of “vulnerability” in EU asylum and refugee protection: protecting women or reducing autonomy? **Papeles del CEIC**, n. 1, 2019.

HUDSON, Ben. Migration in the Mediterranean: Exposing the Limits of Vulnerability at the European Court of Human Rights, **Maritime safety and Security Law Journal**, n. 4, 2018.

IPPOLITO, Francesca. Vulnerability on trial: an emerging concept for strengthening the protection of migrants in international adjudication? **Rivista di Diritto internazionale**, n.1, 2018.

JAKULEVICIENE, Jansen. Vulnerable Persons as a New Sub-Group of Asylum Seekers?. In: V. Chetail, P. De Bruycker, F. Maiani, **Reforming the Common European Asylum System**. The New European Refugee Law. Netherlands: Brill Nijhoff, 2016.

LA BARBERA, Maria Caterina. La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad. **Revista de Derecho Comunitario europeo**, v. 23, n. 62, 2019.

LA SPINA, Encarnación. Situaciones de vulnerabilidad vs. Exclusión para los inmigrantes en el contexto sureuropeo de crisis económica. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, n. 34, 2016.

LA SPINA, Encarnación. **La vulnerabilidad de las personas refugiadas ante el reto de la integración**. Ciur Menor: Aranzadi, Thomson Reuters. 2020.

LUNA, Florencia. Elucidating the concept of vulnerability: layers not labels. **International Journal of Feminist Approaches to Bioethics**, v. 2, n.1, 2009.

MERINO SANCHO, Víctor Manuel. **Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español**: perspectivas y prospectivas. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi. 2012.

MEYER, Claus K., BOLL, Sebastian. Editorial: Categorising migrants: Standards, complexities, and politics. **Anti-Trafficking Review**, n. 11, 2018.

MORGADES, Silvia. La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del TEDH. **Revista de Derecho Comunitario Europeo**, v.14, n. 37, 2010.

NIFOSI-SUTTON, Ingrid. **The protection of vulnerable groups under international human rights law**. London: Routledge, 2017.

PERONI, Lourdes, TIMMER, Alexandra. Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law. **International Journal of Constitutional Law**, n. 11, 2013.

POLZER, Tara. Invisible integration: How bureaucratic, academic and social categories obscure integrated refugees. **Journal of Refugee Studies**, v.23 n.3, 2010.

RIGO, Enrica. La vulnerabilità nella pratica del diritto d’asilo: una categoria di genere? **Etica & Politica / Ethics & Politics**, v. XXI, n. 3, 2019.

ROBERTSON, Shanthi. Status-making: Rethinking migrant categorization. **Journal of Sociology**, v. 55, n.2, 2018.

SCHUSTER, Liza. Turning Refugees into “Illegal Migrants”: Afghan Asylum Seekers in Europe. **Ethnic and Racial Studies**, v. 34, n. 8, 2011.

SPADA, Stefania. Vulnerabilità strutturali e potenzialità di tutela per le persone richiedenti protezione internazionale. In: A. Furia, S. Zullo (eds.). **La vulnerabilità come metodo**. Percorsi di ricerca tra pendeiro politico, diritto ed etica. Rome: Carocci editore, 2020.

TIMMER, Alexandra. Towards Anti-Stereotyping approach for the European Court of Human Rights. **Human rights Law Review**, v. 11, n. 4, 2011.

ZETTER, Roger. Labelling refugees: Forming and transforming a bureaucratic identity. **Journal of Refugee Studies**, v.4, n.1, 1991.

ZETTER, Roger. More Labels, Fewer Refugees: Remaking the Refugee Label in an Era of Globalization. **Journal of Refugee Studies** v.20, n. 2, 2007.

AUTORA:

Encarnación La Spina

Investigadora y profesora del subprograma Ramón y Cajal convocatoria 2016 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades adscrita a la Facultad de Derecho y al Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto. Licenciada en Derecho (2003) y Doctora (2010) por la Universitat de València. Durante más de 14 años ha desarrollado su trayectoria investigadora y académica en la Universitat de València (2006-2010) y, posteriormente con 4 becas postdoctorales competitivas de prestigio nacional e internacional: programa Vali+d GVA en la Université Paris Ouest La Défense (2011-2013), programa Fernand Braudel-IFER incoming/Marie Curie COFUND en Aix Marseille Université (2014-2015), programa Juan de la Cierva MINECO en el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto (2015-2017) y el actual contrato del subprograma Ramón y Cajal en la misma Universidad (2018-). Sus investigaciones se han dirigido a temas relacionados con derechos humanos, familias migrantes, diversidad, ciudadanía, inmigración y asilo, integración y acogida de refugiados y grupos vulnerables en la Unión Europea en perspectiva comparada.

E-mail: elaspina@deusto.es

LOS MOVIMIENTOS MIGRATORIOS DESDE CENTROAMÉRICA: PERSPECTIVA JURÍDICA Y SECURITARIA

José Miguel Calvillo Cisneros
Universidad Complutense de Madrid

RESÚMEN

Las migraciones desde Centroamérica hacia el Norte han aumentado en los últimos años. Este crecimiento se produce en un contexto de inestabilidad política, incremento de la violencia y de la inseguridad ciudadana y deterioro de la situación económica en la región. Existen figuras jurídicas adecuadas que ofrecen amparo a estas poblaciones como la protección temporal o el reconocimiento *prima facie*. La concesión de estas figuras depende de la voluntariedad de los Estados, pero la protección, si se demuestra que existen fundados temores para la vida, pasaría a ser una cuestión de Derechos Humanos y no de discrecionalidad política. Si se consigue demostrar los fundados temores de riesgo para la vida del migrante y/o la de su familia por las razones especificadas en la Convención de Ginebra y en su Protocolo de Nueva York, los Estados en tránsito y/o de destino deben hacer cumplir el Derecho Internacional de los Refugiados otorgando la cobertura necesaria para proteger sus vidas. En el caso de no quedar demostrados estos fundados temores para su vida y/o la de su familia, será la voluntariedad de los Estados la que determine el nivel de protección jurídica y política que ha de brindarse.

Palabras-clave: Refugiados. Migraciones. Centroamérica. Tránsito.

ABSTRACT

Central American migrations have increased in the last years. This situation is caused by a context of political instability, an increase of violence and the economic crisis of the region. These migrations are complex; therefore, we should think about the link between the regional economic process and the political situation in Central America. There are some ways of protecting these migrants, such as temporary protection (Temporary Protected Status) and the *Prima Facie* Recognition of Refugee Status. The implementation of these approaches depends on the will of each state but, if it is shown that there is well-founded concern for migrant life, it would be a Human Rights issue and not a discretionary decision of States. If it is possible to demonstrate a well-founded fear of risk to the life of the migrants and their families for the reasons specified in the Geneva Convention and its New York Protocol, States in transit and/or destination must enforce the International Refugee Law by providing the necessary coverage to protect their lives. If these well-founded fears for their lives and their families are not demonstrated, it will be up to the States to determine the level of legal and political protection to be provided.

Keywords: Refugees. Migration. Central America. Transit.

Recebido em: 09/07/2021

Aceito em: 09/07/2021

INTRODUCCIÓN

Las migraciones desde Centroamérica hacia los Estados Unidos han adquirido un protagonismo político y comunicativo en los últimos años. Estos movimientos poblacionales no deben ser analizados como un fenómeno nuevo porque este tipo de desplazamientos regionales tienen raíces históricas, concretamente se inician en los últimos años del siglo XIX y han ido evolucionando, cuantitativa y cualitativamente, a lo largo del siglo XX hasta llegar a nuestros días. Aunque las razones económicas han prevalecido, cada vez más aparecen otras motivaciones para emigrar como son las ligadas a la seguridad.

En este marco, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los conocidos como *transmigrantes* o *migrantes en tránsito* centroamericanos en su paso por varios países, en especial México, y con destino final los Estados Unidos, es extrema. Durante el éxodo migratorio se producen cambios que alteran las razones iniciales del viaje. Por ejemplo, la motivación originaria ha podido derivar de una persecución en su origen que pone en serio riesgo la vida de la persona y, durante el trayecto, y una vez la vida ha dejado de correr un serio peligro, se produzca una permutación hacia objetivos de mejora del bienestar económico; que las personas decidan intentar construir una vida mejor en otro lugar, pero en el tránsito sufran violaciones sistemáticas de sus Derechos Humanos teniendo, por tanto, que emprender la huida hacia un tercer destino; situaciones en la que los migrantes ven el territorio mexicano como un espacio de tránsito, pero que terminan convirtiéndose en su destino final. En esta línea, Nájera (2015) argumenta que “la necesidad de conseguir recursos económicos para seguir con el viaje a Estados Unidos y la subsecuente estancia temporal en los espacios de tránsito, junto con la imposibilidad o el no deseo de regresar a los países de origen, parecen estarse traduciendo en mayores tiempos de permanencia en territorio mexicano por parte de los migrantes en tránsito. Estas circunstancias han promovido que para algunos migrantes centroamericanos en tránsito, México deje de ser un país o territorio de paso para convertirse en un país de destino temporal o incluso permanente ante las actuales solicitudes de refugio” (NÁJERA AGUIRRE, 2015, p. 11).

La cobertura jurídica que ha de brindarse depende de la motivación objetiva por la que las personas se han visto en la necesidad de emigrar. Se requiere, por tanto, de un análisis de cada caso para poder brindar una protección determinada que puede ser la aplicación de una política migratoria definida por cada Estado soberano que puede conllevar la expulsión del territorio o la protección emanada del Derecho Internacional de los Refugiados si se demuestra la existencia de unos temores fundados de persecución pudiéndose conceder el asilo. Entre ambas posibilidades existe un abanico de aplicación jurídica muy amplio. Las actuales migraciones centroamericanas hacia los Estados

Unidos tienen una difícil clasificación en su tipología y en su naturaleza. En el proceso se dan múltiples y variadas casuísticas que hace complejo el tratamiento jurídico. ¿Sería posible la consideración de refugiados o solicitantes de asilo a los *migrantes en tránsito*? ¿Existe alguna figura jurídica que les pudiera otorgar una protección especial diferente al asilo clásico? Si existiera persecución, ¿cuáles son las causas? Al poder modificarse las motivaciones iniciales por las que las personas emigran ¿se pueden considerar las nuevas circunstancias como determinantes para la concesión del asilo político? Con este trabajo trataremos de dar respuesta a estas preguntas.

El objetivo general de esta investigación es analizar las diferentes tipologías de los migrantes (voluntarios o forzados) provenientes de los países de Centroamérica a fin de determinar si pueden ser considerados población refugiada y, por tanto, merecedores de la protección jurídica del Estado en tránsito (México) o el Estado de destino final (Estados Unidos). De este objetivo general se deriva un objetivo específico que es el de identificar posibles formas de protección a la situación de los *refugiados* y examinar si México está llevando a cabo algún tipo de protección a los migrantes en tránsito.

La estrategia metodológica que se ha utilizado para abordar esta investigación ha sido el método descriptivo, consistente en realizar una exposición narrativa lo más detallada y exhaustiva posible, de la realidad investigada. Con este método se pretende disponer de una primera aproximación al caso a través del conocimiento adquirido como consecuencia de la lectura o estudio de las informaciones aportadas por otros autores, *think tanks*, Organizaciones No Gubernamentales e informes de Organismos Internacionales de prestigio en la materia como son las Naciones Unidas, el Banco Mundial, la Organización Internacional de las Migraciones y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). La unidad de análisis de esta investigación son los movimientos de población en Centroamérica en la actualidad y su posible condición de refugiados para que se les pueda aplicar el marco jurídico internacional que les otorgue protección.

El artículo se divide en tres partes relacionadas entre sí. Una primera teórica a modo de encuadrar el estudio dentro de la disciplina de las Relaciones Internacionales; una segunda de tipo jurídico internacional donde se expondrán los diversos instrumentos de protección nacional, regional e internacional de los migrantes en función de su tipología; y, una tercera de carácter cuantitativo donde se tratará de aportar una radiografía sobre la realidad de los migrantes centroamericanos en tránsito por México y con destino final los Estados Unidos.

2. UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA A LA SITUACIÓN DE LAS MIGRACIONES EN CENTROAMÉRICA DESDE EL PRISMA DE LA SEGURIDAD

La década de los noventa del siglo pasado renueva el debate en torno a las amenazas a la soberanía de los Estados centrada hasta esas fechas en potenciales agresiones de otras naciones. Las clásicas escuelas teóricas de las relaciones internacionales analizaban las cuestiones securitarias desde la perspectiva estatal sin tener en cuenta, de forma seria, las amenazas de otro tipo de actores no gubernamentales. Empero, con el fin de la Guerra Fría se produce una renovación del debate en torno a las cuestiones relacionadas con la seguridad.

En esta línea, y utilizando el foco teórico neorrealista, la sociedad internacional no ha cambiado tanto porque los Estados y el poder siguen siendo elementos esenciales de las relaciones internacionales, aunque se admite que nuevos actores y fuerzas actúen en la sociedad internacional, pero se rechaza que su protagonismo haya desvirtuado la acción del Estado y se haya dado lugar a una sociedad mundial no interestatal hasta el punto de que sea necesario un nuevo paradigma. Para autores como Kenneth Waltz (1979) la sociedad internacional es una organización definida por un principio: el interés del Estado y su seguridad (WALTZ, 1979). La escuela neorrealista busca como objetivo primordial la supervivencia del Estado y para ello, la seguridad adquiere una dimensión que supera al resto de cuestiones. Todo se analiza y se decide en términos de seguridad.

Desde posiciones teóricas críticas, el constructivismo de Alexander Wendt (1999) se opone íntegramente a los planteamientos neorrealistas de Watzl por entender que la política internacional es fundamentalmente una construcción social (WENDT, 1999). Por tanto, el constructivismo parte de una crítica enérgica a las formas tradicionales de entender la política internacional y, a través de tal desafío, consigue presentarse como la principal alternativa teórica a las aproximaciones racionalistas de la disciplina (MOURE, 2009). Sin embargo, ambas teorías internacionales coinciden en observar que se han multiplicado los factores que amenazan la seguridad de los Estados, aunque, unos ven esto como consecuencia de un proceso de construcción social - Wendt - y otros encuentran la explicación en el desorden de la sociedad internacional y en la aparición de nuevos actores - Waltz -.

Lo cierto es que el nuevo carácter multidimensional y global de la seguridad que surge a partir de la década de los noventa nos aleja del clásico concepto de seguridad de la Guerra Fría. En la redefinición de este concepto, se revalorizan nuevas dimensiones y amenazas a la soberanía de los Estados como son, por ejemplo, las migraciones, el integrista, las hambrunas, el desarrollo, el cambio climático y/o las catástrofes naturales. Temas, todos ellos, que conforman lo que ha venido a denominarse la agenda global o la nueva agenda de la política mundial (BARBÉ, 2004).

La migración surgió como una cuestión de seguridad en un contexto marcado por el fin de la Guerra Fría y por los cambios políticos asociados a la "globalización". Como tal, los debates actuales sobre la migración y la seguridad reflejan los cambios tanto en la naturaleza de la migración, como en la naturaleza del pensamiento sobre la migración (HUYSMANS Y SQUIERE, 2009). Esto es evidente en su introducción en el campo de la extensión de los estudios de seguridad, que ha encontrado en la migración un medio para desarrollar una alternativa en un contexto en el que la caída del Muro de Berlín y la desintegración de la Unión Soviética había desestabilizado su guion dominante.

Los estudios de seguridad sufrieron una crisis después de la Guerra Fría lo que dio lugar a la introducción de nuevas aristas objeto de análisis como potenciales amenazas a la soberanía de los Estados. En este escenario, los trabajos de Barry Buzan (1991), J. Ann Tickner (1995), Ole Wæver (1995), Didier Bigo (1995), por citar algunos ejemplos de las escuelas protagonistas en este campo, evidencian como los movimientos de población adquieren un lugar preferencial en los estudios de la seguridad (BUZAN, 1991) (Bigo, 1995) (WÆVER, 1995) (TICKNER, 1995).

En este sentido, las migraciones internacionales se posicionan en el centro de las agendas de seguridad de los Estados, de las principales organizaciones internacionales y también de organizaciones criminales que ven en las migraciones una nueva forma de enriquecerse. Por tanto, los movimientos poblacionales adquieren una dimensión nunca vista hasta finales del siglo XX porque las migraciones internacionales han sido tradicionalmente estudiadas desde diversos campos científicos, principalmente la economía, la antropología y la sociología, pero nunca se habían analizados desde una perspectiva securitaria. Durante el siglo XX se han elaborado diversas teorías que dan explicación a los fenómenos migratorios producidos en el mundo. La gran mayoría de estas teorías se centran fundamentalmente en las causas económicas como principal factor de explicación (CALVILLO CISNEROS, 2020). En la actualidad, los movimientos migratorios "(...) seguramente nunca se han situado en lugar tan destacado de la atención pública (...) y nunca han sido objeto de tan alta prioridad como la que reciben en las agendas de gobiernos y organismos internacionales, organizaciones de la sociedad civil y medios de comunicación" (ARANGO, 2007, p. 8) En efecto, en las últimas décadas los movimientos migratorios ocupan un lugar prioritario en las agendas gubernamentales y mediáticas.

La migración internacional del siglo XXI es un fenómeno complicado, que toca una multiplicidad de aspectos económicos, medioambientales, sociales y de seguridad que afectan a nuestro día a día en un mundo profundamente interconectado. En primer lugar, la migración es un término que abarca una amplia variedad de movimientos y situaciones que involucran a personas de

todos los ámbitos de la vida y orígenes. Desde la última década del siglo XX, la migración internacional afecta, en menor o mayor medida, a todos los actores internacionales. Por ejemplo, en la actualidad es difícil nombrar un Estado que no forme parte del ciclo migratorio, bien como emisor, bien como lugar de tránsito o como destino final. Como consecuencia de una economía globalizada, la migración se entrelaza con la geopolítica, el comercio y el intercambio cultural y brinda oportunidades para que los Estados, las empresas y las comunidades se vean afectados, positiva y negativamente, por el proceso migratorio.

En segundo lugar, han aumentado considerablemente la migración y los desplazamientos no voluntarios como consecuencia de los conflictos bélicos, persecuciones, cambio climático, etc., que ha derivado en una profunda falta de seguridad humana. Si bien la mayor parte de la migración internacional se produce de forma legal —respetando los marcos jurídicos de los Estados receptores—, gran parte de la preocupación pública sobre la inmigración se asocia con las de tipo irregular y las mafias que las patrocinan. Las dos primeras décadas del siglo XXI tienen el trágico honor de ser el periodo de la historia con un mayor número de desplazados y refugiados. Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) “Una cantidad sin precedentes de 79,5 millones de personas en todo el mundo se han visto obligadas a abandonar sus hogares a causa del conflicto y la persecución” (ACNUR, 2019, p. 13). De esta cifra, 26 millones son refugiados, 45,7 millones desplazados y 4,2 millones solicitantes de asilo.

En tercer lugar, los países de origen, y también de tránsito, participan de manera activa en la denominada diplomacia migratoria y utilizan esta cuestión como arma política y económica a favor de sus intereses. Marruecos, Turquía o México son ejemplo de cómo las migraciones se han convertido en una especie de palanca de presión que condiciona políticas económicas y de seguridad a los Estados de destino de las migraciones.

América Latina ha experimentado un crecimiento considerable de sus migraciones que camina en paralelo con el aumento de la inestabilidad política y el deterioro de la situación económica en la región caracterizada por ser la más desigual del mundo. Este aumento se ha producido como parte de la intensificación de los procesos de globalización; también encuentra explicaciones en la agudización de las crisis económicas y políticas que ha vivido, y continúa viviendo, la región. Los cambios en el proceso de acumulación capitalista y la securitización de las fronteras son dos fenómenos que también han afectado considerablemente a los movimientos de personas en esta área geográfica disminuyendo, en algunos casos, o redireccionando o aumentando en otros (NYBERG y SORENSEN, 2017). La concepción de la seguridad bajo estos términos permitió incorporar al conjunto de las clásicas amenazas aspectos sociales, económicos y ambientales (BRAVO

ACEVEDO, 2015). Aparecen, por tanto, unos desafíos no tradicionales que derivan en nuevos motivos de huida, de persecución, que en tiempos pretéritos eran ocasionales y en la actualidad se han convertido en situaciones estructurales.

Hasta la fecha, la aplicación de políticas públicas migratorias con un fuerte componente securitario no están tenido el éxito deseado. Siguiendo los razonamientos de Susan Gzesh (2008) “Las soluciones promovidas por la seguridad a la migración no autorizada incrementan la criminalización del contrabando, violan los derechos a un proceso judicial adecuado para los migrantes y marginan hacia la “clandestinidad” a los migrantes no autorizados limitando así sus derechos laborales en el lugar de trabajo y sus derechos humanos como el acceso a la educación y a los servicios humanos básicos” (GZESH, 2008, p. 5). Los resultados de la aplicación de políticas migratorias bajo el prisma de la seguridad están teniendo los efectos contrarios a los deseados inicialmente.

La heterogeneidad de las migraciones en América Latina en general, y en Centroamérica en particular, tiene varias consecuencias y riesgos analíticos y obliga a diversificar los análisis. Ya no es posible entender la migración Sur-Norte únicamente en términos económicos, sino que se debe combinar con la coyuntura securitaria en la que se encuentran algunas sociedades latinoamericanas. Siguiendo la teoría del capital social de las migraciones “[...] las condiciones que inician un movimiento migratorio pueden ser muy distintas a las condiciones que la perpetúan a lo largo del tiempo, nuevas condiciones que surgen en el curso de un movimiento migratorio vienen a funcionar como causas independientes: se extiende la red migratoria, surgen instituciones de apoyo, etc. Generalmente, el efecto de estas transformaciones es la perpetuación de la migración internacional en el tiempo y en el espacio” (MEJÍA GARCÍA y GARCÍA LIRIOS, 2014, p. 49).

De la aclaración de esta dificultad conceptual derivará la interpretación de los ordenamientos jurídicos nacionales, regionales e internacionales que han de ser aplicados en cada caso. En la búsqueda de la discusión acerca de la confusión de las porosas líneas entre los refugiados tradicionales y los migrantes económicos actuales Susan Gzesh (2008) argumenta que “una definición ampliada de la migración forzada para incluir a los llamados “migrantes económicos” proporcionaría la justificación para la cooperación internacional en la reducción de la necesidad de migrar. Una evaluación de las causas de la migración económica como violaciones de los Derechos Humanos podría ser el fundamento de la nueva definición” (GZESH, 2008, p. 7).

3. LAS POSIBLES FORMAS JURÍDICAS DE PROTECCIÓN COMO REFUGIADOS A LAS MIGRACIONES MIXTAS Y EN TRÁNSITO

El Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) se conforma en el ámbito universal, en el regional y en el nacional. Desde la visión normativa, este derecho forma parte de un mosaico amplio que comprende el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. Por tanto, el Derecho Internacional de los Refugiados goza de tres ámbitos de aplicación: los Derechos Humanos, los derechos nacionales y el derecho específico —particular— de los refugiados. La protección de las personas fuera de sus Estados tiene un gran arraigo en el Derecho Internacional Público.

Al referirse al DIR como una rama derivada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha de ser conscientes de que los Derechos Humanos son de aplicación universal y para todos los seres humanos que habitan el planeta, mientras que el DIR es aplicable únicamente a un conjunto de seres humanos que, por unas causas determinadas, necesitan de la protección de un Estado de acogida (VACAS, 2017). La responsabilidad recae únicamente en el Estado receptor que debe de analizar las pruebas aportadas. Sin embargo, en la línea de Susan Gzesh (2008) “Hay muy poco en la literatura de los Derechos Humanos acerca de la responsabilidad de los Estados de origen de los migrantes en cuanto a las violaciones de los Derechos Humanos que obligan a sus ciudadanos a tomar la decisión de convertirse en migrantes no autorizados y tornarse en vulnerables a las violaciones de los Derechos Humanos perpetradas en su contra en otros Estados” (GZESH, 2008, p. 9). Por tanto, el marco de protección actual otorga toda la responsabilidad al Estado receptor, mientras que el Estado causante de la desprotección de las personas migrantes queda exento, salvo excepciones concretas, de responsabilidad jurídica.

A partir de los años 80 fueron apareciendo nuevas tipologías, como los *refugiados en órbita*, o sea personas que no son examinadas para el reconocimiento de la condición de refugiado y son trasladadas de un país a otro, salvo al de origen u otro donde su vida pueda correr peligro (PRIETO GODOY, 2013). También aparecieron los *refugiados en masa*, es decir, flujos masivos de personas que huyen generalmente de conflictos armados, desastres naturales, violencia generalizada u otros fenómenos. Debido a las complicaciones procedimentales y económicas inherentes al reconocimiento de la condición de refugiado, los Estados se vieron desbordados y adoptaron medidas restrictivas de reconocimiento. En esta línea, los gobiernos europeos se vieron afectados por los conflictos en la antigua Yugoslavia y el consiguiente aumento de las peticiones de asilo de personas que escapaban de la guerra. En este contexto, algunos gobiernos europeos utilizaron la figura del *reconocimiento temporal*. Este fue el caso de la República Federal de Alemania, que recibió a una gran cantidad de

personas proveniente de los Balcanes. Tales acuerdos han sido por mucho tiempo una respuesta de emergencia a los movimientos a gran escala de personas necesitadas de protección internacional “proporcionando protección contra la devolución y el tratamiento adecuado de conformidad con las normas internacionales de Derechos Humanos” (NACIONES UNIDAS, 2015, p. 3). El objetivo de este *reconocimiento temporal* se centra en un reconocimiento grupal de la condición de refugiado a un determinado conjunto de individuos que huyen por las mismas razones.

Otro instrumento de protección que ha de ser considerado en el caso que nos ocupa es el *reconocimiento prima facie* definido por el ACNUR para aquellas situaciones en las que “grupos enteros han sido desplazados en circunstancias que indicaban que los miembros de ese grupo podían ser considerados individualmente como refugiados” (NACIONES UNIDAS, 2015, p. 3) y que, por razones meramente de orden práctico, puede resultar imposible proceder individualmente a la determinación de la condición de refugiado de cada miembro del grupo. Por eso se ha recurrido a la denominada *determinación colectiva* de la condición de refugiado, en virtud de la cual se admite, salvo prueba en contrario, que cada miembro del grupo es *prima facie* un refugiado (NACIONES UNIDAS, 2015, p. 4). Este *reconocimiento prima facie* no debe confundirse con una condición interina o provisional, como por ejemplo el *reconocimiento temporal*, es más, una vez que un individuo es reconocido como refugiado *prima facie*, esta condición debe mantenerse hasta que la situación le permita regresar a su origen.

En el contexto de los movimientos de población en Centroamérica, la consideración como refugiados está ceñida por serias dificultades atribuibles, al menos en parte, a la complejidad de los actuales desplazamientos de poblaciones debido a que no todos los grupos tienen la misma necesidad de protección. Como establece el Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado para la Protección de los Refugiados (en adelante el Comité), para algunos la principal demanda podría ser la provisión de asistencia humanitaria. El Comité dice que, “el hecho de que muchos refugiados huyen para proteger su vida o libertad al lado de quienes buscan dejar atrás la pobreza o las dificultades, es un factor que complica cada vez más la tarea de garantizar la protección internacional a quienes en verdad la necesitan. [...] Controlar las migraciones es un derecho soberano y una responsabilidad de los Estados. Desde la óptica del ACNUR, no obstante, es de la mayor importancia diferenciar entre los refugiados y aquellas personas que no se consideran requeridas de protección internacional. Es una distinción que debe preservarse al diseñar y ejecutar leyes y otras medidas para controlar la inmigración” (NACIONES UNIDAS, 1998, p. 3).

Sin embargo, continúa el informe del Comité, [...] también hay personas que cruzan fronteras nacionales y necesitan protección internacional pero no encajan dentro de la definición

estricta de la Convención de Ginebra de 1951. Muchos sí reciben cierta protección y asistencia, que no siempre suficiente, y es en cierto grado improvisada sobre la marcha. Los criterios para identificar las necesidades de protección son importantes. Las afluencias de refugiados son producto de varios factores a menudo interconectados, incluyendo la persecución individual o el temor fundado de ésta, la violencia generalizada, las agresiones extranjeras, los conflictos internos y otras circunstancias que perturban seriamente el orden público” (NACIONES UNIDAS, 1998, p. 4). A pesar de ello, al no encontrarse claramente definidas estas diferentes casuísticas en la Convención de Ginebra y el Protocolo de Nueva York la protección de estas personas queda bajo el paraguas de los ordenamientos jurídicos estatales. Como respuesta a estas casuísticas, el ACNUR propone una interpretación laxa por parte de los Estados de la protección internacional en los casos particulares cuando dice que, “[...] como respuesta a las migraciones mixtas en situaciones de afluencias masivas, se ha recurrido a veces, de manera práctica y útil, a regímenes temporales de protección. El objetivo de la protección temporal es garantizar que las personas obligadas a huir de su país tengan acceso a la seguridad por el tiempo que exijan sus circunstancias y puedan ejercer su derecho al retorno seguro y digno” (NACIONES UNIDAS, 1998, p. 4).

En un análisis de los motivos que determinan los desplazamientos de la población desde Centroamérica hacia el Norte del continente cabría la posibilidad de otorgar una *protección temporal*, bien en el país de tránsito, o bien en el país de destino o un *reconocimiento prima facie* en tránsito hasta que puedan regresar a sus países. Incluso se podría considerar la opción, tras un estudio exhaustivo de las causas, del *reconocimiento como pertenencia a grupo social*, tal y como se especifica en la Convención de Ginebra. No obstante, esta decisión entra dentro del campo de la solidaridad de los Estados implicados, soberanos en la gestión de los flujos migratorios que transcurren en su territorio pues, forma parte de la soberanía del Estado determinar, en primer lugar, quien es nacional suyo o no. Del mismo modo, la competencia personal del Estado soberano se proyecta y se aplica sobre todas las personas que en un momento determinado se encuentran bajo su jurisdicción, sean nacionales o extranjeros. (VACAS, 2017, p. 56).

Ahora bien, los Estados no pueden ejercer esta competencia de forma discrecional debido a que su aplicación debe realizarse dentro de los límites que fija el Derecho Internacional Público en general, y de los Derechos Humanos en particular, y DIR, como el Migratorio, es una rama más de los Derechos Humanos. Tal vez, poner el foco en las violaciones de los Derechos Humanos como base de una definición ampliada de migración forzada para incluir a las migraciones mixtas podría situar, tanto en los países de origen como en los de recepción, la obligación de proteger a los migrantes

tanto en origen, como en tránsito y destino final, pero de momento, esta parcela se encuentra en el ámbito de la voluntariedad de los Estados.

4. LAS MOTIVACIONES PARA EMIGRAR EN CENTROAMÉRICA. ¿MIGRANTES VOLUNTARIOS O FORZOSOS?

Si bien, las migraciones hacia los Estados Unidos y Canadá parecen haberse reducido desde países como México, se mantienen constantes desde países como Ecuador, Bolivia y Colombia y se han incrementado considerablemente desde los países de Centroamérica (MASSEY, 2015). Sin duda, los desplazamientos forzosos de personas en Centroamérica están a la orden del día debido a la violencia social y política reinante en la región. De acuerdo con Nájera (2015) “la violencia es un hecho social que se presenta en los países de origen, de tránsito y de destino. No todos los migrantes centroamericanos salen de sus países de origen por condiciones de pobreza, sino que cada vez más por la combinación de factores económicos y sociales, como la violencia comunitaria y/o familiar”. (NÁJERA AGUIRRE, 2015, p. 11)

Los datos aportados por un estudio realizado por las Organización Internacional para las Migraciones (OIM) demuestran que los Estados Unidos es el destino deseado por centroamericanos, con la excepción de la población nicaragüense que prefiere Costa Rica. Salvo en los casos de El Salvador y Nicaragua, para el resto de los países de la región México es la segunda opción (OIM 2019). Existe, por tanto, una posibilidad de que los migrantes centroamericanos cambien su condición de transitorios por México a la de migrantes permanentes.

Los últimos años están siendo convulsos para Centroamérica. En Nicaragua, la crisis política, liderada por un levantamiento cívico, ha sido aplastada violentamente por el gobierno autoritario de Daniel Ortega; Honduras, tras celebrar en 2017 las elecciones más polémicas de su historia, continua en una interminable crisis de partidos y una irreconciliable relación entre el presidente Juan Orlando Hernández y sus opositores; flanqueados por la cúpula militar, el gobierno de Guatemala anunció un duro discurso pro-impunidad que ha marcado un retroceso en reformas de justicia y seguridad; en El Salvador se han superado los 20.000 homicidios en un espacio de tiempo récord. (MARTÍNEZ Y BRISCOE, 2019).

Como consecuencia de esta situación y también por una mayor inseguridad proveniente del crimen organizado transnacional, la migración centroamericana, particularmente de los países del Triángulo del Norte, sufrió cambios en el período posterior a 2009. La lenta recuperación económica, el efecto del golpe militar en Honduras, así como la expansión de la violencia de las pandillas juveniles y las redes de narcotráfico en El Salvador y Guatemala tuvieron efectos amplios y

devastadores en la emigración (OROZCO, 2018). La profunda crisis económica, una inestabilidad política caracterizada por el aumento del autoritarismo y un deterioro de la seguridad ciudadana en la región están contribuyendo a crear una situación de emergencia humanitaria en el Triángulo Norte centroamericano. La escasa capacidad institucional y las estrategias equivocadas para hacer frente a las pandillas y la violencia criminal han provocado el desplazamiento de más de medio millón de personas. “Los gobiernos deben aumentar la calidad de sus sistemas políticos para restablecer la ley y el orden, contener el desplazamiento forzado y permitir el regreso de quienes huyeron”. (PRADO PÉREZ, 2017, p. 240).

La violencia ha generado un alto costo humanitario y ha obligado a miles de personas a huir, tanto dentro del territorio, como fuera, y ha tenido como consecuencia que Honduras, El Salvador y Guatemala sean algunos de los países más inseguros del mundo. La violencia ha producido un alto número de víctimas y ha obligado a más de medio millón de personas a huir, tanto internamente como más allá de sus fronteras (PRADO PÉREZ, 2017, p. 241). Las peticiones de asilo se han multiplicado en el último año Estados Unidos y México. El Informe de Tendencias Globales (2017) elaborado por el ACNUR destaca que “en Estados Unidos continuó la tendencia al alza de las solicitudes de personas originarias de países centroamericanos. Los solicitantes de estas zonas representaron el 43% del total de solicitudes de asilo alcanzando niveles que no se registraban desde la década de 1980”. (NACIONES UNIDAS, 2018, p. 39).

En este sentido, tras los últimos años convulsos en la región las peticiones de asilo han aumentado hasta alcanzar las 29.600 solicitudes en México (2018); y El Salvador es el sexto país y Honduras el octavo con mayor número de nacionales que han solicitado asilo en otro Estado en 2018, por detrás de Venezuela, Afganistán, Siria, Irak y República Democrática del Congo. (ACNUR, 2019).

En relación con las *caravanas de migrantes* iniciadas en 2018 lo primero que cabe decir es la confusión en torno al número de personas que las forman. Según la OIM, la primera caravana desde San Pedro Sula, en Honduras fueron al salir aproximadamente 1.300 personas; la segunda por 1.050 personas; y la tercera contó con 1.500 personas aproximadamente, pero al llegar a la frontera con México, el 17 de octubre, ya sumaban aproximadamente 6.000 migrantes a finales de 2018 (OIM, 2019). Por otro lado, de acuerdo con las cifras aportadas por Amnistía Internacional en 2018 las estimaciones oscilaban entre los 8.000 y las 10.000 personas (AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2018). Siguiendo las cifras del ACNUR, las personas que formaron las tres *caravanas* en 2018 suman un total aproximado de 7.150 personas de las cuales un 39,1% solicitaron asilo en México (ACNUR, 2018). Tras el análisis de diferentes fuentes llegamos a la conclusión de que, aunque el tratamiento

informativo y político que se ha dado a las *caravanas de migrantes* han podido sobredimensionar el efecto en cuanto al número de desplazados, lo cierto es que estas cifras no suponen un reto para la estabilidad de los sistemas de acogida de los Estados en tránsito, ni de destino.

Por otro lado, las autoridades mexicanas tienen serias dificultades para conceder y determinar los motivos de las solicitudes de asilo. Por ejemplo, les está siendo complejo establecer que solicitudes se realizan por motivos humanitarios (persecución, violencia generalizada, redes de trata) y cuales son por causas económicas. Las razones que han llevado a esta población centroamericana a solicitar el asilo son diversas, aunque existe un elemento común a todas ellas: las condiciones de extrema violencia, miseria y desprotección por parte de las instituciones públicas de los Estados de origen. Un informe del Banco Mundial elaborado en 2018, citado por Martínez y Briscoe (2019), sostiene que “el 60% de los hondureños son pobres, Guatemala tiene una tasa de pobreza del 59% ; El Salvador, con una tasa de pobreza menor del 40%, es el país de Centroamérica donde la cesta básica no supera el salario mínimo, que es de 273€ al mes”. (MARTÍNEZ Y BRISCOE, 2019, p. 119).

En la misma línea, las Naciones Unidas mantienen que “la violencia, no la pobreza, es el principal motivo que impulsa a huir a los centroamericanos que están llegando a México”. (NACIONES UNIDAS, 2019). Según una encuesta realizada por ACNUR en 2018 donde entrevistó a casi 1.000 centroamericanos en México arroja los siguientes datos: “un 63% dijo que entre las razones que lo llevaron a dejar su país se encontraba el haber sido víctima de la violencia, o bien, el temor a serlo. El 70% manifestó que, si regresa a su país, su vida o su libertad estarían en peligro. Y un 46% prefiere quedarse en México, a ir a Estados Unidos u otro país (30%)” (NACIONES UNIDAS, 2019, p. 2). El representante de ACNUR en México afirma que los resultados de esta encuesta permiten ver que la mayoría de las personas que están entrando al país por esta frontera, ya sea en grandes grupos o en grupos pequeños, tienen necesidades de protección como refugiados, pues han salido de sus países por situaciones de violencia o persecución. Es urgente fortalecer el sistema de asilo. (NACIONES UNIDAS, 2019, párrafo 4).

El escenario político de Honduras es profundamente inestable; la población hondureña tiene que huir de su país principalmente por la situación de seguridad, a la que se suma un objetivo de mejorar su bienestar económico y social. Las cifras hablan por sí solas: cada 73 minutos una persona es asesinada en Honduras; la tasa de homicidios ha pasado del 30,7% en 2004 a 60% cada 100.000 habitantes en 2015; el 60% de mujeres (asesinadas, violadas y/o secuestradas) fueron atacadas en plena calle; el 91% de los feminicidios y el 85% de asesinatos de policías permanecen sin resolver. Estos datos arrojan una idea de la situación del país, en el que impera la violencia, la impunidad y la

inseguridad. (MÉNDEZ JUEZ, 2016). El caso de El Salvador es similar al de su vecino. Testigos protegidos por la fiscalía salvadoreña aseguran que los dos grandes partidos políticos del país han pagado grandes sumas de dinero a las pandillas con el fin de boicotear a su contrincante durante las elecciones presidenciales de 2014. Estas acciones han convertido a las pandillas de El Salvador en un actor político reconocidos por todos los grupos de poder. (MARTÍNEZ Y BRISCOE, 2019). La persecución política ha sido más evidente en la crisis de Nicaragua donde el gobierno de Ortega ha reprimido con violencia la revuelta civil que reclamaba mejoras sustanciales en el sistema político y de la seguridad social, lo que ha derivado en la huida de cientos de personas perseguidas por motivos ideológicos. Toda esta información demuestra que tanto la violencia, como la pobreza, se encuentran detrás de la decisión de emprender la aventura de emigrar.

Otro estudio elaborado por Médicos Sin Fronteras (MSF) desvela que la violencia experimentada por la población del Triángulo Norte no es diferente de la que se vive en un país en guerra. “Se asesina con impunidad, los secuestros y la extorsión son cotidianos, las bandas criminales propagan la inseguridad y reclutan por la fuerza a individuos para engrosar sus filas, y la violencia sexual se utiliza como una herramienta de intimidación y control”. (MÉDICOS SIN FRONTERAS, 2017, p. 8). Los datos de otra encuesta elaborada por MSF después de entrevistar a 467 migrantes y refugiados en los albergues de Tenosique, Ixtepec, Huehuetoca, Bojay y San Luis Potosí dibujan un panorama detallado de la violencia que los migrantes sufren en su país de origen y en el recorrido por México. Sobre el terreno de tránsito (México), el 57% de los migrantes hondureños y el 67% de los salvadoreños no se sentían seguros en su país; el 33% de los guatemaltecos y el 12% de los nicaragüenses estaban en la misma situación. Un tercio de las personas que entran en México desde el Triángulo Norte de Centroamérica (concretamente el 32,5%) habían estado expuestas a actos de violencia física perpetrados por alguna persona ajena a su familia (principalmente miembros de bandas criminales) en los dos años anteriores a la salida de su país. Casi la mitad de los entrevistados (48,4%) habían recibido alguna amenaza directa por parte de una persona ajena a su familia. El 78% de los amenazados manifestaron que tal incidente tuvo un impacto grave en sus actividades sociales y profesionales. (MÉDICOS SIN FRONTERAS, 2017, p. 9). En particular, siguiendo la misma encuesta, el 56,2% de los salvadoreños y el 45,4% de los hondureños habían sufrido alguna muerte violenta dentro de la familia en los dos años anteriores a la salida del país. Un 31% de los entrevistados conocían a alguien que había sido secuestrado y un 17%, a alguien que había desaparecido. Un 72% de los hondureños y un 70% de los salvadoreños escuchaban habitualmente disparos en su barrio, y el 75% y el 79%, respectivamente, habían presenciado un homicidio o visto el cadáver de alguien asesinado en los últimos dos años. La mitad de los entrevistados (50,3%) se habían marchado de sus

hogares por razones exclusiva o parcialmente relacionadas con la violencia; y dentro de quienes habían huido de la violencia, un 34,9% mencionaron más de una causa. (MÉDICOS SIN FRONTERAS, 2017, p. 10).

En cuanto a la exposición a la violencia en el tránsito hacia el destino final, los resultados de esta encuesta son demoledores. Más de la mitad de los entrevistados habían sufrido algún acto violento reciente en el tránsito. Un 44% habían sido golpeados, un 40% habían sido zarandeados, empujados o estrangulados, y un 7% habían sido blancos de disparos. Un 68,3% de los entrevistados habían sido víctimas de la violencia durante su tránsito por México. Una de cada tres mujeres había sufrido abusos sexuales. La repetida exposición a este tipo de actos es una realidad cotidiana en esta ruta migratoria. De hecho, un 38,7% dijeron haber sufrido más de un incidente violento y un 11,3% sufrieron más de tres. (MÉDICOS SIN FRONTERAS, 2017, p. 11)

Queda claro que los motivos de emprender la migración en Centroamérica no solamente son económicos, sino que la amenaza a la seguridad humana está también muy presente. Muchos tratan de huir de los exorbitantes niveles de violencia del Triángulo Norte motivados por un tóxico cóctel de pobreza, maras e impunidad, a lo que se suma el legado de varias guerras civiles. La *caravana de migrantes* es la última crecida de un río constante de centroamericanos que buscan cobijarse de los funcionarios corruptos, los abusos de las fuerzas de seguridad y las “mafias de los pobres”, que ejercen la extorsión y la violencia sobre los habitantes de las ciudades cuando no les reclutan. (BURGESS, 2019, p. 105).

La OIM también reconoce la motivación de la violencia como causa de la huida. Así, en un informe elaborado en enero de 2019 se refieren a que, “[...] entre los grupos están personas que huyen de la violencia y la persecución en sus países, al igual que otros que buscan mejorar su situación económica, reunirse con sus familias en Estados Unidos o solventar sus necesidades de seguridad alimentaria. De particular preocupación es la vulnerabilidad de los grupos ante crímenes como la trata de personas y tráfico de migrantes”. (Organización Internacional para las Migraciones - OIM, 2019, p. 2).

El informe elaborado por la OIM plantea una novedad en relación con el *reconocimiento temporal* como refugiados a estas poblaciones. Concretamente se refiere a que, como resultado del arribo masivo de personas de Centroamérica, el gobierno mexicano empezó a implementar un proyecto piloto en la frontera de la Ciudad Hidalgo, en el marco de su nueva política migratoria. Bajo esa política, el gobierno se compromete a poner en marcha un régimen migratorio basado en principios de Derechos Humanos - (OIM, 2019, p. 2). El proyecto piloto ha sido puesto en práctica durante doce días obteniendo los siguientes resultados. Según el Instituto Mexicano de Migración

(INM), “[...] se registraron a 12,574 solicitantes de la Tarjeta de Visitante por Razones Humanitarias en la frontera entre Guatemala y Ciudad Hidalgo, la gran mayoría de personas de Centroamérica. A finales de enero, el INM entregó más de 8,600 tarjetas, permitiéndoles entrada y libre movilidad en México, al igual que acceso al mercado laboral, que viene a ser una especie de concesión del asilo en el país. El 28 de enero, el gobierno anunció que el registro bajo este programa piloto finalizaría, y se les seguirá entregando las tarjetas a quienes se hayan registrado, mientras que futuras aplicaciones serán recibidas posteriormente en los países de origen (OIM, 2019, p. 2).

Las personas que solicitaron formar parte de este programa de reconocimiento temporal no son, en su mayoría, miembros de las *caravanas de migrantes*, aunque se crea un precedente como solución para la población más vulnerable. La protección jurídica temporal queda bajo la discrecionalidad del Estado soberano - México - pero, al mismo tiempo, el Estado puede cancelar o paralizar este tipo de concesiones. Sin embargo, esta cuestión entraña un riesgo de discrecionalidad peligroso e incompatible con el cumplimiento del DIR puesto que la protección, si se demuestra que existen fundados temores para la vida según la Convención de Ginebra y de su Protocolo Adicional de Nueva York, pasa a ser una cuestión de Derechos Humanos y no de interpretación política. Los Estados son, por tanto, responsables de proveer la protección necesaria a todas las personas que se encuentre en su territorio.

CONCLUSIÓN

Las motivaciones para que los centroamericanos emigren son variadas, aunque poseen un elemento común: la situación de pobreza y de inseguridad generalizada en los países del Triángulo Norte. Por ello, una parte importante de esta población tiene derecho a solicitar una protección jurídica tanto en el Estado en tránsito, como en el destino final. Los Estados que reciben la solicitud deben iniciar una investigación para demostrar las causas de la huida y, por tanto, determinar finalmente si procede la concesión de la protección jurídica internacional o de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional.

Aunque el factor cuantitativo no debe de condicionar la concesión de la protección como refugiado, las cifras de *migrantes en tránsito* no suponen un riesgo para los sistemas de acogida de México, ni de los Estados Unidos. Siempre que queden demostrados los fundados temores para la vida, las características comunes de los *migrantes en tránsito* como pertenecientes a un determinado grupo social - en terminología de la Convención de Ginebra de 1951 - podría ser un elemento más a tener en cuenta para conceder protección jurídica.

Otras formas de protección jurídica es el *reconocimiento temporal* a los migrantes en tránsito como respuesta de emergencia a los movimientos a gran escala de personas necesitadas de protección internacional considerando que, el objetivo de esta figura se centra en un reconocimiento a un determinado conjunto de individuos que huyen por las mismas razones. Una forma más de protección aplicable es el *reconocimiento prima facie* porque podría entenderse como grupos enteros que han sido obligados a desplazarse y, que en el caso de que se realizara un análisis individualizado de cada miembro de ese grupo, el resultado derivaría en un reconocimiento individual de la condición de refugiado. Hay una variedad de figuras jurídicas de protección por motivos humanitarios y de seguridad, aunque se requiere de la voluntariedad de los Estados.

Por último, los movimientos migratorios desde Centroamérica hacia el Norte del continente son muy heterogéneos, pero comparten un elemento común que es la inestabilidad política, económica y social que deriva en un escenario de seguridad violento y carente de protección por parte de las instituciones públicas. Este factor de expulsión debe determinar el tratamiento jurídico que ha de brindarse a estas personas que huyen de sus territorios. Si se consigue demostrar los fundados temores para su vida y/o la de su familia por las razones especificadas en la Convención de Ginebra y en su Protocolo de Nueva York, los Estados en tránsito y/o de destino deben hacer cumplir el DIR otorgando la cobertura necesaria para proteger sus vidas o, en el caso de no quedar demostrados estos fundados temores para su vida y/o la de su familia, será la voluntariedad de los Estados la que determine el nivel de protección jurídica y política que ha de brindarse.

BIBLIOGRAFÍA

ACNUR. **Las migraciones mixtas y su relación con el éxodo de refugiados, incluyendo la repatriación de las personas que no requieren de protección internacional, así como la facilitación del retorno en su dimensión mundial.** Dictamen del Comité Permanente, Naciones Unidas, 1998.

ACNUR. **Directrices sobre Protección Internacional n. 11.** Reconocimiento prima facie de la condición de refugiado. Ginebra, 2015.

ACNUR. Disponible em: <http://iecah.org/images/directory/1295231728GuiaDerRef.pdf>. 2001. Acceso el 31 de octubre de 2018.

ACNUR. <https://www.acnur.org/5bedfad54.pdf>. 2018. Acceso em: 28 feb. 2019.

ACNUR. <https://www.acnur.org/datos-basicos.html>. Acceso em: 10 sept.2019.

ACNUR. **Informe Tendencias Globales.** Ginebra: ACNUR, 2019.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. **Amnistía Internacional**. 17 nov. 2018. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2018/11/key-facts-about-the-migrant-and-refugee-caravans-making-their-way-to-the-usa/>. Acceso em: 10 oct. 2020.

ARANGO, Joaquín. Las migraciones internacionales en un mundo globalizador. **Vanguardia dossier**, n. 22, 2007, pp. 6-15.

BARBÉ, Esther. **Relaciones Internacionales**. Madrid: Tecnos, 2004.

BIGO, Didier. Grands Débats Dans Un Petit Monde. **Cultures & Conflits**, 1995, pp. 7-41.

BRAVO ACEVEDO, Guillermo. Las migraciones internacionales y la seguridad multidimensional en tiempos de la globalización. **Diálogo Andino**, n. 48, 2015, pp. 139-149.

BURGESS, Katrina. La migración y sus riesgos en América. **Política Exterior**, en.- feb., 2019, pp. 102-107.

BUZAN, Barry. People, States & Fear. **An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era**. 2. London: Harvester Wheatsheaf, 1991.

CALVILLO CISNEROS, José Miguel. Las migraciones internacionales en el siglo XXI. Em **El Sistema Internacional del siglo XXI. Dinámicas, actores y Relaciones Internacionales**, por Paloma González del Miño, 53-72. Madrid: Tirant lo Blanch, 2020.

CANTOR, David J., y TRIMIÑO MORA, Diana. ¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el Derecho Internacional Humanitario. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional XV**, 2015, pp. 65-194.

GZESH, Susan. Una redefinición de la migración forzada. **Migración y Desarrollo**, 2008, pp. 97-126.

HERRERA, Gioconda y NYBERG, Ninna Sorensen. Migraciones internacionales en América Latina: miradas críticas a la producción de un campo de conocimiento. **Iconos**, n. 58, 2017, pp. 11-36.

HUYSMANS, Jef and SQUIRE, Vicki. Migration and Security. In: Dunn Caveltly. Em **Handbook of Security Studies**, por Victor Myriam and Mauer. London: Routledge, 2009.

MARTÍNEZ, Sofía y BRISCOE, Iván. Las políticas que engendraron el éxodo. **Política Exterior**, en.- feb., 2019, pp. 117-123.

MASSEY, Douglas. A Missing Element in Migration Theories. **Migration Letters** v.3, n. 12, 2015, pp. 279-299.

MEJIA GARCIA, Silvia y GARCÍA LIRIOS, Cruz. Violencia Institucional contra los transmigrantes centroamericanos. **Revista Trabajo Social de la UNAM**, n. 6, 2014, pp. 45-66.

MÉNDEZ JUEZ, Marta. Oportunidades y retos para la democracia en Centroamérica: la realidad sociopolítica de Honduras en un contexto de inseguridad ciudadana. **En Integraciones y**

Desintegraciones sociales, edição: Santos González D. y Giménez Rodríguez S., pp. 262-278. Toledo. ACMS, 2016.

MÉDICOS SIN FRONTERAS. **Forzados a huir del Triángulo Norte de Centroamérica**. Una crisis humanitaria olvidada. México: MSF, 2017.

NÁJERA AGUIRRE, Jessica Natalia. El complejo estudio de la actual migración en tránsito por México: Actores, temáticas y circunstancias. **Migraciones Internacionales**, 2015, pp. 255-266.

OIM. **Movimientos mixtos desde el Norte de Centroamérica**. 30 en. 2019. Disponible en: http://rosan jose.iom.int/site/sites/default/files/Reportes/Reporte%20interagencial%2030%20enero%202019%20-%20ESPA%20C3%91OL_0.pdf (acceso em 27 de febrero de 2019). Acceso el 15 de septiembre de 2020.

ONU. 2019. <https://news.un.org/es/story/2019/02/1450611>. Acceso en: 4 mar. 2019.

OROZCO, Manuel. **The dialogue**. Leadership for the American. 6 nov. 2018. <https://www.thedialogue.org/analysis/central-american-migration-current-changes-and-development-implications/> Acceso em: 11 mar. 2019.

PRADO PÉREZ, Ruth Elizabeth. “Better Governance to Fight Displacement by Gang Violence in the Central American Triangle.” **Migraciones Internacionales** v. 9, n. 2, 2017, pp. 237-243.

PRIETO-GODOY, Carlos Alberto. “La situación de las migraciones internacionales mixtas, un desafío constante para el derecho internacional de los refugiados y el derecho de asilo.” **Dikaion** v. 22, n. 1, 2013, pp. 83-107.

TICKNER, J. Ann. “Re-Visioning Security.” Em **International Relations Theory Today**, por Ken Booth and Steve Smith, pp.175-197. Cambridge:: Cambridge: Polity, 1995.

TRUAX, Eileen. La crueldad como política migratoria. **Política Exterior**, en.- feb., 2019, pp. 108-115.

VACAS, Félix. **El Derecho Migratorio Internacional y Europeo, como límites desde los Derechos Humanos a la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria. Derechos Humanos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

WÆVER, Ole. Securitisation and desecuritisation. Em **On security**, por Ronnie Lipschutz, 46-86. New York: Columbia University Press, 1995.

WALTZ, Kenneth. **Theory of International Politics**. New York: McGraw Hill, 1979.

WENDT, Alexander. **Social Theory of International Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

AUTOR:

José Miguel Calvillo Cisneros

Doctor en Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Acción Solidaria Internacional de Europa por la Universidad Carlos III, donde obtiene los títulos de experto en cooperación al desarrollo, acción humanitaria y migraciones, refugio y asilo. Sus principales líneas

de investigación son la cooperación internacional y la acción humanitaria, las migraciones internacionales y la seguridad y el desarrollo, con especial atención al caso de Afganistán. Ha realizado una estancia de investigación en la Universidad Nacional de Ingeniería de Nicaragua, investigando las relaciones entre el medio ambiente y los conflictos. Tiene una amplia experiencia profesional en el sector de la cooperación internacional, habiendo trabajado en la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), en varias ONG y en el sector de la consultoría internacional. Esta trayectoria profesional le ha permitido conocer la realidad de países como Afganistán, Tayikistán, Egipto, Tanzania, Nicaragua y El Salvador.

E-mail: jcalvill@ucm.es

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3340-184X>

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y RETOS PARA LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EUROPA: EL RASTREO DE CONTACTOS DURANTE LA PANDEMIA POR COVID-19

Monica Arenas Ramiro
Universidad de Alcalá

RESUMEN

Vivimos un proceso de digitalización que se ha visto acelerado no sólo por los numerosos avances tecnológicos de los últimos años, sino por los acontecimientos relacionados con la pandemia que estamos viviendo a nivel mundial por COVID-19, y que nos han obligado a mantener medidas de distanciamiento social para combatir el virus. Pero como en toda pandemia o control de enfermedad infecciosa, más allá del distanciamiento social y otras medidas higiénico-sanitarias, se hace necesario identificar y rastrear los casos de las personas infectadas por coronavirus, conocer sus contactos y aislarlos para frenar la expansión del virus. Estas medidas suponen generalmente el conocimiento de datos tan sensibles como los relacionados con la salud y, por tanto, una clara injerencia en la vida privada de los ciudadanos. La cuestión es comprobar si dicha injerencia está o no justificada y es legítima. Este artículo se ocupa de dar respuesta a dicha cuestión, de analizar si las medidas de rastreo cumplen con los principios necesarios para tratar datos personales, y si el tratamiento que supone la identificación de los infectados y de sus contactos tiene una base de legitimación que las justifique.

Palabras-clave: COVID-19. Protección de datos personales. Rastreo de contactos.

NEW TECHNOLOGIES AND CHALLENGES FOR THE PROTECTION OF PERSONAL DATA IN EUROPE: CONTACT TRACING DURING THE COVID-19 PANDEMIC

ABSTRACT

We are living through a process of digitalisation that has been accelerated not only by the numerous technological advances of recent years, but also by the events related to the COVID-19 pandemic we are experiencing worldwide, which have forced us to maintain social distancing measures to combat the virus. But as in any pandemic or infectious disease control, beyond social distancing and other hygienic-sanitary measures, it is necessary to identify and trace cases of people infected by coronavirus, to know their contacts and isolate them in order to stop the spread of the virus. These measures generally involve the disclosure of such sensitive health-related data and, therefore, a clear interference in the private lives of citizens. The question is whether or not such interference is justified and legitimate. This article is concerned with answering this question, analysing whether the tracking measures comply with the necessary principles for processing personal data, and whether the processing that involves the identification of infected persons and their contacts has a legitimate basis that justifies it.

Keywords: COVID-19. Personal data protection. Contact tracing.

Recebido em: 16/06/2021
Aceito em: 03/07/2021

INTRODUCCIÓN

Vivimos en un entorno altamente digitalizado,¹ en continua transformación acelerada a marchas forzadas por las situaciones de confinamiento y distancia social establecidas como medidas para frenar la pandemia. Así lo hemos visto en el ámbito educativo, con la docencia *online*, o en el ámbito laboral, con el teletrabajo. En relación con la protección de la salud, más allá del uso de nuestra información personal, de nuestros datos médicos con fines de investigación médica durante la pandemia,² lo hemos visto con medidas como la toma de temperatura, las aplicaciones médicas para ayudarnos a autodiagnosticarnos y, muy especialmente, con las medidas manuales o automatizadas de rastreo o seguimiento de los contactos de personas infectadas con coronavirus. Estas últimas medidas constituyen, innegablemente, una herramienta eficaz para frenar la expansión de la pandemia por COVID-19 y no sólo a nivel nacional.

No obstante, si bien es evidente la necesidad de tratar datos personales en estos casos, por otro lado, son también incuestionables los peligros a los que el tratamiento de dichos datos personales se encuentra sometido: discriminación, manipulación o intromisión en la vida privada de los sujetos son algunos ejemplos. Con el tratamiento de datos personales nos encontramos ante la afectación de un derecho fundamental: el derecho fundamental a la protección de datos personales, que significa el control y poder de disposición de los datos personales y está íntimamente ligado al desarrollo personal, a la dignidad de la persona.

Para garantizar este derecho, para garantizar la privacidad de los sujetos y el control de su información personal y protegerlo, entre otros, frente a las amenazas de los avances tecnológicos

¹ En palabras del Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), hoy más que nunca debemos defender la privacidad como “piedra angular de la libertad individual y de la democracia”. Vid. SEPD, *The EDPS Strategy 2020-2024. Shaping a Safer Digital Future: a new Strategy for a new decade*, 30 de junio de 2020. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/20-06-30_edps_shaping_safer_digital_future_en.pdf. Accedido en: 26 e mar. 2021).

² Vid. Guidelines 03/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak (Publicadas el 21 de abril de 2020. Disponibles en https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-032020-processing-data-concerning-health-purpose_en. Accedido en: 26 mar. 2021).

diversos Tratados y normas internacionales,³ europeas,⁴ y nacionales⁵ fueron reconociendo el derecho fundamental a la protección de datos y estableciendo los principios y reglas básicas para tratar datos personales. Estas normas establecieron entre otros, a saber, esencialmente, la transparencia en el uso de los datos personales; la información sobre quién, cómo y cuándo tratará la información personal; la necesaria existencia de una base que legitime dichos tratamientos, como el tan manido consentimiento; o la existencia de una Autoridad independiente de control que vigile el cumplimiento de la normativa de protección de datos y la protección del derecho fundamental.

Así las cosas, como en toda posible lesión de un derecho fundamental, los numerosos retos a los que se enfrenta el uso de la información personal -como es el caso concreto de las medidas de rastreo de contactos que aquí se estudian-, deben analizarse en conexión con los principios que las normas de tratamiento de datos personales exigen para hacer real y efectivo el poder de disposición: la transparencia, la información y el consentimiento, entre otros. Habrá que analizar si dichas medidas se ajustan a las exigencias de la normativa de protección de datos, sin perder de vista, ante todo, que lo que está en juego es un derecho fundamental vinculado intrínsecamente a la dignidad de la persona.

1. UN CAMBIO DE PARADIGMA A LA HORA DE TRATAR DATOS PERSONALES: LA APROBACIÓN DEL RGPD

El 25 de mayo de 2018 -tras un largo y complejo proceso hasta su aprobación y con una técnica legislativa cuestionable, conteniendo cincuenta y seis cláusulas abiertas o remisiones a los

³ Citamos aquí por ser el germen del derecho a la protección de datos, garantizando la vida privada de los sujetos, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), y el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). A nivel internacional destaca el conocido como Convenio 108, del Consejo de Europa. Vid. Convenio nº 108, del Consejo de Europa, para la Protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, aprobado el 28 de enero de 1981. El citado Convenio se ha visto reformado por una versión aprobada por el Consejo de Europa el 18 de mayo de 2018, siendo un Protocolo de enmienda nº 223, y pasando a ser conocido como Convenio 108+.

⁴ Art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), donde se reconoce el derecho fundamental a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo para todos los ciudadanos europeos. Vid., también, Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos, RGPD). El RGPD se publicó el 4 de mayo de 2016 en el DOUE, dilatándose su aplicación hasta dos años más tarde, a partir del 25 de mayo de 2018 (art. 99 RGPD).

⁵ Si bien los Reglamentos comunitarios no necesitan de transposición, en España, con el fin de completar lo previsto en el citado RGPD, crear seguridad jurídica y evitar confusión con la normativa nacional hasta entonces vigente, se aprobó la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales (LOPDGDD). La LOPDGDD derogó la anterior Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) (sin perjuicio de lo previsto para los Tratamientos sometidos a la Directiva (UE) 2016/680 y de las Normas dictadas en desarrollo del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE). Para un estudio de la citada LOPDGDD, vid. ARENAS; ORTEGA, 2019. Haciendo referencia a la Exposición de Motivos de la LOPDGDD, destacando el reconocimiento de toda una serie de derechos digitales, adaptando los derechos a la era digital, vid. GARCÍA, 2018, p. 63.

Estados (GARCÍA, 2018, pp. 71-72; y GARCÍA, 2019, pp. 95-131)-, entró en aplicación el ya citado RGPD. El RGPD se aprobó con el objetivo de empoderar a los ciudadanos respecto del control de sus datos personales sin limitar el libre flujo de los datos personales, contribuyendo de esta forma a fortalecer el mercado único digital.⁶

Destacamos aquí esta norma porque es de obligado cumplimiento en toda la Unión Europea sin necesidad de transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales,⁷ y porque marca los principios que deben regir todo tratamiento de datos personales, como los que se producen con las medidas de rastreo de contactos. Por ello, la tomaremos como norma a cumplir de referencia. Pero no solo por esto. Debemos subrayar el hecho de que con la aprobación del RGPD se produjo un cambio esencial en la forma en la que hasta ahora se venían tratando los datos personales en Europa, aportando un enfoque proactivo y no reactivo de la norma (TRONCOSO, 2016, p. 468; GARCÍA, 2018, pp. 72-73; y LÓPEZ, 2017, pp. 19 y 52-60). Se pasa de un sistema reactivo, que actúa frente a las infracciones, a un sistema proactivo, que busca prevenir y evitar la infracción. Ahora hay que cumplir y, en caso de ser requerido por las Autoridades competentes, poder demostrar que se cumple.⁸ Todo esto ha convertido al RGPD en una norma de referencia a nivel mundial.⁹

Con la finalidad de hacer efectivo el cambio de paradigma a un modelo proactivo y garantizar así el derecho fundamental a la protección de datos personales en un mundo digitalizado, el RGPD introdujo no sólo nuevos principios a la hora de tratar los datos personales, sino que reforzó las bases de legitimación y reconoció nuevas facultades a los titulares de los datos personales, otorgando también nuevas potestades sancionatorias a las Autoridades de control con el fin de hacerlas más eficaces en su labor de garantes del derecho.¹⁰ Dejamos aquí simplemente mencionadas, a modo de ejemplo, las novedades más significativas: la exigencia de un principio de transparencia

⁶ Este es el doble objetivo de la reforma, tal y como lo manifestó la Comisión en la propuesta inicial de reforma de la materia y aprobación del RGPD iniciada en el año 2010: COM (2010) 609 final, “Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea”, Bruselas, 4 de noviembre de 2010.

⁷ De conformidad con el art. 288 TFUE, se ofrece una mayor seguridad jurídica al introducirse un conjunto armonizado de normas en esta materia.

⁸ Art. 5.2 RGPD: “El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»)”.

⁹ Ya con motivo de la celebración del Día Europeo de la Protección de Datos de 2020, la Vicepresidenta de la Comisión Europea (VERA JOUROVÁ) y el Comisario europeo de Justicia (DIDIER REYNDERS) concluyeron que el RGPD se estaba convirtiendo en un “estándar global”, sirviendo de inspiración a un gran número de normas en todo el mundo. Sobre dicha Declaración conjunta, vid. *Joint Statement by Vice-president Jourová and Commissioner Reynders ahead of Data Protection Day*, 27 de enero de 2020 (Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_20_120. Accedido el: 26 mar 2021. Y con motivo de sus dos años de vida y el análisis del mismo por la Comisión, vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de marzo de 2021, sobre el Informe de evaluación de la Comisión sobre la ejecución del Reglamento General de Protección de Datos dos años después de su aplicación (Resolución 2020/2717 (RSP) (Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0111_ES.html. Accedido el: 28 mar. 2021).

¹⁰ Capítulo VII RGPD.

respecto de los tratamientos de datos personales que se produzca;¹¹ la exigencia de un consentimiento informado expreso, invalidando cualquier tipo de consentimiento tácito;¹² la exigencia de nombrar un Delegado/a de Protección de Datos en determinadas circunstancias, siendo obligatorio en todo caso para las Administraciones públicas (SIMON y BACARIA, 2020);¹³ la regulación detallada del consentimiento de los menores de edad (ARENAS, 2019, pp. 237-264); y el reconocimiento de nuevas facultades a los titulares de los datos como el conocido derecho al olvido, que es una versión modernizada del ya conocido derecho de cancelación o supresión (RALLO, 2014; ARENAS, 2014, pp. 537-558; y ÁLVAREZ, 2016, pp. 227-240),¹⁴ o el derecho a la portabilidad de los datos.¹⁵

Las medidas destinadas a informar y rastrear a las personas infectadas por COVID-19 y sus contactos deben cumplir con la normativa de protección de datos. Pero, a la hora de analizar si la medida está o no justificada y es legítima, no debemos olvidar que el derecho fundamental a la protección de datos personales no es absoluto y debe analizarse con perspectiva, de forma sistemática, en el contexto social en el que se aplica y ejerce, y en equilibrio con el resto de derechos fundamentales e intereses en juego, analizando si las medidas que representan la injerencia son proporcionadas en una sociedad democrática.¹⁶

1.1. Los principios del tratamiento de datos personales

El derecho a la protección de datos personales descansa sobre una serie de principios esenciales y necesarios para que el tratamiento de dichos datos pueda llegar a producirse. Estos principios, recogidos en el artículo 5 RGPD, hacen referencia, en su conjunto, a las condiciones básicas para que los datos personales puedan ser tratados. Los citamos aquí brevemente con el fin de pasar luego a analizar si las medidas de rastreo de contactos los cumplen o no. Si no los cumplen todos, las medidas deberán ser consideradas ilícitas.

¹¹ Art. 5.1.a) RGPD.

¹² Art. 4.11) RGPD.

¹³ Arts. 37 a 39 RGPD. Vid. *Directrices sobre los Delegados de Protección de Datos (DPD)*, aprobadas por el Grupo de Trabajo del artículo 29, el 13 de diciembre de 2016; revisadas y adoptadas el 5 de abril de 2017 (Disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp243rev01-es.pdf>. Accedido en: 28 mar. 2021).

¹⁴ Art. 17 RGPD.

¹⁵ Vid. las *Directrices sobre el derecho a la portabilidad de los datos*, aprobadas por el Grupo de Trabajo del artículo 29, el 13 de diciembre de 2016, revisadas y adoptadas el 5 de abril de 2017 (Disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/wp242rev01-es.pdf>. Accedido en: 28 mar. 2021).

¹⁶ Así lo recoge expresamente el Considerando 4 RGPD: “El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad”, añadiendo que “el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad”.

En primer lugar, debemos citar el principio de licitud, lealtad y transparencia del tratamiento. Conforme a este principio, para que un tratamiento de datos personales pueda considerarse lícito, el mismo deberá tener unas bases legítimas, como luego veremos y que se recogen en el artículo 6 RGPD. Los datos se tratarán de forma leal y transparente respecto del titular de los datos.

En segundo lugar, se encuentra el principio de limitación de la finalidad, conforme al cual los datos personales deben recogerse con una finalidad determinada, explícita y legítima, que permita a su titular controlar el uso que se hará de los mismos. Esto provoca que los datos personales no sean tratados con objetivos indeterminados o no explícitos; y, por otro lado, que no puedan ser utilizados para finalidades “incompatibles” con aquéllas para las que originariamente fueron recogidos. Se considera que siempre es compatible con la finalidad para la que son recogidos los datos personales, todo tratamiento que tenga como objetivo fines históricos, estadísticos o científicos, y, en todo caso con fines de archivo en interés público.

En tercer lugar, tenemos uno de los principios más importantes y una de las reglas básicas extraídas de la nueva normativa comunitaria que exige que los datos tratados se limiten a los mínimos necesarios para la finalidad perseguida.

En cuarto lugar, encontramos el principio de exactitud, conforme al cual los datos tratados deben ser exactos y estar puestos al día.

En quinto lugar, tenemos el principio de conservación de los datos: los datos personales deben ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que fueron recogidos. Se podrán conservar por más tiempo exclusivamente para fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos.

En sexto lugar, el RGPD recoge el principio de integridad y confidencialidad conforme al cual los tratamientos deben garantizar la seguridad de la información, evitando un tratamiento no autorizado o ilícito aplicando las medidas técnicas u organizativas adecuadas. El RGPD remite, por ejemplo, a técnicas como la anonimización o la pseudonimización.

Por último, el RGPD se refiere al ya citado principio de responsabilidad proactiva.

1.2. Las bases de legitimación del tratamiento de datos personales

El artículo 6 RGPD hace referencia a todas aquellas circunstancias que legitiman el tratamiento de datos personales, que lo hacen lícito. Así, en primer lugar, sólo se podrán tratar datos que cumplan con los principios mencionados anteriormente, y una vez que se den dichos principios, se debe tener una base que los legitime.

El consentimiento sigue siendo una de las principales bases que legitiman el tratamiento de datos que se efectúe, pero debemos recordar que para poder tratar datos personales no siempre es necesario contar con el consentimiento de su titular, sino que se podrán tratar datos si existe otra base de legitimación. El consentimiento es la manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consiente al tratamiento de sus datos personales.¹⁷ Este consentimiento debe ser, por un lado, un consentimiento libre e informado, esto es, el interesado debe conocer, como mínimo, la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados sus datos.¹⁸ Y, por otro lado, y aquí está la gran novedad introducida por el RGPD, el consentimiento debe ser expreso: será el responsable de un tratamiento de datos el que deberá asegurarse de contar de forma expresa con el consentimiento del titular de dichos datos, obligándose así a contar con una declaración o una clara acción afirmativa del titular de los datos, no siendo válido un consentimiento tácito. Para el caso de que el consentimiento sea prestado por un menor de edad, se requerirá siempre el consentimiento de sus padres o tutores si éste tiene menos de 13 años; si tiene entre 13 y 16 (la edad concreta la debe definir el Estado miembro), el consentimiento del menor será el único necesario para tratar sus datos personales.¹⁹ Como otra novedad relacionada con el consentimiento- y que en este caso afecta al caso aquí analizado sobre el rastreo de contactos de infectados por COVID-19-, encontramos el tratamiento de los datos sensibles o “categorías especiales de datos”; aquí, con el fin de evitar situaciones discriminatorias, más allá del consentimiento del titular de los datos, se deberá contar con otra de las bases de legitimación previstas.²⁰

Más allá del consentimiento, en primer lugar, encontramos que el tratamiento será lícito si es necesario porque exista un contrato que requiera conocer dichos datos.

En segundo lugar, el tratamiento será lícito si el mismo es producto de una obligación legal, que bien puede ser la normativa general y horizontal sobre protección de datos, o bien las normas sectoriales específicas en ámbitos que precisan disposiciones más específicas. Este tipo de

¹⁷ Art. 4.11) RGPD. Sobre el requisito del consentimiento expreso merece especial atención la STJUE de 1 de octubre de 2019, asunto Planet49, sobre el uso de las llamadas *cookies*. Con el fin de aclarar los criterios exigibles al consentimiento a la hora de tratar datos personales, el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) aprobó sus *Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del RGPD*, haciendo especial referencia al caso de las *cookies* (Publicadas el 4 de mayo de 2020. Disponibles en: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_en. Accedido en: 26 mar. 2021).

¹⁸ Recordamos aquí que el responsable del tratamiento es, como dice el RGPD “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros” (art. 4.7) RGPD).

¹⁹ Art. 8 RGPD.

²⁰ Art. 9 RGPD.

legitimación guarda una estrecha relación con el tratamiento que realizan las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias, pues las mismas actuarán porque exista una norma que así lo establezca, por tener que cumplir con una obligación legal. En todo caso, la obligación legal debe tener como base el Derecho de la Unión o el propio del Estado miembro.

En tercer lugar, y esto guarda especial relevancia para el caso analizado, el tratamiento será legítimo si persigue proteger un interés vital. El interés vital debe entenderse como el interés esencial para proteger la vida del interesado o la de otra persona física.

En cuarto lugar, el tratamiento será lícito si concurre un interés público. Aquí debemos entender que el concepto de interés público, o de misión realizada en interés público, hace referencia al bien común de la sociedad entera. Los ejemplos más típicos son los ámbitos educativos y sanitarios. Y aquí nuevamente, debemos recordar esta base de legitimación para el caso que nos ocupa. En todo caso, dicho interés público debe tener una base en el Derecho de la Unión o en el de los Estados miembros.

En quinto lugar, debemos destacar el caso en el que el tratamiento es necesario para el ejercicio de poderes públicos, esto es, de las Administraciones públicas, incluidas las sanitarias. En este sentido, la actividad de las Administraciones Públicas estará, por regla general, legitimada por realizar el tratamiento de datos amparándose en una tarea en interés público o en el ejercicio de poderes públicos que deberán estar establecidos en una norma de rango legal.

Y, en último lugar, se podrán tratar datos de forma legítima siempre que exista un interés legítimo en dicho tratamiento y siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta sus expectativas razonables basadas en su relación con el responsable. Todo ello implica que es necesario analizar el caso concreto y realizar una ponderación para poder determinar si prevalece o no el interés legítimo.

Así las cosas, como ahora veremos de forma detallada, para el caso del rastreo de contactos, entre las bases de legitimación citadas, podemos encontrar desde las obligaciones legales hasta el interés público y el interés vital tanto de los interesados como de terceros.

2. LOS RETOS PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES: EL RASTREO DE CONTACTOS DE INFECTADOS POR COVID-19

En marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la pandemia mundial causada por COVID-19.²¹ La aparición del virus y la forma de contenerlo conllevó que la mayoría de

²¹ Vid. Declaración de pandemia internacional de la Organización Mundial de la Salud (OMS), aprobada el 11 de marzo de 2020, así como la alocución del Director General de la OMS en la rueda de prensa al efecto. Disponible en:

Estados a nivel mundial decretaran medidas de confinamiento, lo que provocó no sólo que nuestra forma de relacionarnos con los demás cambiara, sino que también afectó y ha transformado nuestra forma de trabajar, estudiar, investigar y, por lo tanto, de mover y compartir la información. Junto a esas medidas, los Estados de todo el mundo, entre otras cosas, fueron desarrollando sus medidas, procedimientos, y aplicaciones informáticas (apps), con el fin de hacer frente a la emergencia sanitaria que se acababa de declarar. En ese momento incluso la OMS instó a los países a que rastrearan y analizaran a cualquier persona que mostrara síntomas de COVID-19. De la misma forma, desde la Unión Europea, ante el levantamiento de las medidas de confinamiento, se adoptó una Hoja de ruta promoviendo el rastreo de contactos mediante el uso de aplicaciones móviles como una de las medidas complementarias que deberían servir de apoyo al levantamiento del confinamiento.²²

Se producía así un nuevo reto al tratamiento de nuestros datos personales, para nuestra privacidad: analizar si dichas medidas, consideradas necesarias para evitar la propagación de la pandemia eran una medida justificada y proporcionada en una sociedad democrática. No todos los fines justifican los medios, ni un fin legítimo hace lícitos los medios empleados. Se hace indispensable encontrar el equilibrio entre la necesidad evidente de combatir el virus y respetar nuestra vida privada, dentro de la cual se engloba el tratamiento de nuestra información personal. Por ello, debemos analizar si técnicamente son medidas eficaces o existen medidas menos intrusivas en nuestros derechos fundamentales para combatir el virus. Aunque la cuestión parecerá centrarse en una elección entre seguridad y privacidad (HARARI, 2020),²³ como ahora plantearemos, no es necesario situarnos ante tal disyuntiva si las medidas de rastreo se llevan a cabo respetando los principios del tratamiento de datos personales, desde la privacidad. Debemos ser consciente de que “la protección de datos no es un derecho impertinente que “prohíba” sin más “hacer cosas”, sino que más bien marca el camino que indica “cómo deben hacerse las cosas” (PIÑAR, 2020).

<https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>. Accedido el: 28 mar. 2021.

²² Vid. Joint European Roadmap towards lifting COVID-19 containment measures, de 15 de abril de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication_-_a_european_roadmap_to_lifting_coronavirus_containment_measures_0.pdf. Accedido el: 28 mar. 2021. A la misma hace referencia nuestro RDL 21/2020 de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que se tradujo en el Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, de 28 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/PlanTransicionNuevaNormalidad.pdf>. Accedido el: 28 mar. 2021, donde se recoge la agilidad a la hora de identificar y contener las fuentes del contagio como una de las condiciones indispensables para levantar el confinamiento, incluyendo el “Trazado y cuarentena de contactos siempre garantizando el anonimato y la privacidad de la información” (p. 11).

²³ Desde un punto de vista ético, no jurídico, HARARI añade que, en este caso, “nos enfrentamos a dos elecciones particularmente importantes. La primera es entre vigilancia totalitaria y empoderamiento ciudadano. La segunda es entre aislamiento nacionalista y solidaridad mundial”.

Llegados a este punto, antes de analizar si las medidas de control del seguimiento de contactos cumplen con los principios del tratamiento de datos y tienen una base que las haga legítimas, debemos destacar el hecho de que dicho tratamiento de datos puede implicar el tratamiento de los llamados datos sensibles o “categorías especiales de datos”. Datos sensibles, son, entre otros, datos relacionados con la salud, como es el hecho de estar infectado por coronavirus.²⁴

Recordamos igualmente que el tratamiento de los datos sensibles, o de los datos de salud, estará prohibido salvo que concorra alguna de las siguientes circunstancias: el consentimiento explícito del titular de los datos; el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y derechos en el ámbito laboral y de la seguridad o protección social; el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales; el tratamiento es efectuado en el ámbito de las actividades legítimas de una asociación o fundación, como ha quedado dicho; el tratamiento se refiere a datos que el interesado ha hecho manifiestamente públicos; el tratamiento es necesario para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones; el tratamiento es necesario por razones de interés público esencial; el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral; el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública; o el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos.²⁵

Debemos recordar aquí también, para lo que nos interesa, que para el caso de tratamientos de datos con fines de medicina preventiva o laboral, se podrán llevar a cabo si el tratamiento es realizado por profesionales médicos o por personas sujetas al secreto profesional según las normas que establezcan los organismos nacionales competentes. Asimismo, el propio RGPD dispone que respecto de los datos relativos a la salud, “los Estados miembros podrán mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones”.²⁶

Pero, como hemos señalado, las medidas de rastreo de contactos no tratan sólo datos sensibles o categorías especiales de datos, como los relativos a la salud, sino que muchas veces, especialmente en las apps informáticas, se tratan datos de localización o de geolocalización. La norma de referencia en este caso ya no será sólo el RGPD, sino que debemos tener en cuenta la Directiva 2002/58/CE sobre privacidad y comunicaciones electrónicas (conocida como Directiva e-Privacy), que nos habla de datos de localización y de datos de tráfico.²⁷ En el caso de las apps de rastreo lo

²⁴ Datos de salud son “datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud” (art. 4.15) RGPD.

²⁵ Art. 9 RGPD.

²⁶ Art. 9.4 RGPD.

²⁷ Art. 2.b) Directiva e-Privacy que define los datos de tráfico como “cualquier dato tratado a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de la facturación de la misma”; y Art. 2.c) Directiva e-Privacy que define los datos de localización como “cualquier dato tratado en una red de comunicaciones

importante es la proximidad de una persona con otra persona infectada o sospechosa de serlo, pero no su localización. Recordamos en este punto y para lo que aquí nos interesa, que sólo se podrá tratar o acceder a los datos de localización de una persona de acuerdo con lo previsto en la citada Directiva e-Privacy, esto es, siempre que los datos estén anonimizados o, si no lo están, en circunstancias estrictamente definidas, o con el consentimiento expreso del usuario, tras una información clara y completa.²⁸ Por lo tanto, se tratarán los datos anonimizados, lo cual debe estar presidido por el principio de transparencia, creando seguridad en los sujetos cuyos datos van a ser tratados; o bien, si no fuera posible tal anonimización, se requerirá el consentimiento expreso e informado del titular de los datos, o bien, como ha quedado dicho, en circunstancias estrictamente definidas que deberán ser, en todo caso, como todo tratamiento de datos personales, necesarias, apropiadas y proporcionadas en una sociedad democrática y con las garantías adecuadas.²⁹

Así las cosas, con el fin de ofrecer una solución sobre los conflictos generados con el tratamiento de estos datos y arrojar algo de luz sobre la materia, tanto el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) a nivel europeo como el Consejo de Europa a nivel internacional -y como en España, la AEPD- se han pronunciado al respecto sobre estas medidas de rastreo de contactos (ARENAS, 2020, nº 4).³⁰ Asimismo, no podemos dejar de citar, por un lado, el excelente y completo trabajo de la Comisión Europea en este terreno con su Recomendación, de 8 de abril de 2020, y con su Comunicación, de 17 de abril de 2020, para conseguir un enfoque común a nivel comunitario en cuanto al uso de aplicaciones y datos móviles en respuesta a la pandemia del coronavirus;³¹ y, por

electrónicas o por un servicio de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público”.

²⁸ Arts. 5.3, 6 y 9 Directiva e-Privacy.

²⁹ Art. 15 Directiva e-Privacy y art. 23.1 RGPD. Sobre las limitaciones del art. 23 RGPD, vid. *Guidelines 10/2020 on restrictions under Article 23 GDPR*, adoptadas el 15 de diciembre de 2020 (Disponibles en https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202010_article23_en.pdf. Accesible en: 26 mar. 2021).

³⁰ Sobre las manifestaciones citadas, vid. las *Directrices 3/2020 sobre el tratamiento de datos relativos a la salud con fines de investigación científica en el contexto del brote de COVID-19*, y las *Directrices 4/2020, sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19*, ambas aprobadas el 21 de abril de 2020. Disponibles en https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/ohjeet/guidelines-032020-processing-data-concerning-health-purpose_es y en https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/ohjeet/guidelines-042020-use-location-data-and-contact-tracing-tools_es. Accesible en: 28 mar. 2021); y a nivel internacional, del Consejo de Europa, la *Joint Statement on Digital Contact Tracing*, publicada el 28 de abril de 2020. Disponible en: <https://rm.coe.int/covid19-joint-statement-28-april/16809e3fd7>, así como como el Informe, de octubre de 2020, sobre *Digital solutions to fight COVID-19* (Disponible en <https://rm.coe.int/report-dp-2020-en/16809fe49c>. Accedido en: 28 mar. 2021). Y, en España, el Estudio de la AEPD sobre *El Uso de las Tecnologías en la lucha contra el COVID-19. Análisis de costes y beneficios*, publicado en mayo de 2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/analisis-tecnologias-COVID19.pdf>. Accedido en: 28 mar. 2021.

³¹ Vid. Recomendación (UE) 2020/518 de la Comisión, de 8 de abril de 2020, relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis de la COVID-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizados (Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0518&from=ES>. Accedido el:

otro lado, la importante labor del SEPD, tanto en el 2020 en relación con el rastreo mediante apps, como en el 2021 en relación con el rastreo manual (aunque centrado en las instituciones y organismos europeos).³²

Todos estos organismos, de una u otra forma, destacaron los principios que el rastreo de contactos manual y, especialmente, automatizado mediante apps, debían cumplir para ser una herramienta legítima para combatir el coronavirus. Entre estos requisitos, con carácter general, se ha hablado de cumplir con unas “Garantías Esenciales Europeas”, esto es, en primer lugar, que el tratamiento de datos debía basarse en normas claras, precisas y accesibles; en segundo lugar, se debía poder demostrar la necesidad y la proporcionalidad con respecto a los objetivos legítimos que se persiguen; en tercer lugar se debería acreditar la existencia de un mecanismo de supervisión independiente; y, en cuarto lugar, se debía poner a disposición de los ciudadanos los recursos efectivos para que pudieran ejercer sus derechos.

Más concretamente, con el fin de garantizar la privacidad de los sujetos implicados, se resalta no sólo la exigencia de una base legítima; sino su limitación temporal; la previsión normativa del intercambio de información o su comunicación de forma transparente; y, en el caso de utilizar datos de tráfico y de localización, se advierte del peligro de geolocalizar a las personas, recomendándose la utilización sólo de los datos de tráfico y su anonimización. Como mínimo se indicaban, para el caso de las apps, tres aspectos que deberían tenerse en cuenta: la anonimización de los datos (la cual consistía no sólo en eliminar los datos identificativos obvios como el número del teléfono o el número IMEI, recomendándose la agregación de los datos); las medidas de seguridad y el acceso (garantizando la confidencialidad); y la limitación de la retención de los datos (en tanto que, en el marco de un proceso transparente, se deberían retener los datos el tiempo estrictamente necesario que durase la pandemia, la situación de excepción).

Por último, en todos los organismos se hace hincapié en el enfoque paneuropeo de las medidas, en el hecho de una coordinación en las medidas de rastreo y de combatir el virus, basándose

28 mar. 2021 y Comunicación de la Comisión Europea sobre Orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia de COVID-19 en lo referente a la protección de datos (2020/C 124 I/01). Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417\(08\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0417(08)&from=ES). Accedido el: 28 mar. 2021).

³² Vid. Comunicado del SEPD de 6 de abril de 2020, “EU Digital Solidarity: a call for a pan-European approach against the pandemic”. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/2020-04-06_eu_digital_solidarity_covid19_en.pdf. Accedido en: 26 mar. 2021 y sus *Orientations on manual contact tracing by EU Institutions in the context of the COVID-19 crisis*, de 21 de febrero de 2021. Disponible en: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/orientations-manual-contact-tracing-eu_en. Accedido el 26 de marzo de 2021). Con fecha 25 de marzo de 2020, el SEPD dirigió una Carta a D. Roberto Viola, Director General de la Dirección General de Sociedad de la Información y Medios de Comunicación de la Comisión Europea “Monitoring spread”. Disponible en: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/20-03-25_edps_comments_concerning_covid-19_monitoring_of_spread_en.pdf. Accedido en: 28 mar. 2021.

en todo caso en el respeto a los derechos fundamentales y, en especial, en el respeto a la privacidad de los sujetos, evitando que éstos puedan caer en algún tipo de estigmatización o discriminación. En este terreno debemos criticar el hecho de que ese enfoque uniforme parece haberse sólo conseguido con el controvertido “Certificado verde digital”, también llamado “Pasaporte COVID”, que plantea serias dudas sobre su potencial efecto discriminador.³³

Así las cosas, por último, los citados organismos, con carácter general, además de establecer las citadas directrices sobre cómo tratar los datos personales en un contexto de pandemia, manifestaron -especialmente, el Consejo de Europa-, sus dudas en relación a la efectividad de estas medidas y aplicaciones de rastreo, ya que, consideran que las mismas deben venir acompañadas de otra serie de estrategias o planes, por lo que se recomienda expresamente que el funcionamiento de las aplicaciones se hiciera público, informado y transparente, y, de una manera entendible para toda la población.

Consideramos, además, como ha quedado dicho, que, en todo caso, la decisión que se tome debe ser una decisión lo más global posible, pues nos encontramos ante una emergencia global de salud pública, “que precisa de una respuesta coordinada y en gran escala de los Gobiernos en todo el mundo”.³⁴ La respuesta debería venir coordinada desde Europa, e incluso coordinada con la Organización Mundial de la Salud (OMS) para una proyección mundial. Sólo a través de unas medidas de carácter “paneuropeo” lograremos una lucha contra la pandemia mucho más efectiva (HARARI, 2020).³⁵ Pero es indispensable que dichas medidas tengan un enfoque ético que eviten cualquier tipo de efecto discriminador.³⁶

³³ Sobre el citado Pasaporte, destaca el Dictamen conjunto entre el SEPD y el CEPD. Vid. Dictamen conjunto 04/2021 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un marco para la emisión, verificación y aceptación de certificados interoperables de vacunación, pruebas y recuperación para facilitar la libre circulación durante el COVID-19 pandemia (Certificado Verde Digital). Disponible en: https://edps.europa.eu/system/files/2021-04/21-03-31_edpb_edps_joint_opinion_digital_green_certificate_en_0.pdf. Accesible en: 1 abr. 2021). Asimismo, vid. la citada propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de marzo de 2021. COM (2021) 130 final. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:38de66f4-8807-11eb-ac4c-01aa75ed71a1.0014.02/DOC_1&format=PDF. Accesible en: 1 abr. 2021).

³⁴ *Declaración conjunta de la sociedad civil: Los Estados deben respetar los derechos humanos al emplear tecnologías de vigilancia digital para combatir la pandemia*, Amnistía Internacional, de 2 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/POL3020812020SPANISH.pdf>). Sobre esta respuesta global y el pronunciamiento de la ONU, vid. la noticia publicada el 31 de marzo de 2020 sobre “Dimensiones de derechos humanos en la respuesta al COVID-19”. Vid. Comunicado de prensa ONU. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2020/03/31/dimensiones-de-derechos-humanos-en-la-respuesta-al-covid-19>.

³⁵ Así lo dijo también el SEPD en el citado Comunicado del 6 de abril de 2020.

³⁶ Vid. OMS, “Ethical considerations to guide the use of digital proximity tracking technologies for COVID-19 contact tracing”, de 28 de mayo de 2020 (Disponible en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332200/WHO-2019-nCoV-Ethics_Contact_tracing_apps-2020.1-eng.pdf. Accesible en: 28 mar. 2021).

2.1. El cumplimiento de los principios del tratamiento de datos personales

Toda medida de rastreo debe cumplir con los ya citados principios recogidos en el RGPD para tratar datos personales, partiendo del principio de minimización de los datos y, por ello, no se debería recopilar información que pudiera incluir el estado civil, o, en el caso de las apps, los mensajes, registros de llamadas o los identificadores de dispositivos, siendo recomendable (como han hecho mucho de las apps) el empleo de un sistema de códigos o tokens que, además, vayan cambiando cada cierto tiempo, limitando así el riesgo de la reidentificación; así como siendo recomendable la anonimización de los datos y la utilización de técnicas criptográficas avanzadas que aseguraran los datos almacenados y sus necesarios intercambios.

Pero uno de los principios esenciales a cumplir es el de transparencia e información. Ante el supuesto peligro de caer en un caso de vigilancia ciudadana, la solución es la transparencia, que los ciudadanos confíen en que estamos en un Estado de Derecho en el que los poderes públicos están sometidos a las normas y a la responsabilidad en caso de incumplimiento (HARARI, 2020). Y para cumplir con la transparencia debe informarse de la trazabilidad del tratamiento de datos realizado, especialmente en lo relacionado con su conservación, siendo recomendable borrar los datos personales tratados pasado un mes desde que el usuario se realizara la prueba de autodiagnóstico, o bien después de que la persona hubiera dado negativo en la prueba (dado que se correspondía con el periodo de incubación más el margen) -solo pudiendo ser utilizados posteriormente con fines de investigación, siempre y cuando se adoptaran las correspondientes técnicas de anonimización. Más allá de esta cuestión, una forma de garantizar esta transparencia y la responsabilidad sobre las mismas se puede conseguir, en el caso de las apps de rastreo, empleando algoritmos auditables y revisados periódicamente por expertos independientes, publicando las evaluaciones de impacto, y poniéndose a disposición de todos el código fuente de la aplicación para un examen lo más amplio posible.

Junto a la necesidad de recoger el menor número de datos posible y hacerlo de forma transparente, las medidas de rastreo deben tener una finalidad legítima y las mismas, como hemos visto, la tienen: frenar la pandemia y cortar la transmisión del virus, esto es, proteger la salud pública, el interés vital del sujeto y de terceros y, por lo tanto, proteger un interés público.

Por último, para hacer efectivo el principio de proactividad, el RGPD introduce otros mecanismos como son la responsabilidad desde el diseño y por defecto,³⁷ lo que implica que desde

³⁷ Art. 25 RGPD. Vid. también, Vid., del CEPD, *Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default*. Disponible en: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2019/guidelines-42019-article-25-data-protection-design_es. Accesible en: 28 mar. 2021)

el momento en el que se vaya a diseñar una medida de rastreo de contactos, desde el inicio y por defecto se deben tomar las medidas técnicas y organizativas apropiadas que garanticen la privacidad de los sujetos. A lo que también puede ayudar realizar la correspondiente evaluación de impacto de la medida, también prevista por el RGPD en estos casos.³⁸ Las medidas de rastreo deben superar dichos procesos.

2.2. La existencia de una base de legitimación para tratar los datos personales

Cualquier injerencia en un derecho fundamental, como lo es evidentemente el uso de una aplicación de seguimiento o rastreo de nuestros contactos o de vigilancia digital, requiere ser legítima, necesaria y proporcionada.

Así las cosas, si buscamos una base legítima que establezca la posibilidad de utilizar estas medidas, más allá del consentimiento en el caso de las apps móviles -que deben descansar en la voluntariedad del sujeto, evitando así todo tipo de efecto discriminador-, entre las bases de legitimación analizadas podríamos considerar, como también ha quedado dicho, que la base que permitiría el tratamiento de estos datos sería la necesaria protección de intereses vitales del titular de los datos o de otra persona física, aunque necesitaríamos tener una norma de referencia que permitiera dicho tratamiento (MARTÍNEZ, 2020).³⁹

En esta línea, como hemos visto, el RGPD contiene previsiones que permiten el tratamiento de datos relacionados con la salud -ya sea sobre la base del consentimiento, el interés vital del interesado o terceros, o el interés público por motivos de salud pública.⁴⁰

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE RASTREO DE CONTACTOS

Como hemos visto, tanto a nivel europeo como internacional se exige la necesidad de analizar el derecho fundamental a la protección de datos de forma sistemática y proporcionada, siendo

³⁸ Art. 35 RGPD; y *Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/679*, adoptadas por el Grupo de Trabajo del artículo 29, el 4 de abril de 2017; revisadas por última vez y adoptadas el 4 de octubre de 2017 (WP 248 rev.01). Disponible en: <https://www.aepd.es/es/documento/wp248rev01-es.pdf>. Accesible en: 28 mar. 2021.

³⁹ En el caso español, dicha base normativa la encontraríamos en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública que permite en un contexto de pandemia “adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos”; así como en el RDL 21/2020, sobre (arts. 3 y 27.2) y Orden SND/404/2020 (art. 9), que habilitaron a que la Secretaria de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial (SEDIA) creara una app de rastreo de contactos, la llamada RadarCovid. Dicha app vió la luz en septiembre de 2020, pero sin mucho éxito y rodeada de mucha polémica, ante la escasa participación de la AEPD. Sobre la misma y este tipo de *apps*, vid. ARENAS, 2020, nº 5.

⁴⁰ Vid. Considerandos 46 y 54 y arts. 6 y 9 RGPD.

esencial el hecho de que cualquier medida que limite derechos en esta línea sea legal, necesaria y proporcionada, reiterándose la necesidad de que las medidas restrictivas de derechos deben tener una duración limitada y analizar el impacto en los grupos más desfavorecidos.⁴¹

Debemos analizar la proporcionalidad de dichas herramientas en función del fin legítimo que pretenden conseguir, que no es otro que frenar la expansión de la pandemia detectando a las personas infectadas y aislándolas, siendo, por lo tanto, con carácter general, un interés público el que legitimaría el tratamiento. Asimismo, vemos que el uso de estas medidas tiene una base legítima y que la misma está prevista legalmente. Hay normas que respaldan y justifican su uso (desde el RGPD como, a nivel nacional, en España, la LOPDGDD y las normas sanitarias existentes y la sucesión de reales decretos y órdenes ministeriales que prevén su puesta en marcha).

Por otro lado, ya hemos visto cómo estas medidas de control pueden cumplir sin mayor dificultad con los principios que marca el RGPD en cuanto a minimización de datos, finalidad determinada, plazo de conservación determinado y transparencia en todos sus extremos, garantizando además el anonimato de los sujetos. Así pues, estas medidas parecen útiles.

No obstante, el uso de las medidas de rastreo de contactos se debe abordar no sólo por sus implicaciones, sino también desde el punto de vista de las consecuencias éticas tanto por el método seguido a la hora de tratar datos personales -máxime al ser datos sensibles-, como por los objetivos y resultados previstos y sus posibles efectos discriminatorios. Al ser medidas que, en cierta forma, limitan derechos y suponen una forma de vigilancia ciudadana (especialmente las *apps*) se debería tener en cuenta la posibilidad de un mal uso, adoptándose medidas para evitar que esto se produzca y para proteger no sólo el derecho fundamental a la protección de datos, sino el resto de derechos fundamentales que pudieran verse afectados (MORLEY; COWLS; TADDEO; FLORIDI, 2020, pp. 16-17). No cumplir con valores y principios éticos puede provocar no sólo la lesión de derechos fundamentales, sino la pérdida de la confianza ciudadana en el Gobierno y en su capacidad para gestionar situaciones de crisis, más allá de los efectos directos sobre los ciudadanos afectados (MORLEY; COWLS; TADDEO; FLORIDI, 2020, pp. 1-2).

Por todo ello, en el análisis estricto de la proporcionalidad estos principios éticos deben tenerse en cuenta. Así, ante la cuestión de si estas medidas son necesarias en una sociedad

⁴¹ Citamos aquí los conocidos Principios de Siracusa, adoptados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1984, donde se recogen los principios conforme a los cuales los Gobiernos podrán limitar derechos por razones de salud pública o emergencia nacional. Entre los Principios de Siracusa, podemos citar: Imponerse y aplicarse de conformidad con la ley; responder a un objetivo legítimo de interés general; ser estrictamente necesarias en una sociedad democrática para alcanzar su objetivo; ser lo menos intrusivas y restrictivas posible para cumplir su objetivo; basarse en evidencia científica y no aplicarse de manera arbitraria ni discriminatoria; tener una duración limitada, ser respetuosas con la dignidad humana y estar sujetas a revisión. Disponible en: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/principios-de-siracusa-1.pdf>. Accesible el: 28 mar. 2021).

democrática, a la luz de nuestros días, si la injerencia que provocan en nuestra vida privada es proporcional al bien que pretenden conseguir, deberíamos concluir que es innegable que, si cumplen con el RGPD, no hay medidas menos intrusivas que puedan conseguir el mismo fin en una situación extraordinaria de pandemia como en la que nos encontramos. Todos los Estados deberían apostar por estas medidas de rastreo de contactos manuales y, especialmente, automatizadas, pero con las debidas garantías, como hemos explicado, y, además, teniendo en cuenta tomar medidas para evitar efectos discriminatorios.

Pero debemos concluir recordando aquí que su necesidad y proporcionalidad dependerá en gran medida de su eficacia y estas medidas sólo pueden ser eficaces si -como nos han recordado organismos internacionales, europeos y nacionales- van acompañadas de otras medidas por parte de los poderes públicos. Esto es, el rastreo de contactos debe ir acompañado de un sistema de realización de tests, de aislamiento y de control de dicho aislamiento. Y si bien es cierto que hay una parte de responsabilidad personal en todo este proceso, hay cuestiones que deben ser resueltas por los poderes públicos, que deben reforzar sobre todo el sistema sanitario.

Así pues, este tipo de medidas sólo pueden ser eficaces si más allá del cumplimiento normativo, gozan de la confianza ciudadana, que debe descansar en la transparencia de las medidas, esencialmente, en la ausencia de medidas discriminatorias, y en la percepción ciudadana de que existe un aparato estatal capaz de hacer frente a la pandemia. Estamos en un momento democráticamente complicado para los Estados, donde los ciudadanos asisten a un proceso de desafección ciudadana basada esencialmente en la falta de capacidad de nuestros dirigentes para afrontar la pandemia y hacer frente a la crisis sanitaria, educativa, laboral y económica en la que estamos. Concluir que no hay medidas menos lesivas para nuestros derechos y que el rastreo de contactos es proporcional al fin legítimo que persigue sólo será posible si nuestros poderes públicos respetan las normas, las hacen eficaces realmente y no sólo lo aparentan. Quizá, en este caso, la mujer del César no sólo deba parecer ser honrada, sino serlo.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CARO, María. XIV. El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas. En: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). **Reglamento General de Protección de Datos**. Madrid: Editorial Reus, 2016, pp. 227-240.

ARENAS RAMIRO, Mónica. Unforgettable: a propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. En: **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 34, 2014, pp. 537-558.

ARENAS RAMIRO, Mónica. El impacto del Reglamento General de Protección de Datos europeo en el tratamiento de los datos personales de los menores de edad. En: GARCÍA MAHAMUT, Rosario; TOMÁS MALLÉN, Beatriz (Eds.). **El Reglamento General de Protección de Datos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 237-264.

ARENAS RAMIRO, Mónica; ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (Dirs.). **Protección de Datos: comentarios a la ley orgánica de protección de datos y garantía de derechos digitales (en relación con el RGPD)**. Madrid: Sepin, 2019.

ARENAS RAMIRO, Mónica. ¿Testing, Tracing, Isolation? A propósito de las Directrices 04/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos. En: **La Ley Privacidad**, n. 4, abril-junio, 2020.

ARENAS RAMIRO, Mónica. ¿Rastrear o no rastrear? He ahí la cuestión. Las apps de rastreo de contactos y la protección de datos personales. En: **La Ley Privacidad**, n. 5, jul.- sept., 2020.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario. El derecho fundamental a la protección de datos. El Reglamento (UE) 2016/679 como elemento definidor del contenido esencial del artículo 18.4 de la Constitución. En: **Corts - Anuario de Derecho Parlamentario**, n. extra 31, 2018, pp. 59-80.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario. Del Reglamento General de Protección de Datos a la LO 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. En: GARCÍA MAHAMUT, Rosario; TOMÁS MALLÉN, Beatriz. **El Reglamento General de Protección de Datos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 95-131.

HARARI, Yuval Noah. La falta de solidaridad global y de liderazgo representa un peligro inmenso para la humanidad. En: **La Nación**, de 5 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/yuval-noah-harari-la-falta-de-solidaridad-global-y-de-liderazgo-representa-un-peligro-inmenso-para-la-humanidad-nid2350906>. Accedido el: 28 mar. 2021.

LÓPEZ CALVO, José. **Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos**. Madrid: Sepín, 2017.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública. En: **Diario La Ley**, n. 9604, 2020.

MORLEY, Jessica; COWLS, Johs; TADDEO, Mariarosaria; FLORIDI, Luciano. Ethical Guidelines for SARS-CoV-2 Digital Tracking and Tracing Systems. En: **SSNR Electronic Journal**, 1 mayo 2020. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3582550. Accedido el: 28 mar. 2021.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. La protección de datos durante la crisis del coronavirus. En: **Consejo General de la Abogacía Española**, 20 mar. 2020. Disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/la-proteccion-de-datos-durante-la-crisis-del-coronavirus/>. Accedido el: 28 mar. 2021.

RALLO LOMBARTE, Artemi. **El derecho al olvido en Internet**. Madrid: CEPC, 2014.

SIMON CASTELLANO, Pere; BACARIA MARTRUS, Jordi (Coord.). **Funciones del Delegado de Protección de Datos en los distintos sectores de actividad**. Barcelona: Bosch, 2020.

TRONCOSO REIGADA, Antonio. XXVI. Autoridades de control independientes. En: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). **Reglamento general de protección de datos**. Madrid: Editorial Reus, 2016.

AUTORA:**Monica Arenas Ramiro****RESUMO DA BIOGRAFIA:**

Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá (1999 y 2005). Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá desde 1999, y de diversos Másters y Cursos, y Formadora externa del Ayuntamiento de la Comunidad de Madrid, con un curso de protección de datos galardonado con el Premio Europeo Mejores Prácticas de Administraciones Públicas Europeas (2006). Junto a su labor docente, también participa en un Grupo de Innovación docente y en numerosos Proyectos y Jornadas de innovación; y ha desarrollado numerosas labores de gestión académica como la de Vicedecana de la Facultad de Derecho, o la de Inspectora Adjunta en la Inspección de Servicios. Actualmente es Delegada de Protección de Datos de la Universidad de Alcalá.

E-mail: monica.arenas@uah.es**Orcid:** <https://orcid.org/0000-0002-9329-2246>

O PROBLEMA DA HETEROFORMAÇÃO DA IDENTIDADE DIGITAL: FUNDAMENTOS PARA O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Eder Fernandes Monica
Universidade Federal Fluminense

RESUMO

Este artigo destaca o retorno do problema da heteronomia no Direito, não mais no contexto da transição para o Direito moderno “desencantado”, mas dentro das preocupações com as violações de nossas liberdades privadas na sociedade digital. Para isso, debate inicialmente a formação teórica da “liberdade dos modernos” e as questões que sedimentaram a noção de autonomia privada, instrumento importante para a proteção do sujeito e de suas liberdades, no marco da tradição jurídica ocidental. Posteriormente, trabalha o conceito de “heteroformação da identidade digital”, demonstrando as vulnerabilidades às nossas liberdades individuais decorrentes da ascensão das tecnologias digitais. Por fim, justifica a importância do princípio da autodeterminação informativa para fundar uma nova era de proteção do sujeito em ambientes digitais. Para garantirmos a autonomia do “sujeito de direito digital”, dentro das premissas dessa autodeterminação informativa, precisamos avançar no debate sobre que direitos individuais teremos para esse novo sujeito e quais os instrumentos jurídicos serão mais efetivos na proteção de sua autonomia. Enquanto proposta ensaística, o artigo trabalha com uma metodologia qualitativa de revisão bibliográfica e com análises críticas para oferecer alternativas teórico-conceituais para os problemas destacados.

Palavras-chave: Heteronomia. Identidade digital. Sujeito de direito digital. Autodeterminação informativa.

THE PROBLEM OF DIGITAL IDENTITY HETEROFORMATION: FUNDAMENTALS FOR THE PRINCIPLE OF INFORMATIONAL SELF- DETERMINATION

ABSTRACT

This article highlights the return of the problem of heteronomy in Law, no longer in the context of the transition to modern “disenchanted” Law, but within concerns about violations of our private freedoms in the digital society. For this, it initially debates the theoretical formation of the “freedom of the moderns” and the issues that cemented the notion of private autonomy, an important instrument for the protection of the subject and his freedoms, within the framework of the western legal tradition. Later, he works on the concept of “digital identity heteroformation”, demonstrating the vulnerabilities to our individual freedoms arising from the rise of digital technologies. Finally, it justifies the importance of the principle of informative self-determination to found a new era of subject protection in digital environments. To guarantee the autonomy of the “subject of digital law”, within the premises of this informative self-determination, we need to advance the debate on what individual rights we will have for this new subject and which legal instruments will be more effective in protecting their autonomy. As an essay proposal, the article works with a broad bibliographic review and critical analysis to offer theoretical-conceptual alternatives to the highlighted problems.

Keywords: Heteronomy. Digital identity. Subject of digital law. Information self-determination.

Recebido em: 30/06/2021

Aceito em: 02/07/2021

INTRODUÇÃO

O indivíduo, ao habitar os ambientes digitais, como a Internet e os aplicativos digitais, é, em sua estrutura física, um amontoado de dados binários reunidos segundo estruturas de programação computacional para recomponem sentidos identitários, estéticos e simbólicos do indivíduo analógico. Nesse sentido, podemos afirmar que o “sujeito digital” é um sujeito informacional e a reunião de informações sobre ele formam sua identidade digital. Ou seja, ele é o resultado da aglutinação de dados em padrões funcionais de reconhecimento, desdeos meramente informacionais, como os dados sobre as características pessoais e singulares dos sujeitos, até os padrões visuais usados para o reconhecimento e individualização dos sujeitos – como os avatares: os “corpos digitais” que são figuras gráficas para a simulação de identidades analógicas no mundo digital.

Em um sentido mais individual e, inicialmente, sem qualquer avaliação crítica profunda, a construção da identidade digital do sujeito é um terreno de aparente liberdade, já que muitas plataformas de relacionamento e aplicativos digitais permitem aos usuários a construção de perfis a partir das suas próprias preferências, dando-lhes a oportunidade de selecionar as características pessoais que lhes sejam mais aprazíveis para serem apresentadas e de excluir aqueles elementos que preferem deixar ocultos ao público. Nesse nível meramente individual e acrítico, podemos perceber elementos mínimos de uma autodeterminação identitária nessa seleção de preferências pessoais para a identificação digital dos sujeitos. Em alguns casos, essa identificação não precisa corresponder com nossa identidade analógica. Entretanto, em muitas situações, a correspondência se faz necessária, principalmente quando estamos diante de abusos e violações, tanto por parte do próprio sujeito que forja uma identidade para ações abusivas e ilegais, quanto por parte de terceiros ao interferirem na privacidade, liberdade e autonomia dos sujeitos em ambientes digitais. No primeiro caso, a correspondência entre o analógico e o digital é necessária para a responsabilização dos indivíduos que se escondem atrás de perfis falsos ou desidentificados para realizar atos abusivos ou ilegais. No segundo caso, essa correspondência serve para a própria proteção dos indivíduos quando forças externas violam seus direitos individuais, afetando sua liberdade.

O tema que vou investigar aqui é justamente esse segundo caso, o da violação dos nossos direitos individuais em ambientes digitais por parte de sujeitos externos, especificamente quando usam nossos dados pessoais para a ingerência em nossa vontade e autonomia decisória. Para a situação de interferência externa na tentativa de manipular nossa capacidade decisória uso o conceito de “heteroformação de nossa identidade digital”. Com ele, quero me unir àquelas análises que constataam que a identidade *on-line* não está sendo definida desde a autonomia da pessoa, mas de modo heterônomo, ou seja, imposta externamente por agentes ou ações que manipulam ou

configuram a identidade da pessoa segundo preceitos que não advêm de sua própria liberdade de escolha, o que põe em questão a tradição de proteção aos nossos direitos individuais e ao direito ao livre desenvolvimento de nossa personalidade.

Para debater os fundamentos justificatórios do princípio da autodeterminação informativa, foco desse artigo, trabalho com a hipótese de que o resgate da autonomia privada em ambientes digitais é possível a partir da efetivação do princípio da autodeterminação informativa, base das regulamentações sobre proteção de dados pessoais, e da expansão da noção dos direitos individuais e da proteção do sujeito de direito para ambientes digitais, com suas devidas adaptações. Num primeiro momento, faço uma síntese do conceito de sujeito moderno e da tradição dos direitos individuais enquanto elementos normativos protetivos de nossa autonomia privada, apontando os problemas advindos da emergência das tecnologias digitais e de sua afetação aos sujeitos digitais. Em seguida, desenvolvo a problemática da “heteroformação da identidade do sujeito digital”, destacando o seu contexto e suas principais questões. Por fim, todo esse conjunto apresentado é a justificativa para o uso do princípio da autodeterminação informativa como guia para as regulamentações de proteção de dados, servindo como instrumento de resgate da autonomia privada do sujeito no mundo digital se entendido como continuidade das promessas modernas de proteção do sujeito dentro da tradição dos direitos individuais. Enquanto proposta ensaística, utilizo-me de uma metodologia qualitativa de revisão bibliográfica e de análises críticas para oferecer novas oportunidades de alternativas teórico-conceituais para os problemas destacados.

1. O SUJEITO MODERNO E SUAS LIBERDADES: CAMINHOS ATÉ O SUJEITO DIGITAL

O direito moderno tem como missão fundar suas bases normativas em uma justificativa pós-tradicional. Ele não pode mais se ancorar em tradições metafísicas ou religiosas; deve buscar suas bases racionais dentro de parâmetros democráticos e com o envolvimento de todos os afetados pelas normas jurídicas, e deve construir meios para compatibilizar a pluralidade de visões de mundo em sociedades complexas, que não admitem mais uma única metanarrativa para justificar nossa vida em sociedade. Assim, essa ordem jurídica moderna não se sustenta mais como o reflexo de uma ordem superior imposta de cima para baixo de modo heterônomo, como nas ordens anteriores baseadas em narrativas religiosas ou tradicionalistas. Quanto mais aumenta a complexidade social e quanto maior é o enfraquecimento das antigas estruturas justificantes de mundo, maior é a necessidade de substituição dessa obsoleta heteronomia tradicionalista por mecanismos jurídicos operados com base na autonomia dos sujeitos. Além disso, quanto mais se incute na cultura contemporânea a noção de

liberdade dos indivíduos, maior é o clamor pela autodeterminação de suas vidas, ou por meios para que o próprio sujeito tome as rédeas de seu destino e seja protegido das investidas externas em seu âmbito privado de liberdade.

Ao usar o conceito de heteronomia, pretendo fazer contraposição ao conceito de autonomia segundo a tradição filosófica kantiana e as definições que Kant trabalhou na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (KANT, 2007). Com esse conceito, o filósofo explicava a situação em que um sujeito está subordinado à vontade de terceiros ou de uma coletividade, opondo-se à noção de autonomia, pela qual o sujeito exerceria sua capacidade de arbítrio e expressaria sua vontade de modo livre. Ou seja, em um contexto heterônomo, o sujeito está subordinado a uma lei exterior imposta pela vontade de outrem. É uma condição de submissão e obediência na qual as normas de conduta a serem observadas provêm de fora e não da nossa própria vontade. Em sentido jurídico, a condição da heteronomia é a de se submeter a valores e a tradições dadas desde antemão; já a condição da autonomia permite ao sujeito uma postura diferente: suas capacidades de refletir sobre as condições e possibilidades das normas que deve seguir são elementos necessários para um adequado manejo de um sistema democrático, o qual, via de regra, deve prover as possibilidades para que o sujeito crie ou dê anuência às próprias normas que ele deverá seguir, garantindo a autodeterminação das pessoas em função de princípios e valores morais que seriam justificados de forma racional, não apenas com base na tradição ou na imposição às cegas de normas costumeiras ou de fundo religioso.

É por isso que uma das tarefas do Direito moderno é a criação de estruturas institucionais para a realização dessa promessa de autonomia e de resguardo do sujeito contra investidas externas injustificadas ou não autorizadas, segundo as premissas desse “mundo desencantado”, ou seja, dentro de um contexto em que somente são legítimas as regras de conduta baseadas na racionalidade e na participação decisória dos afetados. Focando-nos apenas na formação da noção de indivíduo na modernidade e na constituição da noção do sujeito do direito moderno¹, podemos constatar que a construção de esferas de liberdade e autonomia é uma das principais marcas do desenvolvimento histórico do projeto da modernidade. Habermas (2003, p. 113-128), ao analisar a dogmática do direito civil no contexto alemão, aponta que a distinção que a teoria do direito moderno faz entre direito objetivo e direito subjetivo é resultado da decomposição das instituições tradicionais feudais,

¹O conceito de indivíduo é usado aqui para se referir à condição do ser humano enquanto um universal, ou seja, sua designação enquanto ser único, específico, distinto de outros e independente de sua vinculação a alguma ordem social, política ou jurídica. Já o conceito de sujeito, principalmente quando especificado como sujeito de direito, é usado para se referir à condição de um indivíduo que está submetido a uma determinada ordem normativa. No decorrer do trabalho, quando me refiro ao sujeito de direito digital, estou trabalhando com a percepção de que está em desenvolvimento uma nova ordem normativa para o âmbito digital e aqueles indivíduos que são afetados por sua normatividade precisam ser reconhecidos como indivíduos sujeitados a essa ordem, tanto para a consolidação de seus direitos, quanto para a caracterização de seus deveres e responsabilidades.

especialmente das religiosas, em um processo que ele intitulará como de “desencantamento do direito”. Essas instituições, que estavam acima da ordem jurídica, estabeleciam uma ordem objetiva única que não concedia aos seus sujeitos nenhum grau de disposição de vontade, pois ela se entendia como completa e portadora do sentido correto de mundo a ser observado.

O aumento da complexidade das sociedades, a difusão das dinâmicas de mercado que privilegiam a vontade do indivíduo enquanto consumidor, a diminuição da autoridade das religiões na definição dos sentidos da vida coletiva e a solidificação de concepções normativas de indivíduo, principalmente as de tradição liberal que fundem a noção de liberdade com a noção de indivíduo, formaram o pano de fundo para uma nova dimensão objetiva do direito, pela qual todos os sujeitos de uma comunidade jurídica são vinculados a uma ordem genérica e abstrata, válida para todos, e para uma dimensão subjetiva dessa ordem, que concede liberdades jurídicas para os sujeitos desse direito agirem individualmente com base em sua própria autonomia decisória. Inicia-se toda uma longa trajetória de refundação do Direito em pilares sustentados pela preocupação com a autonomia decisória do sujeito, em que os destinatários das normas jurídicas seriam, por sua vez, também os seus próprios autores, superando, em determinada medida, os problemas referentes à condição de heteronomia do Direito baseado na tradição ou nos costumes.

Esse início da dogmática do direito civil², que teve como contexto a disputa teórica sobre a primazia entre os direitos subjetivos e direitos objetivos³, sedimentará uma tradição jurídica que vai se libertando paulatinamente das bases tradicionais antigas, tendo por objetivo a realização do projeto de promoção da liberdade e autonomia dos indivíduos, principalmente com a separação entre os interesses públicos, justificáveis quando de interesse de todos, e os âmbitos das liberdades privadas, protegidas das investidas externas e resguardadas pela própria ordem jurídica como local da realização livre dos interesses dos indivíduos, desde que permitidos pelo ordenamento jurídico por intermédio do binarismo da legalidade e da ilegalidade instituído pelo direito positivo. Independentemente dos lados dessa disputa teórica e das fundamentações que esses teóricos encontram para a precedência dos direitos - disputa que será sintetizada na tensão entre as

² Essa tradição alemã da dogmática do direito civil conta com um profundo debate sobre a tensão entre os polos do direito objetivo e do direito subjetivo, sendo os principais autores Savigny, Puchta, Windscheid, Ihering, Kelsen e Schmidt. Para um debate aprofundado sobre esse contexto, conferir a obra: WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

³ Essa disputa pode ser resumida em três grandes momentos, na síntese feita por Felipe Gonçalves Silva: a caracterização dos direitos subjetivos como uma transposição de mandamentos jurídicos objetivos ao poder de mando da vontade individual (Windscheid); os direitos subjetivos como um poder juridicamente protegido para a satisfação dos interesses (Ihering); os direitos subjetivos como uma autorização objetiva para uma liberdade de arbítrio estritamente delimitada (Kelsen). Conferir: SILVA, Felipe Gonçalves. **Liberdades em Disputa: a reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas**. Tese (doutorado) Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2010, p. 60.

perspectivas liberais e republicanas do Direito -, o seu grande trunfo foi a concretização de mecanismos capazes de garantir a livre disposição das vontades individuais, que prescindem de uma motivação interna para a ação, protegendo os sujeitos de coações tanto físicas quanto subjetivas e psicológicas para o seu agir, firmando na história do direito moderno ocidental a nuclearidade dos direitos individuais em quase todos os sistemas jurídicos nacionais.

Essa institucionalização das fronteiras entre o sujeito e o seu exterior delimitaria a própria noção de autonomia privada, esse espaço em que o sujeito teria liberdade para instituir as regras para o seu próprio agir livre de coações ou manipulações externas que poderiam advir tanto de outros sujeitos privados, quanto das autoridades políticas da sociedade. A maioria dos sistemas jurídicos nacionais ocidentais passou a adotar regras constitutivas das esferas de liberdades individuais como parte de uma exigência quase que natural para a gestão das práticas jurídicas cotidianas, independentemente das ideologias políticas dominantes, tanto as liberais, quanto as republicanas e socialistas.

Observando o início desse contexto da configuração e institucionalização de um novo sentido de liberdade, Benjamin Constant, em um escrito de 1819, cunhou o conceito de “liberdade dos modernos”, ou seja, uma liberdade específica decorrente das revoluções burguesas modernas, que se contrapõe à “liberdade dos antigos” (CONSTANT, 1985). Essa liberdade moderna é resultado de práticas sociais novas, que buscam a satisfação das necessidades e desejos dos indivíduos, guiados por um amor pela independência individual. O estabelecimento progressivo do comércio, dentro da ascensão dominante do capitalismo, fez com que as formas de felicidade particular se multiplicassem e desenvolveu a crença de que a realização desses desejos privados dependesse exclusivamente dos esforços de cada um. O gozo dessa independência privada e a busca pela satisfação dos interesses particulares exigiria limitações às autoridades políticas por meio de garantias institucionais, como a positivação dos direitos individuais.

Na leitura de Isaiah Berlin (2002) sobre o argumento de Constant, essa liberdade passa a ser lida como “liberdade negativa”, por ter a função de negar acesso às áreas privadas dos indivíduos. Ela exigiria uma outra tarefa da modernidade: a de estabelecer a separação entre o público e o privado por intermédio dos direitos individuais, que seriam o instrumento jurídico de proteção dos sujeitos de direito contra a autoridade pública e teriam o caráter de direitos inegociáveis, ficando fora do debate público por serem entendidos como direitos pré-políticos, anteriores a qualquer vinculação societária dos indivíduos. A distinção entre o público e o privado demanda do poder público a tarefa de definir que aspectos da vida do sujeito são privados e, por isso, serão protegidos da interferência alheia, seja ela de qualquer tipo ou advinda de qualquer pessoa. Historicamente, esse conteúdo da esfera privada tem ligação com a noção liberal a respeito dos direitos individuais, marcada por uma preocupação

profunda com os abusos de poder por parte dos agentes políticos da sociedade: a proteção da liberdade e livre consciência do indivíduo; a garantia da propriedade privada e do núcleo familiar de características burguesas; e a vida e a integridade corporal dos sujeitos⁴.

Em sentido semelhante, a ordem jurídica internacional foi se pautando pelo discurso dos direitos humanos que, geralmente, constitui-se como um instrumento supranacional de promoção das liberdades individuais e de limitação do poder soberano dos Estados nacionais, enquanto instrumento protetor da esfera de liberdades privadas dos sujeitos individuais, independentemente da vinculação desses sujeitos a uma determinada sociedade jurídica. Ao analisarmos mais a fundo esse contexto, verificamos que as raízes desse Direito moderno estão ancoradas na própria fundamentação desenvolvida pelos autores contratualistas que se valeram das ficções do estado de natureza como subterfúgio racional para a justificativa do Estado e do Direito no início do processo de desacoplamento do Direito em relação às ordens tradicionais medievais e religiosas. O próprio discurso sobre os direitos humanos e individuais encontra suas bases na tradição liberal que nos remonta a Locke e aos jusnaturalistas quando justificam a existência de direitos inatos ao ser humano, já presentes no estado de natureza⁵.

Nesse contexto, observamos uma conexão profunda entre o projeto de autonomia do sujeito pelo Direito e as estruturas jurídicas liberais, que se valeram da noção de direitos humanos e de direitos individuais para constituírem a esfera protetiva do sujeito, resguardando, nesse núcleo de privacidade, as condições para o exercício de sua liberdade e de sua autonomia sem a interferência de elementos externos. Em contrapartida, na separação entre o público e o privado, sedimentou-se a esfera pública como o espaço deliberativo sobre os rumos e caminhos que uma determinada sociedade tomará em nome do interesse coletivo fundado agora em bases racionais e democráticas. Por isso, a modernidade e a tradição liberal potencializaram a individualidade como uma das características mais marcantes dos sistemas jurídicos ocidentais. Como destacado por Rodotà, a “privacidade configura-se assim como uma possibilidade da classe burguesa, que consegue realizá-la sobretudo graças às transformações socioeconômicas relacionadas à Revolução Industrial” (2008, p. 26).

Essa ascensão da burguesia, juntamente com a construção desse novo espaço da privacidade, trouxe a necessidade de se configurar uma nova forma de intimidade, que seria o conteúdo profundo

⁴ Existem muitas críticas a essa tradição liberal de compreensão do sentido de esfera privada, principalmente caracterizando suas insuficiências e incapacidades para lidar com a realidade da desigualdade fática entre as pessoas. Não é a meta desse trabalho debater tais insuficiências e propostas alternativas, pois, para os objetivos aqui pretendidos, é suficiente a constatação de que essas liberdades individuais passaram a compor a tradição jurídica ocidental e que as afetações à liberdade e à privacidade no ambiente digital precisam ser levadas a sério, pois são problemas específicos de uma cultura jurídica e de uma forma social de se compreender enquanto sujeito de direito.

⁵ Para um panorama dos fundamentos da ordem jurídica moderna, conferir, principalmente a Parte I da obra: GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

da privacidade e que tem relação direta com três eixos analíticos: urbanização crescente, incremento dos mecanismos de governamentalidade do sujeito e expansão do capitalismo. O fenômeno da urbanização da sociedade trouxe uma maior proximidade entre as pessoas em decorrência do crescimento da densidade populacional dos espaços urbanos, aumentando também a percepção a respeito da necessidade de limites físicos para a salvaguarda da individualidade dos sujeitos. Além disso, a engenharia social necessária para responder à crescente complexidade social é marcada pelo avanço de mecanismos de governamentalidade do sujeito, principalmente aqueles relacionados com o controle populacional e com os sistemas de vigilância e segurança social. Essa governamentalidade crescente sobre o sujeito também ajudou na busca de instrumentos protetivos frente aos abusos de poder, firmando a necessidade da positivação dos direitos individuais nas ordens jurídicas constitucionais. Por último, a expansão e a hegemonia do modo de produção capitalista incorporaram à cultura econômica sua finalidade lucrativa e fez do consumo uma necessidade social, inculcando nos indivíduos os seus ideários, como a satisfação dos desejos pessoais, a autorrealização e o empreendedorismo, todos guiados pelos princípios do livre mercado. Nesse contexto, podemos dizer que o indivíduo só poderá usufruir de sua liberdade se tiver o resguardo de seu espaço privativo para o desempenho de sua autonomia. Por isso, esses três conceitos estão interligados e são as perspectivas de um fenômeno mais amplo, que é a própria realização dos sentidos de liberdade dos modernos dentro da tradição jurídica liberal.

No sentido mais pessoal, esse espaço reservado para a privacidade também se manifesta como uma forma de expressão da personalidade dos sujeitos. Como sintetizado por Cancelier, buscase também um “espaço que permita a diferenciação do indivíduo perante a sociedade” (2017, p. 216). A oposição entre o privado e o público permite que o sujeito desenvolva sua personalidade e suas características pessoais em contraste com o mundo externo e social. Assim, dentro das condições dadas pela modernidade, a construção da identidade do indivíduo depende, em grande medida, dessa esfera protetiva de sua individualidade, garantindo que suas escolhas, preferências e determinações pessoais possam ser exercidas livremente. Nesse âmbito, a autonomia privada, quando voltada para os tratos pessoais, deve exercer sua eficácia máxima, gerando condições satisfatórias para a autodeterminação identitária dos sujeitos. Esse ponto é importantíssimo para o objeto de estudo deste artigo e será retomado nos tópicos subsequentes, já que o seu ponto fulcral é exatamente a extensão das possibilidades de autodeterminação dos sujeitos nos ambientes digitais como mecanismo de enfrentamento dos problemas de heteronomia no mundo digital.

Voltando ao contexto do desenvolvimento da privacidade na modernidade, ao mesmo tempo em que o século XX promoverá a positivação e incorporação do direito à privacidade nos ordenamentos jurídicos nacionais, ocorrerá a expansão desse direito e a sua consolidação enquanto

parte de uma cultura de proteção do sujeito e de promoção de meios para a sua autodeterminação livre e desimpedida. Um pouco antes da virada do século passado, juristas estadunidenses já vinculavam a noção de privacidade com o “direito de estar só”, mesmo que atrelassem essa preocupação com os problemas específicos da intimidade da alta burguesia, como ressalta Rodotà (2008, p. 28). De qualquer forma, já se apontava uma preocupação com a tutela da personalidade humana⁶, na medida em que se buscavam meios para a defesa jurídica do direito de não ser incomodado em sua intimidade. O artigo pioneiro de Warren e Brandeis (1890) já apontava que o advento das tecnologias modernas, como as fotografias instantâneas e as empresas de comunicação, estava afetando a preservação do espaço privado. Debatendo esse contexto, Doneda (2000, p. 40) argumenta que o desenvolvimento da tecnologia trouxe, além de todas as benesses e vantagens de suas funcionalidades, uma redefinição dos limites do direito à privacidade, principalmente pelo modo como abriu ao público questões que antes estavam restritas apenas ao círculo das pessoas mais próximas ao sujeito.

Stefano Rodotà (2008) destaca que a idade de ouro da proteção à privacidade dos sujeitos ocorreu na segunda metade do século XIX, um momento em que havia uma grande centralização do modelo liberal jurídico clássico em grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais. Mas esse cenário burguês de formação da noção moderna de privacidade fez com que os mecanismos de proteção do sujeito tivessem mais eficácia em relação à elite social, gerando uma desigualdade de tratamento entre os sujeitos. Essa desigualdade foi alvo de muitas críticas durante o século XX, mas foi principalmente após a Segunda Guerra Mundial que os Estados passaram a atualizar a noção jurídica de direitos individuais, na tentativa de resolver as insuficiências de sua aplicabilidade para uma sociedade complexa e multifacetária, que não se resumia apenas ao modelo burguês de sujeito. Outros âmbitos foram abarcados pela proteção da privacidade, na tentativa de consolidar a percepção de que a privacidade teria relação direta com o exercício da liberdade e que tudo aquilo que compusesse essa estrutura deveria receber sua proteção, já que são também essenciais para o desenvolvimento e livre exercício da personalidade do indivíduo. Como destaca Cancelier (2017, p. 219), a relação do indivíduo e da sociedade com os espaços público e privado passou por mudanças significativas, aumentando o interesse e promovendo a democratização do direito à privacidade. Ele

⁶Samuel Warren e Louis Brandeis publicam em 1890 o famoso artigo *The right to privacy*, que se tornou um dos marcos sobre o início da história do direito à privacidade. A motivação de fundo para a escrita desse artigo foi a divulgação não autorizada de fatos íntimos do casamento da filha de Warren, uma preocupação específica da alta sociedade burguesa dos Estados Unidos, mas que tem ligação direta com o início da tutela sobre a intimidade e a personalidade humanas. Para o artigo dos autores, conferir: WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis, D. Right to privacy. **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, dezembro de 1890. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>.

vai “expandindo suas fronteiras, alcançando novos sujeitos, englobando diferentes objetos e se tornando presente em locais com ele antes incompatíveis”.

No contexto atual, percebemos que o desenvolvimento avançado das tecnologias digitais tem posto à prova a continuidade e existência do direito à privacidade no âmbito digital, bem como nossas liberdades individuais fundamentais. A “relação entre identidade livremente construída pelo sujeito e a intervenção de terceiros, com uma atividade crescente, tem dado um giro total devido às mudanças tecnológicas nas modalidades de tratamento das informações pessoais” (RODOTÀ, 2014, p. 293). Nesse sentido, o próximo tópico debate o contexto da heteroformação da nossa identidade digital para, em sequência, debatermos as recentes tentativas de enfrentamento desse problema.

2. A HETEROFORMAÇÃO DA IDENTIDADE DIGITAL: PROBLEMAS DE UMA NOVA ERA

Ao analisar a privacidade nos tempos de hoje, Stefano Rodotà (2008, p. 25) aponta a necessidade de se ampliar o conceito de privacidade em uma sociedade altamente digitalizada. Percebendo o fenômeno da digitalização como algo que está ocorrendo dentro de um quadro global, não é mais possível considerar as técnicas jurídicas de preservação da privacidade apenas pelos extremos do espaço de “recolhimento” do sujeito e pela esfera pública em que tudo é transparente e acessível, ou entre a proteção à casa e ao refúgio da intimidade e os locais de acesso público irrestrito. Esses extremos tendem a ser situações cada vez mais distantes da realidade de uma vida na sociedade digital, pois elas refletem uma forma específica de sociedade urbana e burguesa, baseada na proteção a uma individualidade com técnicas que não possuem potência efetiva para lidar com os problemas dessa nova realidade. Nesse sentido, Doneda (2008) destaca que o direito à privacidade não pode mais se resumir à liberdade negativa ou se encaixar nas antigas distinções entre o público e o privado, principalmente em decorrência das transformações espaciais operadas pelas novas tecnologias.

As atuais tecnologias da informação e da comunicação - as chamadas TICs -, principalmente aquelas operacionalizadas pelos aparatos digitais, devassaram os antigos limites entre o público e o privado, acessando informações que antes eram praticamente impossíveis de serem alcançadas por sujeitos alheios ao convívio de um determinado indivíduo. Esse acesso mais penetrante e as possibilidades avançadas de difusão e de publicização das informações fez com que as antigas proteções à privacidade se tornassem obsoletas. Com o advento da Internet, as informações sobre as pessoas, antes restritas ao âmbito privado, tornaram-se informações possíveis de serem acessadas por todo aquele que detém o conhecimento técnico especializado para sua coleta e processamento, ficando disponíveis para os mais variados fins, muitas vezes sem a anuência ou consentimento dos

seus titulares. Além disso, a expansão da Internet enquanto principal meio de comunicação e de conectividade entre as pessoas nos levou a uma profunda dependência desse instrumento comunicacional, sendo hoje um dos principais meios para a sociabilidade e para as demais tarefas da vida pública.

Essa onipresença da Internet e das tecnologias digitais exigiu que transferíssemos praticamente todos os dados de nossa vida para o mundo digital, abandonando os antigos meios analógicos para a proteção de nossas informações pessoais. Deixamos nossos rastros eletrônicos por todos os lugares em que navegamos na Internet. Os sistemas de *Big Data* coletam todos esses dados, armazenando-os e processando-os para os mais variados fins⁷. E esse rápido processo de digitalização da sociedade, sem a devida preparação e tempo necessário para a nossa adaptação, está fazendo com que percamos a consciência em relação à expansão do uso das tecnologias digitais, que passaram a decidir por nós, corroendo nossa autonomia e produzindo o fenômeno que Hildebrandt definiu como “inconsciência digital” (HILDEBRANDT, 2015). Essa “inconsciência” se destaca principalmente dentro da heteroformação da nossa identidade digital: ainda não temos noção correta do quão prejudicial tem sido essa interferência constante em nossa privacidade e liberdade individual.

Esses dados coletados pelos sistemas de *Big Data* geram material para um novo mercado, um capitalismo baseado em dados que são usados por empresas para alcançarem novas oportunidades de lucro. Por um lado, essas empresas buscam conhecer melhor o seu mercado de consumo com base em nossas navegações pela Internet e em nossas preferências de consumo extraídas a partir de nossos rastros digitais, que muitas vezes são usados sem o consentimento e conhecimento dos próprios sujeitos. Por outro lado, ao entender melhor os perfis⁸ dos seus potenciais consumidores, induzem, por intermédio de propagandas direcionadas, um determinado comportamento de consumo, promovendo modulações comportamentais que passam despercebidas pelos destinatários, impondo, desde fora e secretamente, vontades e desejos aos sujeitos de modo heterônomo, ferindo sua capacidade de autonomia.

Há um uso muito controverso de nossos dados pessoais, algo que tem ensejado toda uma preocupação com a adoção de legislações protetivas dos nossos dados pessoais. Segundo Nick Srnicek (2017), com esse “capitalismo de plataforma” estaríamos em um novo regime de acumulação de capital operado por um novo modelo organizacional de sociedade e marcado pela exploração

⁷ Para uma crítica a respeito do uso do conceito de *big data*, seus exageros e imprecisões e o impacto epistemológico ocorrido principalmente nas ciências sociais, com a mudança das metodologias de análise estatística, conferir: BOYD, Danah & CRAWFORD, Kate. Critical Questions for Big Data: provocations for a cultural, technological and scholarly phenomenon. In: **Information, Communication & Society**. Vol. 15, n. 5, junho de 2012, pp. 662-679.

⁸ Há várias empresas especializadas em *profiling*, as chamadas *data brokers*. Elas apenas coletam, analisa, e processam perfis de usuários para vender essas informações a outras empresas.

econômica dos dados, pelo qual as empresas privadas explorariam economicamente os dados dos sujeitos utilizando-se das plataformas tecnológicas criadas pelas grandes empresas de tecnologia. No caso, os dados pessoais digitais e as informações psíquicas e emocionais dos sujeitos seriam a principal moeda desse novo modelo de negócio. Ele extrai dessas informações, que nem sempre são concedidas de modo consentido e com o conhecimento preciso sobre suas finalidades, perfis de consumo, preferências e tendências de mercado que, uma vez devidamente analisados e processados por especialistas, permitem a manipulação e controle dos comportamentos dos consumidores, que são orientados para os fins específicos da empresa em uma determinação heterônoma de suas vontades.

Novos modelos de negócios são constituídos ao se extrair e processar dados que possuem valores psíquicos e emocionais dos sujeitos, dentro de uma “economia psíquica dos algoritmos”(BRUNO, 2018)⁹. A captura de nossas emoções abre espaço para novas especialidades de mercado, como o *design* de emoções e o uso avançado de tecnologias de inteligência artificial, utilizadas para a criação de perfis de mercado que conduzem as condutas de consumo por intermédio de padrões supraindividuais ou interindividuais que permitem fazer previsões em larga escala. Essa modulação ou indução do comportamento dos consumidores afeta sua autonomia decisória justamente porque essa indução é formatada a partir de perfis padronizados e interesses econômicos externos e operacionalizada por novos mecanismos de *marketing* personalizado operados dentro das plataformas digitais. É precisamente nesse aspecto que falamos de uma heteroformação da identidade do sujeito e não apenas de sua vontade. Essa manipulação de dados se baseia em perfis específicos de indivíduos que não são resultantes dos elementos reais que os caracterizam. Como aponta Parra (2016), o perfil importa mais do que o indivíduo que está por trás dele. Via de regra, esse sistema de coleta de dados não tem a intenção de excluir completamente a liberdade do indivíduo, mas a de saber o que ele desejaria dentro desse perfilamento de disposições de consumo e de se antecipar à sua decisão, oferecendo aquilo que ele provavelmente iria desejar consumir ou induzindo a sua decisão a partir de modulações de comportamento que provavelmente afetarão o seu poder decisório.

Se com base em nossos gostos e de acordo com técnicas de *online behavioradvertising*(publicidade comportamental *on-line*) nos mostram e nos oferecem produtos (de todo tipo, música, ócio, viagens, consumo...) que se encaixam ou coincidem com nossas preferências como consequência da coleta de dados que se

⁹ Por “economia psíquica dos algoritmos”, Bruno entende o investimento contemporâneo, tecnocientífico, econômico e social em processos algorítmicos de captura, análise e utilização de informações psíquicas e emocionais extraídas de nossos dados e ações em plataformas digitais (redes sociais, aplicativos, serviços de *streaming*, plataformas de compartilhamento e/ou consumo de conteúdo audiovisual etc.). As informações que interessam ao veloz capitalismo de dados não são mais apenas os rastros de nossas ações e interações (cliques, curtidas, compartilhamentos, visualizações, postagens), mas também sua “tonalidade” psíquica e emocional. É esta economia psíquica e afetiva que alimenta as atuais estratégias de previsão e indução de comportamentos nas plataformas digitais (e, eventualmente, fora delas). Conferir: BRUNO, Fernanda. A economia psíquica dos algoritmos: quando o laboratório é o mundo. In: **NEXO Jornal**, Brasil, 12 jun. 2018, p. 1-3.

faz da nossa vida na Internet, o certo é que com grande probabilidade nos sentiremos cômodos com o que se nos oferece, mas se fechará ou ao menos não se facilitará o acesso a outros produtos que podem enriquecer nossa personalidade. A longo prazo e de forma quase despercebida pode chegar a condicionar e, inclusive, definir desde fora a personalidade do ser humano, que pouco a pouco passa a ser mais controlável e maleável. (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 102).

Estamos diante do que se convencionou chamar de “gestão algorítmica da conduta”, que estrutura toda uma dinâmica de captura e uso de dados e que se realiza por intermédio de modelos de gestão de condutas operados pelos códigos digitais. Esses modelos podem variar em intensidade na modulação da capacidade decisória dos indivíduos: vão desde modelos preditivos que se preocupam apenas com a previsão e construção de mapas sobre comportamentos de consumo possíveis e futuros, até modelos mais invasivos, como os de captura ou de engajamento, que intervêm no fluxo das condutas dos sujeitos, desde recomendações sutis até o uso de instrumentos computacionais para alteração de crenças e comportamentos (BRUNO *et al*, 2019). Nesse ponto, estamos diante de uma “identidade algorítmica” (CHENEY-LIPPOLD, 2017), um tipo de individualidade que passa muito longe da individualidade corpórea dos indivíduos em sua vida fora do âmbito digital, baseada em “estereótipos de performances específicas”.

Como aponta Marina Borges (2020), essa tecnologia de coleta de dados fundada em algoritmos promove uma forma avançada de *marketing* a partir das informações coletadas dos sujeitos. Oferece um produto que seja aquilo que o consumidor “desejaria”, ou manipula os desejos do consumidor para que ele deseje o produto que está sendo oferecido. Quanto mais se avança com as tecnologias de *Big Data* e inteligência artificial para processamento de dados, mais preciso se torna esse processo de *marketing* personalizado, com implicações profundas na autonomia do sujeito, principalmente em decorrência das possíveis manipulações de sua vontade operada por mecanismos que lhe são externos, como é o caso do mercado interferindo e manipulando a autonomia dos sujeitos consumidores. Atualmente, os mecanismos internos de operação dos algoritmos das empresas privadas são secretos, segundo as dinâmicas do mercado que impõem uma legislação protetiva da liberdade do comércio que se estende também para os códigos, com a justificativa de que a proteção da propriedade intelectual e industrial das empresas é essencial para esse modelo de negócios e para a proteção da concorrência. Entretanto, a consequência para os indivíduos é a monetarização da privacidade, já que esse modelo de negócio está operando com base nos dados compartilhados em rede. A própria autora argumenta que o capitalismo está transformando o “eu” em material lucrativo, sendo que a mercantilização da identidade tem um péssimo revés que é a redução da proteção à privacidade.

No campo político, temos consequências semelhantes. O monitoramento de usuários de plataformas de relacionamento tem permitido a extração de perfis para fins eleitorais, manipulando o eleitorado em sua capacidade de escolha política¹⁰. Aqui, o grande problema é que o eleitor é entendido como um “mercado de consumo” ou colocado na posição de consumidor de plataformas políticas partidárias (BORGES, 2020, p. 164-170) no mesmo patamar da atuação das empresas privadas dentro do “capitalismo de dados”, sendo que os partidos políticos e candidatos usam os dados dos sujeitos para construir estratégias de convencimento e de conquista de novos territórios eleitorais, compreendendo as preferências, características e anseios de determinado nicho eleitoral. Esses dados são manipulados e processados tendo em vista ações estratégicas eleitorais, que afetam diretamente a autonomia dos sujeitos no momento de decidirem sobre as propostas políticas dos seus candidatos.

Em relação aos aparatos estatais de controle e governança do sujeito, estamos diante de novas técnicas para uma governamentalidade digital, que estabelece um aprofundamento do controle dos agentes governamentais perante os cidadãos. As administrações públicas vêm adotando com muita intensidade sistemas de vigilância para a melhoria da segurança pública e dos processos de identificação civil, com avançados sistemas de bancos de dados para o gerenciamento das informações pessoais dos seus cidadãos, bem como sistemas automatizados de decisões administrativas e judiciais, sistemas de inteligência logística, espionagem e de melhoria das forças policiais e militares, dentre outros. E aqui se observa uma crescente aliança entre os governos e as entidades privadas para enfrentar os “desafios de uma sociedade baseada em dados”, como aponta Mantelero (2018), ao trabalhar as relações entre a cidadania e a governança digitais. A vigilância estatal é agora mais eficiente com o uso massivo das redes sociais e por intermédio das parcerias entre governo e empresas privadas de dados. Todas essas mudanças apontam para um poder muito maior dos Estados no controle de sua população. Isso nos leva a um risco maior de abusos de poder por parte dos agentes estatais e, necessariamente, uma reafirmação da necessidade de instrumentos protetivos do sujeito.

Em síntese, diante desses aspectos fáticos advindos tanto de empresas privadas, quanto das entidades governamentais, a identidade digital dificilmente pode ser definida a partir da autonomia da pessoa, mas sim de modo heterônomo. Cria-se uma “situação de dependência que determina a construção de uma identidade ‘externa’, e que qualifica a identidade com formas que reduzem o poder

¹⁰Um dos casos mais emblemáticos para a exemplificação desse problema ocorreu em 2016 com a Cambridge Analytica, que ganhou popularidade em todo o mundo, principalmente depois da punição que a justiça dos Estados Unidos impôs sobre a empresa Facebook. Uma rápida busca na Internet nos apresenta inúmeras notícias sobre o caso. O periódico El País mantém uma página específica para o caso Cambridge Analytica e outros casos decorrentes ou semelhantes. Conferir: <https://brasil.elpais.com/noticias/caso-cambridge-analytica/>

de governo do interessado” (RODOTÀ, 2014, p. 293). Estamos diante de uma “nova vulnerabilidade social” por causa de uma “identidade capturada” pelos mecanismos digitais algorítmicos (RODOTÀ, 2014, p. 307). Como argumenta Piñar Mañas, o “poder dos algoritmos pode configurar a identidade da pessoa, uma identidade controlada, desenhada e vigiada”, colocando em questão o próprio direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pois as interferências externas podem reconduzir e até mesmo definir os gostos ou prioridades das pessoas. Essa tecnologia digital:

Pode perfilar com facilidade as pessoas e pode limitar o marco de seu desenvolvimento pessoal em um processo difícil de identificar e ante o qual pode resultar ainda mais difícil qualquer tipo de resistência, pois definitivamente o algoritmo vai adequar processos segundo nossos gostos, e por isso não será fácil objetar-se às indicações que dele derivem. Mas ao mesmo tempo pode cercar a abertura e diversificação da personalidade e, portanto, da própria identidade, pois definitivamente vai se empobrecendo a capacidade de abertura ao diverso e ao novo. (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 102).

Diante de todos esses aspectos, a identidade do sujeito digital e suas decorrentes liberdades individuais se tornaram um tema controverso no marco da sociedade digital. Se entendermos que o Direito a proteção à identidade se “configura como o direito a ser um mesmo e ser diferente dos demais”, que o direito à identidade pessoal é o “direito a que a proteção social da própria pessoa não sofra distorções como consequência da atribuição de ideias, opiniões ou comportamentos diferentes aos que a pessoa tem manifestado em suas relações vitais” e que a pessoa tem também o direito ao esquecimento digital, como meio de proteção da sua privacidade (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 96), então as interferências externas nesse âmbito protetivo do sujeito estão afetando o seu direito à identidade pessoal digital e a sua autodeterminação informativa. E como a identidade digital se define em função dos elementos que cada um quer que sejam ressaltados ou excluídos, a privacidade assume um papel de grande relevância, pois nos permite “manter e inclusive reivindicar ou fazer valer a identidade que queremos para nós ou a que realmente temos, e que paradoxalmente define assim mesmo a identidade que queremos mostrar exteriormente. A privacidade permite controlar o meu eu e expressar o eu que quero transmitir aos demais” (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 97-98).

A identidade a que me refiro se constrói fundamentalmente no entorno da realidade física. Mas pode assim mesmo trasladar-se ao entorno digital. Neste, confluem elementos que configuram tanto a identidade que cada um quer ou pretende se dar, como a que se outorga. O que ocorre é que no entorno digital a heteroformação da identidade depende de fatores que nem sempre operam no mundo físico ou o fazem de um modo muito diverso. Pois no entorno digital as possibilidades de conformar desde fora do próprio sujeito sua identidade e com isso sua personalidade são, sem dúvidas, muito mais numerosas e qualitativamente diversas (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 101).

Diante disso, Parra traz a importância de discutirmos um “direito a um futuro não-preocupado”, ou seja, a uma proteção dos dados pessoais a ponto de impedir a construção de um perfil estatístico que é utilizado para guiar nossas escolhas ou para nos incluir em determinadas categorias sociais ainda nem desejadas ou pensadas pelos sujeitos. Ele conclui apontando:

Por tudo isso, é importante pensarmos numa política para a proteção dos dados pessoais e nas garantias para o anonimato na rede. Porém, isso só dá conta de uma parte do problema. É absolutamente possível manter a governamentalidade algorítmica funcionando dentro do respeito àquilo que entendemos como "dados pessoais". Para enfrentarmos essa nova forma de poder, teremos que pensar em novas formas de regulação sobre a informação que é produzida, para além da dicotomia público-privado. Afinal, trata-se de discutir o que queremos fazer coletivamente com as informações que estão aí. Quais as possibilidades e o que queremos evitar? Talvez, tenhamos mesmo que pensar que a proteção dos dados pessoais não se refere mais ao indivíduo, mas sim à coletividade. Ou seja, com a crescente mediação das tecnologias digitais há toda uma nova partilha do mundo que se faz necessária, afinal a intermediação digital inaugura um novo território comum sob disputa. Uma alternativa seria pensarmos o ecossistema comunicacional de maneira análoga aos bens comuns (diferentemente do *commons* da perspectiva liberal ou neoinstitucionalista), traçando seu usufruto coletivo a partir de uma concepção renovada dos direitos no mundo digital (PARRA, 2016, p. 42).

O que percebemos é uma volta ao problema da heteronomia no direito. Como sair desse impasse? Seria possível a extensão dos mecanismos modernos para a produção da autonomia do sujeito para os ambientes digitais? A proposta dessa investigação vai no sentido de afirmar a possibilidade dessa extensão com base no princípio da autodeterminação informativa, que centraliza a preocupação com o sujeito na esfera digital. Por isso, os elementos apresentados até agora se configuram como uma tentativa de justificar a relevância desse princípio para a afirmação e garantia das liberdades individuais do sujeito digital.

3. A FUNDAMENTAÇÃO PARA O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Stefano Rodotà (2008, p. 17) identifica um processo evolutivo do conceito de direito à privacidade, que vai desde a ideia de ser deixado em paz, até os problemas atuais que envolvem o controle das informações pessoais nas tecnologias digitais - e é provável que a perspectiva mais contemporânea do direito à privacidade seja a garantia de controle das informações pessoais. Assim, percebemos nesse processo uma transformação do conteúdo do conceito de privacidade. Ele inicialmente estava centrado na instituição de mecanismos de proteção do espaço privado contra interferências alheias, uma proteção operada principalmente pela autoridade governamental responsável por garantir a inviolabilidade da privacidade. Agora, o conceito de privacidade está sendo

levado para o âmbito digital, com a intenção de se garantir condições para que o próprio indivíduo tenha poder e controle sobre suas informações pessoais, resguardando-lhe uma específica ação de autonomia: a autodeterminação informativa, ou seja, o poder para que ele possa gerir as informações específicas sobre sua pessoa, já que os ambientes digitais são ambientes informacionais e o sujeito digital nada mais é do que informações aglutinadas em torno de uma noção de identidade digital, que dá ao sujeito a possibilidade de ser reconhecido por suas informações específicas e tornadas únicas e particulares. Nesse sentido, Rodotà afirma que a privacidade caminhou da sequência “pessoa-informação-sigilo” para “pessoa-informação-circulação-controle” (2008, p. 93), sendo que, no último caso, a noção de autonomia é resgatada para que o sujeito possa ter controle e poder de definição sobre a coleta, o uso e o destino de suas informações pessoais.

Quando falamos de resgate da noção de autonomia e de rearticulação dos sentidos de privacidade para os tempos atuais é porque nas últimas décadas a força dos mecanismos de preservação de nossas liberdades foram reduzidas, principalmente quando nos referimos às tecnologias digitais. Segundo Rodotà (2008, p. 17), esse processo de mitigação tem ocorrido por três grandes razões: a) os atentados do 11 de setembro, nos Estados Unidos, levaram a um processo de afrouxamento das regras de privacidade, com a redução das garantias individuais fundamentais por meio de instrumentos legais emergenciais e excepcionais, como o *PatriotAct*¹¹, nos Estados Unidos, e até mesmo por decisões judiciais europeias de cessão de dados de passageiros suspeitos por parte de empresas aéreas; b) em decorrência do contexto de flexibilização das normas jurídicas promovidas pelo neoliberalismo, houve uma redução das garantias legais individuais, permitindo que o mercado extraia vantagens e construa novas estratégias econômicas para acessar as informações que antes eram protegidas pelas regras de proteção à privacidade dos sujeitos – algo que se aprofunda ainda mais nos meios digitais, no processo de coleta, processamento e uso dos dados dos consumidores digitais -; c) o advento de novas tecnologias digitais para a classificação, seleção, triagem e controle dos dados sobre os indivíduos, resultando numa proliferação desenfreada do processo de digitalização da sociedade, sobre a qual existem poucos instrumentos capazes de controlá-las, tanto no âmbito nacional, quanto no internacional.

Esse novo contexto traz problemas nunca experimentados, o que torna o próprio conceito de privacidade, mesmo depois de todo o seu percurso evolutivo, inoperante para lidar principalmente com as novas tecnologias digitais. Em um sentido mais extremo, alguns chegam a defender o esgotamento das possibilidades de uso do conceito de privacidade, defendendo o uso do termo “pós-privacidade” na tentativa de descrever a condição de um mundo onde as concepções do analógico ou

¹¹Para acesso on-line ao documento: <https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf>

do pré-digital sobre privacidade pessoal não são mais factíveis. Indo mais além, intitulam a era atual como a “idade da transparência”, dada a impossibilidade de se resguardar qualquer proteção à privacidade no ambiente digital¹². Entretanto, compreendo que a percepção de que a potência do conceito de privacidade se esgotou é apenas aparente. É provável que ela expresse mais uma tensão entre um paradigma jurídico moderno que tem se esgotado, especificamente por estarmos diante de transformações profundas na estrutura social, e as possibilidades ou de atualização desse paradigma para a sociedade digital ou de constituição de um novo paradigma que consiga dar conta das novidades do mundo presente. Nesse mesmo sentido, Kanashiro (2013, p. 30-31) argumenta que não se trata de compreender se a privacidade ainda existe ou se ela deixou de existir. O que devemos fazer é compreender os discursos, as forças e as práticas que hoje disputam o seu sentido, o seu valor e os modos de sua experiência, principalmente porque os agentes do poder e do mercado provavelmente têm um interesse nesse ocaso da privacidade, na destituição dos mecanismos protetivos do sujeito. E essa disputa é especialmente sensível no ambiente digital, como no caso da Internet. Devemos fazer um entrecruzamento de percepções sobre as disputas que ocorrem em torno da privacidade, principalmente as disputas políticas, econômicas, sociais, cognitivas e estéticas em função dos “bens” que ali circulam, tanto materiais, quanto imateriais, e de seus modelos de comunicação, circulação e produção de informação, conhecimento e cultura.

Esses novos problemas, que apontam para a insuficiência quase que completa dos mecanismos de proteção à privacidade, indicam que, no âmbito digital, principalmente na Internet, outros instrumentos precisam ser mobilizados para que se consiga garantir a preservação da identidade digital dos sujeitos e de seus âmbitos de privacidade e de liberdade digitais. Em se tratando de um ambiente informacional, o caminho encontrado para a proteção dos sujeitos é o da regulamentação de meios para a proteção dos dados pessoais e o da promoção da autonomia do sujeito no gerenciamento de suas próprias informações. Bruno Bioni (2018) chega a indicar que não estamos mais diante da mera evolução do conceito de privacidade, pois, mesmo que a proteção dos dados pessoais opere também com alguns aspectos da tutela à privacidade, ela não se restringe à separação entre o público e o privado, já que essa separação também não é muito clara no contexto digital e a restrição da proteção de dados à esfera da privacidade não seria suficiente para o tratamento dos

¹² O debate sobre o conceito de “pós-privacidade” ainda é muito incipiente, com poucas publicações científicas sobre o tema. O autor alemão Pircher Verdoffer Georg publicou um dos primeiros livros sobre o assunto: “Post-Privacy: Gesellschaftliche Chancen und Risiken einer aufkeimenden Transparenzkultur. AV Akademikerverlag, 2014. Outros autores têm publicado, de modo aberto na Internet, ensaios e notícias em periódicos sobre o tema. Apenas em caráter exemplificativo, temos nomes como Gary Younge (<https://www.theguardian.com/commentisfree/cifamerica/2012/apr/02/social-media-and-post-privacy-society>), Thomas A. Bass (<https://theamericanscholar.org/our-post-privacy-world/>), Bruce Craig (<https://medium.com/swlh/post-privacy-the-data-class-divide-f86a0c0ec7fc>), e Nova Spivack (<https://www.wired.com/insights/2013/07/the-post-privacy-world/>).

problemas indicados. Assim, com o avanço do uso de dados pessoais para as mais diversas finalidades e com seu impacto cada vez mais expansivo sobre as pessoas e sobre a própria sociedade, a proteção de dados pessoais tem se erguido como a arma de proteção da “própria dimensão relacional da pessoa humana”. Assim, podemos perceber que a proteção de dados pessoais tem um impacto muito maior do que a proteção à privacidade, já que atinge um número muito maior de liberdades individuais, permite a autodeterminação informativa e, conseqüentemente, a própria autodeterminação identitária dos sujeitos, reduzindo as possibilidades da heteroformação da nossa identidade digital, ou seja, da interferência externa sobre o modo como constituímos a nossa própria identidade digital.

Para além da ideia clássica individualista de proteção do sujeito por intermédio dos direitos individuais, a proteção dos dados pessoais tem um impacto mais profundo no contexto das novas dinâmicas digitais. Danilo Doneda (2019, p. 23-24), partindo desse percurso evolutivo do direito à privacidade, entende que esse “direito a ser deixado só” ou essa tentativa de se instituir mecanismos para a “reclusão e isolamento da vida privada” não são meios suficientes para a proteção da pessoa em todas as dimensões de sua personalidade, que hoje estão profundamente afetadas pelo intenso fluxo de informações dispostas nos meios tecnológicos digitais. Nesse cenário, a proteção de dados pessoais configura-se como uma tutela ampla da pessoa e não apenas de sua privacidade, pois o objetivo é protegê-la de controles abusivos e ações discriminatórias no tratamento de seus dados, com a finalidade de “garantir a integridade de aspectos fundamentais de sua própria liberdade pessoal”.

No decorrer do desenvolvimento histórico dos instrumentos de proteção de dados pessoais, observamos que eles são decorrência de todo um cuidado que a modernidade teve em garantir o resguardo da individualidade e da personalidade dos sujeitos. Os direitos individuais ganharam conotação de proteção da própria personalidade dos sujeitos principalmente após a Segunda Guerra Mundial, na sedimentação dos direitos fundamentais como valores básicos de uma sociedade preocupada com a garantia da dignidade dos sujeitos, especialmente na tentativa de protegê-los das ingerências autoritárias e externas tanto do mercado, quanto dos agentes estatais e de outros sujeitos privados. É possível observar esse aumento da proteção aos indivíduos na positivação dos direitos individuais fundamentais tanto nos códigos civis, quanto nas cartas constitucionais dos Estados. Esses instrumentos de proteção à personalidade humana foram se desenvolvendo no sentido de amparar as pessoas concretas em suas singularidades, para além do seu início individualista baseado numa concepção abstrata de sujeito. É nesse sentido que identificamos uma preocupação dos Estados em observar também a utilidade dos mecanismos protetivos para o resguardo dos dados pessoais dos sujeitos.

Olhando apenas sob o prisma da evolução dos meios de proteção de dados pessoais, podemos destacar alguns ciclos ou gerações de regulamentações sobre proteção de dados. Segundo Doneda

(2019), logo após a Segunda Guerra as primeiras regulações se relacionavam com os avanços tecnológicos decorrentes de uma maior capacidade quantitativa e qualitativa da ciência computacional, que permitia um processamento de dados mais eficiente, principalmente aqueles ligados ao gerenciamento e à governamentalidade da população por parte dos Estados. Essa primeira geração de leis de proteção de dados foi estruturada a partir de um receio generalizado quanto ao processamento massivo das informações dos cidadãos e os riscos possíveis de afetação aos direitos individuais pelas autoridades governamentais. Essas leis foram pensadas para um controle maior sobre essas novas tecnologias, na tentativa de limitar a coleta e processamento de dados operadas tanto pelas agências governamentais, quanto por empresas privadas contratadas pelos governos. Essa relação do Estado com agentes privados fez com que uma nova onda de regulamentações eclodisse e se expandisse para outros campos. Ao se perceber que o Estado era incapaz de lidar com essas novas situações apenas com seus próprios mecanismos, os indivíduos foram colocados como corresponsáveis na proteção de suas informações. Essa responsabilidade foi transferida para os titulares desses direitos, que passaram a gerir o uso de suas informações por intermédio do instituto do consentimento. Essa mudança vinda com a centralização do consentimento para o uso de dados pessoais fez com que se consagrasse o princípio da autodeterminação informativa como o princípio guia para a disciplina da proteção de dados dos sujeitos. Entretanto, o principal problema dessa delegação de responsabilidades para o sujeito é que, com o alto número de informações que são circuladas na Internet e com a falta de conhecimento técnico profundo por parte dos seus usuários, a transferência de responsabilidade se tornou insuficiente para a proteção efetiva do sujeito, principalmente pelo “desequilíbrio de poderes entre o indivíduo e os organismos que processam os dados pessoais, produzindo uma consequente perda de controle individual sobre o fluxo de seus dados”. (MENDES, 2021, p. XVII).

Conforme apontado por Laura Mendes, percebeu-se que antes da garantia do princípio da autodeterminação informativa era necessário o resguardo do funcionamento adequado do sistema de processamento de dados, pois, para que o indivíduo pudesse livremente desenvolver e exercer sua personalidade e suas liberdades privadas, ele precisaria “confiar que as informações produzidas não sofrem interferência, interceptação, nem manipulação de qualquer tipo”. Assim, dois planos precisam ser protegidos: tanto o sistema informático que atua sobre os indivíduos, quanto os próprios indivíduos usuários desse sistema, “uma vez que tal proteção à integridade do sistema impõe que ele se encontre de acordo com as legítimas expectativas do usuário” (MENDES, 2021, p. XVI-XVII). A violação à essa integridade do sistema para alterar, interceptar ou inserir dados afeta diretamente o livre desenvolvimento da personalidade do usuário e da sua dignidade em ambientes digitais, já que as próprias condições para o livre desempenho da autonomia é que estão sendo afetadas. Dentro desse

contexto, Bruno Bioni (2018, p. 117) aponta que as perspectivas atuais sobre a proteção de dados não delegam ao indivíduo a total responsabilidade pela gerência de seus dados, mas buscam mesclar essa responsabilidade individual com estratégias específicas para criar um contexto legítimo para o uso e tratamento dos dados e com matizes de importância de dados, classificando-os segundo seus graus de impacto na liberdade do sujeito, como no caso dos dados sensíveis, que exigem maiores cuidados. O consentimento do indivíduo ainda tem uma grande centralidade na abordagem regulatória; mas é mesclado com outros cuidados que garantem uma maior efetividade desse sistema protetivo.

Como a centralidade do consentimento tem sido a base comum entre os sistemas regulatórios de proteção de dados, os dados pessoais são consagrados como elementos específicos de nossa personalidade, principalmente em um mundo digital. É nesse sentido que podemos afirmar que os dados pessoais são hoje componentes da categoria direitos de personalidade, pois, sendo o sujeito digital constituído a partir de dados, de informações sobre si mesmo que são transformadas em linguagem computacional para ambientes digitais, os dados sobre a pessoa se tornam elemento crucial para a sua proteção enquanto sujeito, especialmente quando se consolida toda uma preocupação com a constituição de um Direito Digital que se volta para a abordagem jurídica das problemáticas decorrentes do processo de digitalização social em que estamos imersos¹³. Bioni também reconhece a proteção de dados pessoais como direito de personalidade:

A proteção de dados pessoais ergue-se como um direito da personalidade de extrema relevância na sociedade contemporânea, na qual as redes sociais de relacionamento e demais plataformas digitais constituem um cenário de novos desafios para a tutela da personalidade humana. Isso inclui o sistema de economia movida a dados, operado a partir das atividades de controle e armazenamento de dados pessoais, no qual as personalidades são mapeadas por “signos identificadores” das pessoas. Dessa forma, estamos diante de uma nova identidade que os controladores de dados precisam classificar, de acordo com a personalidade do titular das informações. Assim, entende-se a justificativa dogmática para a inserção dos dados pessoais na categoria de direitos da personalidade (BIONI, 2018, p. 65).

Além da sedimentação do princípio da autodeterminação informativa como o guia dessa tentativa de retomada dos mecanismos de proteção do sujeito dentro do Direito, outras ações precisam ser desenvolvidas para o resgate de uma cultura de privacidade no mundo digital. Nesse sentido, Parra (2016) indica que, ao mesmo tempo em que devemos promover o acesso à informação, ao conhecimento e à cultura, também temos que combater os efeitos potencialmente perversos dessa abertura informacional permitida pelas novas tecnologias digitais. É necessário encontrarmos meios de fornecer uma comunicação segura, tendo a privacidade e o anonimato como instrumentos de

¹³ Para uma abordagem inicial sobre o Direito Digital, conferir: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital - desafios para o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

controle e combate às ações massivas de vigilância estatal e corporativa. Ao mesmo tempo, precisamos alimentar debates públicos sobre as ações dos códigos, dos algoritmos e de outras técnicas de monitoramento e coleta de dados pessoais que afetam os direitos individuais dos sujeitos. Com a formação de uma massa crítica sobre o tema, conseguiríamos formar cidadãos ativos no processo de definição do que deve ser o ambiente e a ecologia digital, as finalidades da tecnologia e o futuro da nossa própria sociedade digital.

Como aponta Borges (2020, p. 156), no aspecto cultural, há uma baixa da cultura de proteção da privacidade enquanto valor social por parte dos próprios sujeitos, que têm exibido os atos da vida pessoal em plataformas de relacionamento. Essa tendência de desvalorização da privacidade é um ato de publicidade pessoal ou de autopromoção que não se configura como uma violação externa da privacidade, mas que afetam uma política pública de proteção e preservação da vida íntima dos sujeitos. Por isso, o resgate de uma cultura de privacidade nos exige o uso consciente dos artefatos tecnológicos dentro de uma nova “cultura tecnológica” (LAWLER, 2003). É imprescindível que a educação atual inclua em seus processos a preocupação com a proteção de dados pessoais, dentro de um quadro mais amplo de questões sobre alfabetização e cidadanização digital. Um projeto de reforma do sistema educativo deveria incluir em seus planos o ensino às novas gerações de como compreender os indivíduos e a sociedade em sua relação com a tecnologia, com o seu funcionamento e suas formas de existir e estruturar a sociedade.

Na atual relação entre identidade e democracia, exigimos que haja a menor interferência possível nas circunstâncias que configuram a identidade das pessoas, tornando públicas apenas as informações necessárias para “garantir precisamente uma convivência democrática que respeite a dignidade, a liberdade e a igualdade das pessoas”. A proteção à identidade dentro de uma democracia é parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade, pois ela condiciona a vida da pessoa, seu agir no cotidiano, seu desenvolvimento tranquilo e normal como pessoa (PINAR MAÑAS, 2018, p. 99-100).

CONCLUSÃO

Neste artigo, destaquei o retorno do problema da heteronomia no Direito, não mais no contexto da transição para o Direito moderno “desencantado”, mas dentro das preocupações com as violações de nossas liberdades privadas na sociedade digital. Por isso, debati inicialmente a formação teórica da “liberdade dos modernos” e as questões que sedimentaram a noção de autonomia privada, instrumento importante para a proteção do sujeito e de suas liberdades, no marco da tradição jurídica ocidental. Posteriormente, trabalhei o conceito de “heteroformação da identidade digital”,

demonstrando as vulnerabilidades às nossas liberdades individuais decorrentes da ascensão das tecnologias digitais. Por fim, tentei justificar a importância do princípio da autodeterminação informativa para fundar uma nova era de proteção do sujeito em ambientes digitais. Para garantirmos a autonomia do “sujeito de direito digital”, dentro das premissas dessa autodeterminação informativa, precisamos avançar no debate sobre que direitos individuais teremos para esse novo sujeito e quais os instrumentos jurídicos serão mais efetivos na proteção de sua autonomia.

Ainda temos muitas dificuldades em entender quem é esse novo sujeito e, talvez por isso, sua proteção jurídica padece de instrumentos mais efetivos. Pensando junto com PiñarMañas (2018, p. 102-103), a convivência entre um mundo analógico e um mundo digital tem nos trazido uma diversidade de identidades, a física, a digital, as híbridas (e outras). Observando o modo como o capitalismo tem se alimentado de nossos dados pessoais e construído uma nova forma de lucro, no futuro próximo a identidade será nossa matéria prima mais valiosa e sua principal existência será digital. Portanto, é urgente que nos debruçemos sobre essa problemática pelo prisma jurídico.

Junto com Rodotà (2014, p. 312), entendo que as inovações tecnológicas devem passar pelo crivo valorativo dos princípios que fundamentam o respeito à pessoa e pelos requisitos de um sistema democrático que não pode ser resumido a uma crescente governamentalidade estatística e de vigilância sobre os sujeitos. Esse crivo valorativo está dentro de uma tríade entre direito, técnica e ética (PIÑAR MAÑAS, 2018, p. 106-107), conectando as novas tecnologias aos valores de nossa tradição ocidental moderna, sendo que, no caso aqui analisado, precisamos estender a noção do indivíduo para o sujeito digital, pelo qual a definição da identidade adquire uma especial relevância e a ela se estende a proteção dos nossos direitos individuais, garantindo a liberdade de desenvolvimento e a possibilidade de se expressar a identidade sem interferências externas.

E ante a exigência de o Direito não barrar a evolução tecnológica e a liberdade de desenvolvimento científico, precisamos nos voltar aos princípios que guiam a ordem jurídica como parâmetros vivos e em constante atualização de seu conteúdo, como é o caso do princípio da autodeterminação informativa. Mas esses princípios não podem ser meras palavras ou boas intenções; precisam assumir verdadeira feição normativa, guiando as ordens constitucionais dos Estados e da própria sociedade internacional, como tem acontecido recentemente com as regulamentações sobre proteção de dados, que exigem uma responsabilidade proativa, a adoção de perspectivas de privacidade desde o desenho dos aplicativos e códigos computacionais e outras iniciativas de proteção ao sujeito digital.

REFERÊNCIAS

- ASTOBIZA, Aníbal Monasterio *et. al.* Traducir el pensamiento en acción: interfaces cérebro-máquina y el problema ético de la agencia. In: **Revista de Bioética y Derecho**, v. 46, Barcelona, 2019, pp. 29-46.
- BERLIN, Isaiah. Os dois conceitos de liberdade, in H. Hard e R. Hausheer (Org.). **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BORGES, Mariana Toledo. Mercado, vigilância e Facebook na era do espetacular integrado, ou *insideusallthereis a code*. In: **Literatura: teoria, historia, crítica**, v. 22, n. 1, 2020, pp. 137-178.
- BRUNO, Fernanda Glória. A economia psíquica dos algoritmos: quando o laboratório é o mundo. In: **Nexo Jornal**, Brasil, 12 jun. 2018, p. 1-3.
- BRUNO, Fernanda Glória; BENTES, Anna Carolina Franco; FALTAY, Paulo. Economia psíquica dos algoritmos e laboratório de plataforma: mercado, ciência e modulação do comportamento. In: **Revista Famecos**, Porto Alegre, v. 26, n. 3, 2019, pp. 1-21.
- CANCELIAR, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade Hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. In: **Sequência**, Florianópolis, n. 76, 2017, p. 213-240.
- CHENEY-LIPPOLD, John. **We are data: algorithms and the making of our digital selves**. Nova Iorque: NYU Press, 2017.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: **Revista de Filosofia Política**, n. 2, 1985, p. 9-25.
- DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 37-54.
- DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2019.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I
- HILDEBRANDT, Mireille. **Smart technologies and the end(s) of law: novel entanglements of law and technology**. Belgium: Edward Elgar Publishing, 2015.
- IENCA, Marcello; ANDORNO, Roberto. Towards new human Rights in the age of neuroscience and neurotechnology. In: **Life Sciences, Society and Policy**, v. 13, n. 5, 2017, pp. 1-27.
- KANASHIRO, Marta Mourão; BRUNO, Fernanda Glória; EVANGELISTA, Rafael de Almeida; FIRMINO, Rodrigo José. Maquinaria da privacidade. In: **RUA** [online], n. 19, v. 2, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

LAU, Pin Lean. The extension of legal personhood in Artificial Intelligence. In: **Revista de Bioética y Derecho**, v. 46, Barcelona, 2019, pp. 47-66.

LAWLER, Diego. Las funciones técnicas de los artefactos y su encuentro con el construtivismo social en tecnología. In: **Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad**, v. 1, n. 1, 2003, pp. 27-71.

MANTELERO, Alessandro. (2018). Ciudadanía y Gobernanza digital: entre política, ética y derecho. FERNÁNDEZ del CASTILLO, Tomás de la Quadra-Salcedo & PIÑAR MAÑAS, José Luis (organizadores). **Sociedad Digital y Derecho**. Madrid: Ministério de Indústria, Comercio y Turismo, pp. 159-178.

MENDES, Laura Schertel. Apresentação. In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital - desafios para o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PARRA, Henrique. Abertura e controle na governamentalidade algorítmica. In: **Ciência e Cultura**, v. 68, n. 1. São Paulo, jan.-mar. 2016, p. 39-42.

PIÑAR MAÑAS, José Luis. Identidad y persona en la sociedad digital. In: **Sociedad Digital y Derecho**. FERNÁNDEZ del CASTILLO, Tomás de la Quadra-Salcedo & PIÑAR MAÑAS, José Luis (organizadores). "Sociedad Digital y Derecho". Madrid: Ministério de Indústria, Comercio y Turismo, 2018, pp. 95-111.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

SRNICEK, Nick. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis, D. Right to privacy. **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, Dezembro de 1890. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021.

AUTOR:

Eder Fernandes Monica

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Professor da Faculdade de Direito. É Coordenador do Grupo de Pesquisa Sexualidade, Direito e Democracia e do Grupo de Pesquisa Sociedade da Informação, Tecnologia Digital e Direito. Atua na Pós-Graduação em Sociologia e Direito e na Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios.

E-mail: ederfm@id.uff.br

EL TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO Y SU CONTRIBUCIÓN AL FIN DE LA IMPUNIDAD: UNA MIRADA CRÍTICA

María Torres Pérez
Universidad de València

RESUMEN

Entre los diversos tribunales penales internacionales ad hoc que se han creado desde finales del siglo XX, el Tribunal Especial para el Líbano destaca por su particularidad, tanto a nivel jurisdiccional como por su contribución al tratamiento de las víctimas. La labor del Tribunal Especial para el Líbano comenzó en 2009, dictando su primera sentencia de instancia el 18 de agosto de 2020. Pronto se podrá delimitar su eficacia como medida del Capítulo VII en el propio Líbano, pero cabe destacar el esfuerzo del Consejo de Seguridad por no abandonar el camino iniciado en 1993 con la creación de los tribunales de Yugoslavia y Ruanda. Este trabajo pretende analizar las peculiaridades del Tribunal y su impacto en el derecho penal internacional general, analizando la sentencia de 2020 mediante el método clásico de la ciencia jurídica. Se divide en cuatro partes dedicadas al tribunal en general, a la sentencia del 18 de agosto y a las conclusiones sobre su aplicabilidad al derecho penal internacional general.

Palabras-clave: Tribunal Especial para el Líbano. Impunidad. Víctimas. Terrorismo. Derecho internacional consuetudinario.

THE SPECIAL TRIBUNAL FOR LEBANON AND YOUR CONTRIBUTION TO END OF IMPUNITY: A CRITICAL VIEW

ABSTRACT

Among the various ad hoc international criminal tribunals that have been established since the end of the twentieth century, the Special Tribunal for Lebanon stands out for its particularity, both at the jurisdictional level and for its contribution to the treatment of victims. The work of the Special Tribunal for Lebanon began in 2009, delivering its first instance judgment on 18 August 2020. It is soon to be able to delimit its effectiveness as a Chapter VII measure in Lebanon itself, but it is worth noting the effort of the Security Council not to abandon the path begun in 1993 with the creation of the courts in Yugoslavia and Rwanda. This paper seeks to analyze the peculiarities of the Tribunal and its impact on general international criminal law by analyzing the 2020 judgment using the classic method of legal science. It is divided into four parts devoted to the tribunal in general, the August 18 judgment, and the conclusions regarding its applicability to general international criminal law.

Keywords: Special Tribunal for Lebanon. Impunity. Victims. Terrorism. Customary International Law.

Recibido em: 17/06/2021
Aceito em: 03/07/2021

INTRODUCCIÓN

En diciembre de 2005, el Gobierno de la República Libanesa solicitó a las Naciones Unidas el establecimiento de un tribunal de carácter internacional que se ocupara de enjuiciar a los responsables del atentado llevado a cabo el 14 de febrero en Beirut y que había sesgado la vida del ex primer ministro Rafiq Hariri y de 22 personas más, tras las investigaciones llevadas a cabo por la propia organización (NU Doc. S/2005/662). Tal petición se realizaba tras la declaración efectuada por el Consejo de Seguridad, en su 5122ª sesión, en relación con el examen del tema titulado “La situación en el Oriente Medio”:

El Consejo pide al Gobierno del Líbano que someta a la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores de este execrable acto terrorista y, observando los compromisos del Gobierno del Líbano al respecto, insta a todos los Estados a que, de conformidad con lo dispuesto en sus resoluciones 1566 (2004) y 1373 (2001), cooperen plenamente en la lucha contra el terrorismo (NU Doc. S/PRST/2005/4).

Las negociaciones para el establecimiento del Tribunal Especial para el Líbano (en adelante, TEL) se iniciaron en 2006 y tras enormes dificultades (MÉGRET, 2008, p. 487), el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (en adelante, CSNU) aprobaba la resolución 1757 (2007) del Consejo de Seguridad, de 30 de mayo de 2007 (NU Doc. S/RES/1757 (2007)), a la que se anexaba el Estatuto del Tribunal Especial como apéndice, configurándolo como una de las medidas del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas con el objetivo específico de “seguir prestando asistencia al Líbano para desentrañar la verdad y hacer que todos los responsables de ese atentado terrorista rindan cuentas” al considerar que “este acto terrorista y sus consecuencias constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”.

Las especiales características de este tribunal mixto lo han convertido en uno de los nuevos especímenes de la justicia internacional, teniendo en consideración que la característica de “internacional” del Tribunal es ampliamente discutible (SCHABAS, 2008, p. 523). En cualquier caso, la sentencia de primera instancia dictada el 18 de agosto de 2020 en el asunto *Ayyash et al.* (STL-11-01) ha permitido reafirmar la labor del TEL con relación a una de sus peculiaridades más subrayadas, el papel que por primera vez en una jurisdicción internacional *ad hoc* se ha reconocido a las víctimas de los crímenes. Sin embargo, resulta criticable su interpretación respecto al papel del Derecho Internacional Consuetudinario en la configuración de los crímenes internacionales, en concreto, del crimen de terrorismo, habiendo desaprovechado la ocasión para cimentar el desarrollo a este respecto producido en los últimos años. A estos dos aspectos dedicaremos nuestro estudio particular.

En cualquier caso, como resalta la Jueza Janet Nosworthy en su Opinión Separada a la Sentencia en Primera Instancia analizada, el interés del asunto no es menor, ya que se trata de:

(... un) asunto histórico.

El primer caso de terrorismo dentro de la historia penal internacional más reciente. Este extraordinario caso que se ha completado en los tiempos más extraordinarios ha dado lugar a muchas cuestiones nuevas, diversas y profundas para que las determinen los jueces del Tribunal Especial en todos los niveles: desafíos a la jurisdicción, juicio *inabsentia*, las pruebas de las celdas y las telecomunicaciones. Estas cuestiones son de gran interés, no sólo para no sólo para la comunidad libanesa, sino también para la comunidad internacional y diplomática en general. internacional y diplomática en general (par. 1).

1. EL TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO Y EL ASUNTO AYYASH ET AT. (STL-11-01)

Tras la entrada en vigor de su Estatuto el 10 de junio de 2007 (en adelante ETEL), el TEL comenzó sus trabajos el 1 de marzo de 2009, con una estructura administrativa clásica de los tribunales internacionales *ad hoc* compuesta por una Fiscalía, las Salas de enjuiciamiento y la sección de Secretaría, y la adición de la Oficina de Defensa configurada por primera vez como uno de los órganos independientes dentro de la estructura de los tribunales internacionales penales (Artículo 7 del ETEL).

Las Salas de enjuiciamiento se componen de doce jueces (nacionales libaneses e internacionales) divididos en cuatro secciones: una sección de instrucción en la que presta sus labores uno de los jueces internacionales; dos secciones encargadas cada una de ellas del enjuiciamiento de los distintos asuntos pendientes ante el tribunal y formadas por un juez libanés y dos jueces internacionales; y por último una sección de apelación formada por dos jueces libaneses y tres jueces internacionales (artículo 8 del ETEL).

Por su parte, la Oficina de Defensa se configura, como decíamos, por primera vez como órgano independiente dentro de la estructura organizativa del tribunal, encargado de garantizar la protección de los derechos de un acusado y hacer efectivo el ejercicio de esos derechos, a través del nombramiento de letrados defensores de oficio y de la asistencia a los mismos (artículo 13 del ETEL). Su establecimiento se configura como un requisito necesario para hacer efectivos los derechos de los acusados ante la previsión del artículo 22 del ETEL de permitir por primera vez en un tribunal internacional penal los juicios “*in absentia*”, con las particularidades procesales que tal previsión ha supuesto y la necesidad de velar por los principios de justicia contradictoria que forman parte del derecho fundamental recogido por los textos internacionales de protección de los derechos humanos en relación a las necesarias garantías procesales a guardar en los procesos penales.

Limitada su jurisdicción en el artículo 1 del ETEL al enjuiciamiento de “las personas responsables del ataque del 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro del

Líbano Rafiq Hariri y en la muerte o lesiones de otras personas” y a aquellos “otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1º de octubre de 2004 y el 12 de diciembre 2005, o en cualquier fecha posterior que decidan las Partes y con el consentimiento del Consejo de Seguridad” que el Tribunal considere que están conectados al primero y sean de “naturaleza y gravedad similares al ataque del 14 de febrero de 2005”, el TEL ha llevado a cabo hasta el momento actuaciones en tres asuntos¹: el asunto STL-11-01, el Fiscal c. *Ayyash et al.* (de cuya sentencia de instancia nos estamos ocupando en este trabajo), en el que se acusaba a cuatro personas como implicadas en el atentado del 14 de febrero de 2005; el asunto STL-18-10, el Fiscal c. *Ayyash*, en el que se acusa a *Salim Jamil Ayyash* de su participación en los atentados contra los Sres. *Marwan Hamade, Georges Hawi* y *Elias El-Murr* perpetrados el 1º de octubre de 2004, el 21 de junio de 2005 y el 12 de julio de 2005, respectivamente; y por último, el asunto STL-11-02, actualmente en fase de investigación, en relación a los ataques perpetrados contra *Messrs Marwan Hamadeh, George Hawi* y *Elias El-Murr*.

Como señalábamos, el 18 de agosto de 2020, tras el retraso acordado como señal de respeto a las víctimas de la explosión de Beirut del día 4 de agosto, la Sala I de Instancia del TEL realizó la lectura pública de su primera sentencia dictada en el marco del asunto *Ayyash et al.* (*Trial Chamber Judgment in the case STL-11-01*)².

El acta de acusación consolidada de 2016 se dirigía contra cuatro acusados³³ (*Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi* y *Assand Hassan Sabra*) alegándose en la misma que “los cuatro acusados (...) participaron en una conspiración con otros, incluido Mustafa Amine Bradreddine, para cometer un acto terrorista cuyo objetivo era asesinar al Sr. Hariri” (párrafo 44 SPI). Dicha participación se habría producido de forma distinta por cada uno de los acusados.

Así, según alegaba el Fiscal:

- (i) Mustafa Amine Badreddine supervisó, y junto con Salim Jamil Ayyash, coordinó la vigilancia del Sr. Hariri en preparación del ataque, incluyendo la compra del Canter. También supervisó la perpetración física del ataque, y supervisó con Hassan Habib Merhi la coordinación de la preparación de la falsa reivindicación de responsabilidad;
- (ii) Salim Jamil Ayyash, con Mustafa Amine Badreddine, coordinó la vigilancia del Sr. Hariri en preparación del ataque, incluyendo la compra del Canter. Se comunicó con Hassan Habib Merhi en relación con los preparativos para el mismo, incluyendo la falsa reclamación de responsabilidad. Coordinó la perpetración física del ataque y participó en la realización de la vigilancia y el asesinato;

¹ A estos tres casos debemos añadir dos casos por desacato (STL-14-05 & STL-14-06) instruidos por el TEL tras la filtración de datos confidenciales de testigos protegidos. Las respectivas sentencias pueden consultarse en <https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/contempt-cases>, acceso el 12 de enero de 2021.

² Dado que el artículo pretende el estudio de las dos cuestiones particulares señaladas, realizaremos únicamente un breve resumen del asunto en cuestión para de forma posterior centrarnos en las cuestiones señaladas en la introducción. En adelante, la sentencia de primera instancia será referida como SPI, siendo la traducción de los párrafos citados siempre propia.

³ En origen, el asunto se dirigía contra cinco acusados. Sin embargo, uno de ellos, *Mustafa Amine Badreddine*, falleció durante su tramitación, acordándose el sobreseimiento de las actuaciones contra el mismo

(iii) Hussein Hassan Oneissi y Assad Hassan Sabra, bajo coordinación de Hassan Habib Merhi, participaron en la identificación de una persona adecuada para utilizar en un video dedicado a la falsa reivindicación de responsabilidad por el ataque, a saber, el Sr. Abu Adass. Inmediatamente después del mismo, difundieron declaraciones que atribuían falsamente la responsabilidad del ataque, aseguraron la entrega del video y la carta adjunta a Al-Jazeera, y su retransmisión, también bajo la coordinación del Sr. Merhi. El Sr. Oneissi, además y nuevamente bajo la coordinación del Sr. Merhi, participó en la desaparición del Sr. Abu Adass con el propósito de la falsa demanda de responsabilidad; y

(iv) Hassan Habib Merhi, junto con Mustafa Amine Badreddine, coordinó la falsa reivindicación de responsabilidad, manteniéndose en contacto en ocasiones con Assad Hassan Sabra para este propósito. Coordinó las actividades del Sr. Oneissi y del Sr. Sabra para identificar y hacer desaparecer a una persona adecuada, el Sr. Abu Adass, que sería utilizado en el video. Inmediatamente después del ataque, coordinó sus actividades en la difusión de declaraciones que atribuían falsamente la responsabilidad del ataque, asegurando la entrega del video y carta adjunta a Al-Jazeera y asegurándose de su difusión (pár. 15 SPI).

Para el Fiscal, tales actos acarrearán los nueve cargos presentados en el acta de acusación consolidada, en la que se alegaba la comisión de crímenes contrarios a ley libanesa en vigor en tal momento. A saber,

conspiración para cometer un acto terrorista mediante aparato explosivo, comisión de acto terrorista mediante aparato explosivo, homicidio intencional del Sr. Hariri y otras 21 personas, tentativa de homicidio intencional de las 226 personas heridas por la explosión y complicidad en los anteriores crímenes (Pár. 14 SPI).

Tras la presentación de más de 3.000 pruebas y la declaración de 297 testigos, la Sala concluyó en su SPI de veinte capítulos, seis anexos y más de 2.500 páginas que únicamente se había probado, más allá de la duda razonable, la responsabilidad del Sr. *Ayyash*, condenándolo a una pena de reclusión por vida según la sentencia de determinación de la pena de 11 de diciembre de 2020.

Esta SPI no pone fin al proceso, ya que todas las partes en el asunto han anunciado su intención de recurrir la sentencia (tanto de instancia como de determinación de la pena) y, por supuesto, el condenado lo ha sido *in absentia* sin que, hoy en día, haya sido detenido con el fin de pasar a disposición de las autoridades competentes que gestionen su reclusión.

2. EL PAPEL DE LAS VÍCTIMAS EN EL ETEL Y LA SENTENCIA EN EL ASUNTO AYYASH ET AL (STL-11-01)

Aunque la Resolución del CSNU 1757 (2007) no hace mención específica a las víctimas del atentado de 2005, sino al pueblo libanés en su conjunto como sujeto al que se le atribuye la exigencia de identificar y hacer comparecer a los responsables ante la justicia, el ETEL contiene un artículo dedicado a la participación de las víctimas en el procedimiento, el artículo 17, cuya aplicabilidad en el asunto que tratamos ha supuesto un avance en su tratamiento por parte de los tribunales internacionales penales ad hoc. La interpretación de la previsión del ETEL se completa

mediante las Reglas de Procedimiento y Prueba del TEL (en adelante, RTEL; y en concreto; regla 2, y reglas 86 y 87).

Hasta el momento, los anteriores tribunales internacionales penales (los militares constituidos tras la Segunda Guerra Mundial y los tribunales *ad hoc* de la exYugoslavia y Ruanda) no contenía previsión alguna sobre la participación procesal de las víctimas, que únicamente eran consideradas como potenciales testigos en las acusaciones y/o defensas. Sin embargo, el artículo 17 del ETEL va más allá de esa mera categorización como testigos, ampliando de forma clara el espectro de su participación procesal.

Así, el artículo 17 (derechos de las víctimas) establece que:

Quando los intereses personales de las víctimas se hayan visto afectados, el Tribunal Especial permitirá que sus opiniones y observaciones se presenten y examinen en las etapas del procedimiento que el Juez de Instrucción o la Sala estimen oportunas y de manera tal que no se menoscaben ni vulneren los derechos del acusado ni las garantías o la imparcialidad del proceso. Los representantes legales de las víctimas presentarán esas opiniones y observaciones cuando el Juez de Instrucción o la Sala lo consideren oportuno.

Esta previsión recoge la tendencia iniciada por el artículo 68.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (VEGA GONZÁLEZ, 2006, p. 21), cuyo contenido se reproduce casi idénticamente. La diferencia entre el tratamiento de las víctimas por uno u otro tribunal se concentra, en cualquier caso, en el mecanismo de indemnización establecido en el estatuto de cada uno de ellos y que trataremos más adelante.

Analizando la previsión del ETEL, la participación de quien se considere víctima no se configura de forma automática, sino que deberá rogarse ante la instancia en el momento procesal que se considere oportuno, probando en cualquier caso un interés personal. Eso sí, su participación no se limitará a la fase de enjuiciamiento, sino que podrá tener lugar “en las etapas del procedimiento que el Juez de Instrucción o la Sala estimen oportunas”, siempre de forma posterior a la publicación de un acta de acusación, y con el límite del respeto a los derechos del acusado, a la integridad de las garantías procesales en los procesos penales.

Aunque la literalidad del ETEL parece permitir que la determinación de quién se considera víctima con el fin de participar en cualquier etapa del procedimiento en cuestión pudiera producirse a lo largo de todo el proceso en sí mismo, no es menos cierto que la lectura combinada de los dos textos (ETEL-RTEL) nos lleva a la conclusión que la misma debe producirse necesariamente en una fase de instrucción, siendo el juez encargado el juez de dicha fase y sin que las partes (acusación o defensa) puedan intervenir, al no tratarse de una de las cuestiones sometidas a la exigencia de contradicción, y asimilándolas de esta manera a las partes civiles en los procedimientos penales de las tradiciones civilistas.

Así pues, determinada la condición de víctima y autorizada su participación, la extensión de su intervención y su reconocimiento en la sentencia final como tal podrá ser reconsideradas en cada fase procesal según los mismos criterios de protección de los derechos de los acusados, integridad de las garantías procesales, etc. por cada una de las Salas (enjuiciamiento y apelación), ya que la determinación del juez de instrucción no pone fin a la cuestión.

En cualquier caso, “víctima”, según aclara la regla 2 del RTEL (la traducción es propia), podrá ser cualquier “persona física que ha sufrido daños físicos, materiales o mentales como resultado directo de un ataque dentro de la jurisdicción del Tribunal”. Así pues, el TEL, a diferencia de la Corte Penal internacional, no permite la participación de organizaciones ni de personas jurídicas, sino únicamente de personas físicas a las que el TEL considere como “dañadas por el ataque”.

En ejercicio de estas previsiones, en el asunto *Ayyash et al.* se reconoció tal estatus a 76 personas a través de ocho decisiones del juez instructor, siendo todas ellas familiares de las personas fallecidas en la explosión o como resultado de esta, personas heridas en la explosión y/o que sufrieron daños materiales derivados de aquella. Con el fin de asegurar los derechos de los acusados, se decidió que todas las víctimas concurrirían al proceso bajo una sola dirección letrada y representación, el Representante de las Víctimas (en adelante, RV).

El RV, según estableció la Sala con anterioridad al inicio de las sesiones, podría

(...) llamar a testigos para testificar a favor de las víctimas participantes y permitirles, a través de sus representantes legales, presentar documentos y otros elementos como prueba. En las directrices también se establecía que los representantes legales de las víctimas podrían: participar en reuniones y conferencias ante la Sala de Primera Instancia, a menos que se decida otra cosa, acceder a material escrito consistente con la práctica ordenada por el Juez de Instrucción, presentar mociones y escritos, y realizar alegaciones en relación con cualquier cuestión que afecte a los intereses personales de las víctimas (párr. 804 SPI).

Hasta el momento, su intervención ha sido permitida en la instancia y en la determinación de la pena, habiendo solicitado el RV participar en la fase de apelación de la sentencia mediante escrito de 4 de enero de 2021.

El RV hizo uso de todas estas posibilidades en el procedimiento de instancia, llegándose a incluir en la SPI como “el caso de las víctimas”, tras asegurarse la Sala que no se producía una nueva repetición del caso del Fiscal y afirmando que “aunque no proporcionara prueba directa de la responsabilidad de los acusados” (párr. 881 SPI), no cabe duda de que, su participación en la fase probatoria:

es pertinente para la explosión del 14 de febrero de 2005, sus efectos en las víctimas y el consiguiente daño sufrido por ellos. Ha permitido a las víctimas participantes expresar sus opiniones y preocupaciones, y, por lo tanto, en opinión de la Sala de Primera Instancia,

ayudó a asegurar su significativa participación en las actuaciones. También ha ayudado a la Sala de Primera Instancia a comprender mejor lo que sucedió y el impacto del crimen en las víctimas. Las víctimas compartieron sus historias personales sobre el ataque del 14 de febrero de 2005 -único para cada uno de ellos- junto con su dolor, preocupaciones y esperanzas. Como se señala más adelante, ha ampliado el relato de la Fiscalía y es pertinente para la evaluación de la Sala de Primera Instancia sobre la gravedad de los crímenes (párr. 835 SPI).

A pesar del avance manifiesto que esta participación de las víctimas ha supuesto en el ejercicio de sus derechos ante instancias internacionales, no es menos cierto que el ETEL contenía, desde su redacción, una grave deficiencia en relación con el derecho de las víctimas a reparación, derecho reconocido por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, AGNU) como uno de los principios básicos que deben respetarse en el tratamiento de víctimas de graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (NU Doc. A/RES/60/147/Annex, principio IX).

Según el artículo 25 del ETEL (indemnización de las víctimas), cuando se produzca un fallo condenatorio por parte del TEL, el mismo se transmitirá el fallo al Estado interesado, para que:

3. Sobre la base de la decisión del Tribunal Especial y de conformidad con la legislación nacional aplicable, la víctima o las personas que formulen la reclamación a través de ella podrán dirigirse a un tribunal nacional u otro órgano competente para obtener indemnización, con independencia de que la víctima haya sido o no identificada como tal por el Tribunal según lo previsto en el párrafo 1 del presente artículo.

4. A los efectos de las reclamaciones previstas en el párrafo 3 de este artículo, el fallo del Tribunal Especial tendrá carácter definitivo y vinculante en cuanto a la responsabilidad penal del condenado.

Así pues, se hace necesario que las víctimas, reconocidas o no en el fallo del TEL, inicien un procedimiento interno para el reconocimiento de su reparación o indemnización correspondiente, sin que la misma sea determinada por el TEL. Ciertamente es que la sentencia del TEL se establece como definitiva y vinculante para el derecho interno en cuanto a la responsabilidad penal del acusado, pero no es menos cierto que el propio TEL duda de la efectividad de esta previsión a lo que se suma que la mera necesidad de efectuar un procedimiento de reclamación por parte de las víctimas las obliga a acometer un esfuerzo procedimental inadecuado en cualquier sentido, no existiendo en derecho libanés una estructura general de reparación hasta el momento que asegure que será aceptada sin contradicción ninguna.

Siendo consciente de estos problemas, la Sala I del TEL en su Decisión sobre la pena a cumplir por el condenado en la SPI, dictada el 11 de diciembre de 2020 (*Sentencing Judgment*, STL-11-01/S/TC, en adelante SJ) ha decidido realizar una interpretación amplia de lo establecido en el ETEL, afirmando que:

Aunque el Estatuto no autoriza a la Sala de Primera Instancia a emitir órdenes financieras contra un condenado, como el pago de una indemnización o reparación a una víctima de delitos dentro de su competencia, no prohíbe expresamente al Tribunal Especial establecer o administrar cualquier esquema de este tipo que no implique la toma de decisiones ejecutivas contra un condenado. Además de imponer la pena, la Sala de Primera Instancia puede hacer las recomendaciones pertinentes sobre asuntos de interés que ha encontrado en el procedimiento. La participación de las víctimas en el procedimiento, en este sentido, amplía el alcance de las conclusiones que una Sala haría de otra manera (Párr. 275 SJ).

Establecida esta posibilidad, la Sala I del TEL ha concluido realizando dos recomendaciones en relación con la necesidad de reparación. La primera de las recomendaciones (apartado A del párr. 308 SJ) al Gobierno del Líbano es el establecimiento por ley de un plan de indemnización a las víctimas, de conformidad con el artículo 8 de la Declaración de las Naciones Unidas de 1985 sobre los principios fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. Tal plan debería cumplir, según la Sala, con los criterios de neutralidad e independencia política respecto a la determinación de las compensaciones a las víctimas que presenten reclamaciones al respecto.

Junto con el Plan Nacional, la Sala aconseja el establecimiento de un fondo fiduciario especial para las víctimas de atentados, dentro de la propia jurisdicción del TEL y administrado por su Secretaría y una serie fideicomisarios internacionales, financiado por contribuciones internacionales (apartado B del párr. 308 SJ).

En cualquier caso, ambas recomendaciones no han sido aceptadas y/o discutidas ni por el Gobierno del Líbano ni por el CSNU, por lo que no parece que se vayan a encontrar disponibles de forma temprana para las víctimas quienes, por el momento, solo pueden acogerse a lo previsto de forma expresa por el ETEL e iniciar los procedimientos internos. Tal previsión, por tanto, ha venido a lastrar el efecto positivo de la sentencia en la reparación a las víctimas, circunstancia que deberá tenerse en cuenta por parte del CSNU para futuros tribunales *ad hoc* que pretenda establecer.

3. EL CRIMEN DE TERRORISMO EN EL ESTATUTO DEL TEL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA SENTENCIA EN EL ASUNTO AYYASH ET AL (STL-11-01)

El TEL se ha caracterizado, desde sus inicios, como el primer tribunal internacional que conocería del crimen de terrorismo. Tal novedad supuso el estudio en profundidad (y crítica) de una de las primeras decisiones adoptadas por la Sala de Apelaciones sobre la interpretación del crimen, la Decisión interlocutoria sobre la ley aplicable: Terrorismo, Conspiración, Homicidio, Perpetración, Acumulación de cargos, STL-11-01/I, de 16 de febrero de 2011.

Tal y como señalan Van Sliedregt y Van Den Herik (2011, p. 653) tal Decisión fue considerada como “radical” por muchos autores, ya que defendía la existencia de una definición de derecho internacional consuetudinario respecto del crimen de terrorismo, al menos en tiempos de

paz, siendo incipiente (en ese momento) la correspondiente referida a tiempos de conflicto armado. La definición y se infería, según la Sala, de la existencia de toda una serie de tratados, resoluciones de Naciones Unidas y de la práctica legislativa y judicial de los estados.

Según la Sala de Apelaciones, el crimen de terrorismo se caracterizaría, en este caso, por la existencia de tres elementos: i) la perpetración de un acto delictivo o la amenaza de tal acto; ii) la intención de sembrar el miedo entre la población o de coaccionar directa o indirectamente a una autoridad nacional o internacional para que adopte alguna medida o se abstenga de hacerlo; y iii) la existencia de un elemento transnacional.

La SPI analiza tal decisión, afirmando que al no ser obligatoria para la Sala (párrs. 5943-5963), considera que la definición proporcionada no es en ningún caso relevante para la labor del TEL y que ni siquiera puede defenderse como existente en el momento de comisión del crimen:

6015. En cuanto a los crímenes sustantivos imputados en este caso, el artículo 2 del Estatuto difícilmente podría expresar más claramente que el Tribunal Especial debe aplicar el Código Penal del Líbano relativo a "el enjuiciamiento y castigo de los actos de terrorismo" y los demás delitos especificados. En ninguna parte se dice, implica o sugiere que una Sala debe buscar fuera del Líbano los elementos de los delitos de la competencia del Tribunal Especial, o intentar aplicarlos a tales crímenes. A este respecto, el Estatuto no contempla ni autoriza a una cámara a examinar la ley de otros estados para determinar los elementos de los delitos proscritos en el Líbano en 2004 y 2005 y que se mencionan en el Estatuto.

6016. Así pues, si, por ejemplo, en esos años concretos una definición de derecho internacional consuetudinario del delito de terrorismo existiera, tal hecho es irrelevante para la función del Tribunal Especial en relación con el "enjuiciamiento y castigo de los actos de terrorismo" como se especifica en el Código Penal del Líbano. El propio Código Penal libanés define los elementos de cada delito especificado en el artículo 2 como proscritos en virtud de ese código, a saber, el terrorismo, los crímenes y delitos contra la vida y la integridad física, la integridad, la asociación ilícita y la falta de denuncia de los delitos. Y los tribunales libaneses, en el normal ejercicio de su función judicial, las han interpretado y aplicado. Por supuesto, puede haber sido pertinente si hubiera alguna prueba clara que tal definición existía en 2004 y 2005 y que los Estados estaban obligados a aplicarla. Pero este no es el caso.

6017. Por lo tanto, intentar elaborar- recurriendo a las leyes de otras naciones y a la práctica de los Estados -una definición de un crimen internacional de terrorismo, y luego potencialmente aplicarla a algo tan básico como el derecho penal de un Estado soberano, no puede ser relevante para la función del Tribunal Especial para juzgar los delitos especificados en el artículo 2 (Párrs. 6015-6017).

Llama la atención no solo el duro tono empleado contra la Sala de Apelaciones por parte de la Sala de Instancia en estos párrafos, sino su incoherencia interna cuando el párrafo 912 SPI no duda en afirmar que "no existe duda alguna de que el terrorismo es uno de los crímenes más serios y odiosos" citando la Decisión Interlocutoria como base de su argumentación.

Sin duda, solo podemos esperar que la Sala de Apelaciones revierta al menos el lenguaje tosco utilizado por la Sala de Instancia y reconozca no sólo la utilidad de la definición consuetudinaria para el caso en concreto, sino la necesidad de que el TEL siga por el camino iniciado por la Decisión interlocutoria. Si el Derecho internacional no va a tener ninguna importancia para

los tribunales internacionales híbridos, ¿cómo puede llegar a defenderse su internacionalidad en coherencia?

CONCLUSIÓN

Como hemos analizado a lo largo de estas páginas, la SPI no ha llegado a suponer el hito esperado cuando el CSNU constituyó el TEL en 2007. Ni las víctimas ni el país se han beneficiado de la sentencia, más allá del aspecto psicológico y anímico de ver reconocido su sufrimiento por un organismo judicial. Ninguno de los acusados ha sido detenido y todos ellos han sido juzgados “*in abstencia*”, por lo que incluso podríamos llegar a asistir en un futuro a un nuevo juicio si el único acusado condenado es detenido y así lo considera su defensa.

El deseado fin de la impunidad que establecía la Resolución del CSNU de constitución del TEL, por tanto, no se ha cumplido, y mucho queda por averiguar sobre el atentado. La apelación no resolverá el espectro de duda que sigue planeando sobre el atentado, pero es de esperar que al menos, las recomendaciones de la Sala sobre la restitución a las víctimas sean cumplidas.

En cualquier caso, y a pesar de las críticas deducidas en el presente estudio, no es menos cierto que la constitución del TEL como una de las jurisdicciones especiales establecidas mediante Resolución del CSNU sí que ha servido para profundizar en el camino iniciado a finales del SXX con los tribunales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, configurados como mecanismos del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas como verdaderos instrumentos de “*peace-keeping*” y “*peace-building*”. Y en este sentido no podemos rechazar totalmente su contribución. Pero, tampoco podemos dejar de señalar que la labor no ha sido suficiente. El conflicto en el Líbano y la necesaria atribución de responsabilidades como principio de reconciliación no se ha visto apoyado por el TEL, a pesar de que la Sala se atribuya este logro en la SPI, sino que ha sido olvidado como un elemento accesorio sin la importancia debida.

Mientras tanto, la labor del TEL no ha terminado, pero se enfrenta a numerosos problemas financieros que hacen peligrar su suerte, habiendo la Secretaría del Tribunal declarado el 1 de junio de 2021, la grave situación financiera a la que se enfrenta actualmente el TEL, que afecta a su capacidad para financiar la continuación de los procedimientos judiciales y la finalización de su mandato. Dos casos siguen abiertos en (en distintas fases procesales). La Comunidad Internacional no debe olvidar lo afirmado en la Resolución del CSNU de constitución del TEL y abandonar al pueblo libanés a su suerte.

Quince años de espera son más que suficientes.

REFERENCIAS

Acta de acusación consolidada de 12 de julio de 2016 en el asunto STL-11-01, el Fiscal c. Ayyash *et al.* Disponible en: https://www.stl-tsl.org/crs/assets/Uploads/20160712_F2640_PUBLIC_A03_OTP_Subm_Cons_Amend_Indictment_EN_Web.pdf. Acceso en: 13 en. 2021.

AMBOS, Kai. Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law? **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 24, n. 3, 2011.

Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano. Disponible en: <https://www.stl-tsl.org/en/documents/legal-documents/statute-of-the-tribunal>. Acceso en: 17 en. 2021.

MÉGRET, Frédéric. A Special Tribunal for Lebanon: The UN Security Council and the Emancipation of International Criminal Justice. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 21, n. 2, 2008.

NU Doc. S/2005/662. **Carta de fecha 20 de octubre de 2005 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, al que se anexa el informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación de las Naciones Unidas preparado en cumplimiento de resolución 1595 (2005) del Consejo de Seguridad, por la que se estableció la Comisión para ayudar a las autoridades del Líbano a investigar el atentado perpetrado el 14 de febrero de 2005 que causó la muerte del ex Primer Ministro del Líbano, Sr. Rafik Hariri, y de otras 22 personas.** Disponible en: <https://www.undocs.org/es/S/2005/662>. Acceso en: 13 dic. 2020.

NU Doc. S/PRST/2005/4. **Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad, en su 5122ª sesión, en relación con el examen del tema titulado “La situación en el Oriente Medio”.** Disponible en: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Lebanon%20SPRST20054.pdf>. Acceso en: 17 en. 2021.

NU Doc. S/RES/1757 (2007). **Resolución del CSNU 1757 (2007) estableciendo el Tribunal Especial para el Líbano.** Disponible en: [https://undocs.org/es/S/RES/1757\(2007\)](https://undocs.org/es/S/RES/1757(2007)). Acceso en: 16 en. 2021.

NU Doc. A/RES/60/147/Annex. **Resolución 60/147 de la AGNU Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.** Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/60/147>. Acceso en: 16 en. 2021.

Rules of Procedure and Evidence, 20 March 2009, **STL-BD-2009-Rev. 11.** Disponibles en: <https://www.stl-tsl.org/en/documents/legal-documents/rules-of-procedure-and-evidence>. Acceso en: 14 en. 2021.

SAUL, Ben. Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, 24, n. 3, 2011.

SCHABAS, William. The Special Tribunal for Lebanon: Is a 'Tribunal of an International Character' Equivalent to an 'International Criminal Court'. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, 21, n. 2, 2008.

Sentencias del TEL en los asuntos STL-14-05 & STL-14-06. Disponibles en: <https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/contempt-cases>. Acceso en: 12 en. 2021.

Sentencia de Primera Instancia en el asunto STL-11-01, el Fiscal c. Ayyash et al. Disponible en: [https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01/filings-and-decisions????????&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1](https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01/filings-and-decisions????????&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1&case=2&dtype=1). Acceso en: 1 sept. 2020.

VAN SLIEDREGT, Elies; VAN DEN HERIK, Larissa. Introduction: The STL Interlocutory Decision on the Definition of Terrorism - Judicial Ingenuity or Radicalism? **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 24, n. 3, 2011.

VEGA GONZÁLEZ, Paz. El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte, **Revista Internacional de Derechos Humanos**, n. 5, 2006.

The Legal Representative of Victims Request to participate in the Appellate Stage of Proceedings and Submissions on Modalities of Participation. Escrito de 4 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/stl-11-01/filings-and-decisions?&case=2&dtype=1>. Acceso en: 17 en. 2021.

AUTOR:

María Torres Pérez

Licenciada en Derecho en la Universidad de Valencia (CEU San Pablo-Centro adscrito). En esta Universidad, defendió su Tesis Doctoral el 20 de noviembre de 2006. En la actualidad, es Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Valencia (España), acreditada a Contratada Doctora desde 2018. Tanto su formación académica, como su carrera profesional están muy vinculadas al Departamento de Derecho Internacional 'Adolfo Miaja de la Muela' de la Facultad de Derecho de esta Universidad, aunque durante 11 años ejerció como letrada colegiada por el ICAV (7 años en Cuatrecasas, Gonçalves Pereira y 4 años en despacho propio). Tiene reconocidos un tramo de investigación de excelencia (sexenios) (años: 2002-2017); un tramo de docencia de excelencia (quinquenios) (años: 2014-2019); y dos trienios consecutivos de antigüedad. Sus principales líneas de investigación abarcan, principalmente, el Derecho Internacional Penal, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Procedimientos de solución de las controversias internacionales, Protección internacional del patrimonio cultural, Derecho de la Unión Europea y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

E-mail: maria.torres@uv.es

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4829-1380>

LA UNIÓN EUROPEA ENTRE DESINTEGRACIÓN E INTEGRACIÓN: BREXIT Y PANDEMIA

Mercedes Guinea Llorente
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

La Unión Europea (UE) ha vivido en los últimos cinco años dos graves crisis existenciales: el Brexit, la salida del Reino Unido como Estado miembro, la pandemia de la COVID-19, que ha supuesto un duro golpe al Mercado Interior. Revisaremos en este artículo las respuestas políticas dadas desde la UE preguntándonos si se ha producido integración o desintegración, es decir, si se ha reforzado la acción común o, por el contrario, se ha priorizado la respuesta unilateral por parte de los Estados miembros. Focalizaremos nuestra atención en el papel de los Estados miembros y las instituciones, contraponiendo los marcos teóricos del intergubernamentalismo liberal y el neofuncionalismo. Podemos constatar que ambas crisis existenciales han producido un reforzamiento de las dinámicas integradoras, tanto desde el punto de vista del apoyo a las instituciones como el lanzamiento de nuevas políticas e instrumentos comunes. La UE es mucho más resiliente de lo que parece a primera vista, y que sus Estados miembros son conscientes de que es el nivel adecuado para abordar los desafíos de la actualidad, lo que se demuestra por el compromiso reforzado por la acción común.

Palabras-clave: Unión Europea. Brexit. COVID-19. Integración europea

EUROPEAN UNION BETWEEN DISINTEGRATION AND INTEGRATION: BREXIT AND PANDEMICS

ABSTRACT

During the last five years the European Union (EU) has suffered two extreme existential crisis: Brexit, the withdrawal of one of its Member States, and the COVID-19 pandemics, which has a considerable impact on the Single Market. This paper will revise the EU political responses to both phenomena, analyzing if they have promoted more integration –an option for common action- or disintegration –unilateral measures taken by Member States. We will address the role of both Member States and Institutions, following the theoretical frames of Liberal Intergovernmentalism and Neofunctionalism. We can assess that both crisis have produced integration dynamics, in the form of support to institutions and the launching of new common policies and instruments. EU is much more resilient than initially expected, Member States are conscious of its utility for addressing nowadays challenges, which explains their compromise with common action.

Key-words: European Union. Brexit. COVID-19. Integración europea.

Recebido em: 30/06/2021
Aceito em: 02/07/2021

INTRODUCCIÓN

El proceso de integración europea, que se produce en el seno de la Unión Europea (UE), está viviendo un comienzo de milenio verdaderamente convulso afectada por una policrisis (JUNCKER, 2017; VAN MIDDELAAR, 2019, p. 1-5; GUINEA; DÍAZ, 2019, p. 35-41). La UE se ha visto afectada tanto por profundos cambios cualitativos, como la gran ampliación de 15 a 28 Estados miembros, como por numerosas crisis, internas y externas, que han puesto a prueba el compromiso de sus Estados miembros y de su ciudadanía con el modelo de soberanía compartida y la capacidad de su sistema institucional para ofrecer las respuestas necesarias. Los últimos cinco años, periodo que vamos a abordar en este artículo, han estado caracterizados por dos grandes y graves crisis, una endógena - el Brexit- desde 2016, y otra exógena - la COVID-19- en 2020, que han sacudido profundamente los cimientos de la integración. y que, incluso, pueden calificarse de existenciales.

En el último lustro nos hemos enfrentado también a otros factores que ponen en tensión al sistema político europeo como son la presión migratoria en las fronteras de la UE (BUONNANO, 2017, p. 100), especialmente en el Mediterráneo, o la inestabilidad en la vecindad, Europa del Este, Norte de África u Oriente Medio (GÓRA; STYCZYŃSKA; ZUBEK, 2020). En la mayor parte de estos casos existen diferencias entre los Estados miembros en relación a qué respuestas dar, lo que determina, en muchos casos, una falta de política común eficaz y convincente (GUINEA; DÍAZ, 2019, p. 175). No constituyen, sin embargo, para nosotros crisis del sistema político, en la medida en que los fundamentos de la integración no se ponen en cuestión, sino que las diferencias estriban sobre la dirección de la política a desarrollar. No serán objeto de consideración, por tanto, en nuestro artículo.

El referéndum afirmativo sobre el Brexit en junio de 2016, que determina la salida del Reino Unido (RU) de la Unión Europea, es la primera experiencia de retirada de un Estado del sistema político europeo. Este hecho pone en tela de juicio los fundamentos ideológicos de la integración europea, de que la UE se sostendría por sí misma, avalada por los beneficios que presentaría tanto para los ciudadanos como para los Gobiernos de los Estados miembros (LOUIS, 2002, p. 239). El Brexit manifiesta, por tanto, la voluntad de las élites y la ciudadanía británica de romper sus vínculos políticos, económicos y sociales con los otros Estados europeos, dejando de pertenecer al mismo sistema político. Es una decisión política soberana del RU optar por abandonar la UE, respetada por el resto de Estados y las instituciones europeas, y ha producido, desde el 1 de febrero de 2020, desintegración. La UE ha perdido un Estado, sesenta y siete millones de habitantes y 242.495 Km² de territorio, un 15,2% de su PIB lo que es una relevante pérdida para la UE como

actor internacional y los vínculos jurídicos que permiten las interacciones políticas, económicas y sociales se debilitan (GUINEA, 2021, p. 9-10).

Por su parte, la crisis de la COVID-19, que alcanza al continente europeo desde febrero de 2020, ha afectado profundamente a la integración efectivamente alcanzada y, especialmente en sus primeras semanas, a la confianza de los ciudadanos en la UE (GUINEA, 2020, p. 205). El cierre de fronteras a mercancías y personas, y el cese de la actividad económica atacaba el que ha sido el verdadero corazón de la UE, el Mercado Único y el espacio sin fronteras, rompiendo las cadenas de valor que sustentan el edificio (MARCUS; POITIERS *et al*, 2021). Es una crisis, además, que impacta en muchos sectores, en el empleo, abre brechas de desigualdad entre Estados miembros, y entre ciudadanos (PARLAMENTO EUROPEO, 2020). La COVID-19, por tanto, anula muchos de los esfuerzos de cohesión hechos durante décadas en el seno de la UE. Es una crisis exógena, que depende de factores ajenos a la voluntad política de los europeos, pero que produce desintegración efectiva desde el punto de vista económico y social llevando a la fragmentación del Mercado Interior y a brechas entre Estados y entre ciudadanos.

1. MARCOS TEÓRICOS QUE EXPLICAN LA INTEGRACIÓN (Y DESINTEGRACIÓN) EUROPEA

Desde la Ciencia Política se han explorado distintos marcos teóricos, que derivan de las grandes corrientes de las Relaciones Internacionales, para explicar la integración europea, intentando encontrar las causas que llevan a los Estados europeos a poner en común parcelas de su soberanía (MARISCAL, 2003). Dada las limitaciones del espacio, aquí vamos a exponer muy resumidamente dos de las grandes teorías o, mejor dicho, escuelas de pensamiento, que no tienen por qué ser mutuamente excluyentes sino que se complementan (HOOGHE y MARKS, 2019, pp. 1113-1114).

Siguiendo la escuela de pensamiento realista, surge el Intergubernamentalismo Liberal, cuyo principal exponente es Andrew Moravcsik (1998), que explica la integración europea poniendo el énfasis en el papel clave y exclusivo de los Gobiernos de los Estados miembros en defensa de intereses económicos. Para él, el sistema político europeo es el resultado de una serie de elecciones racionales hechas por los líderes nacionales que persiguen consistentemente intereses económicos (MORAVSNIK, 1998, p. 3). Parafraseando una célebre frase de las Relaciones Internacionales, “la política europea es la continuación de las políticas nacionales por otros medios” (MORAVSNIK y NICOLAÏDIS, 1999, p. 62).

El nombre de este marco analítico deriva de las dos etapas claves que determinan la integración: la formación de las preferencias nacionales y la negociación entre los Estados miembros que conducirá a la creación de instituciones (MORAVSNIK, 1993, p. 481). Las preferencias nacionales

no son estables sino que varían con el tiempo de acuerdo con las presiones domésticas, las alianzas con otros Gobiernos y las limitaciones y oportunidades que ofrece la interdependencia económica (MORAVSČIK, 1993, p. 497). También hay que tener en cuenta que no todos los Estados son iguales, sino que los que determinan el curso de la integración son los grandes Estados (Alemania, Francia y Reino Unido), que compran la adhesión de los que tienen menor poder relativo a través de compensaciones específicas (MORAVSČIK y NICOLAÏDIS, 1999, p. 64).

La integración, para esta escuela, pasa por tres etapas: primero los Gobiernos formulan preferencias nacionales bien definidas; en segundo lugar, sobre la base de las mismas se embarcan en negociaciones interestatales; por último, los Gobiernos sólo debaten instituciones una vez que han logrado una transacción sustantiva. Los Estados acceden a unirse a regímenes que limitan su autonomía porque ven que los beneficios sobrepasan a los sacrificios. Estas tesis, contra lo que pueda parecer, no condena la existencia de instituciones comunes: los Gobiernos obtienen una doble ventaja de la existencia del sistema institucional europeo (MORAVSČIK, 1993, p. 507). Por una parte las instituciones estables permiten un foro de negociación permanente, procedimientos previsibles de decisión y la seguridad de que los acuerdos se respetarán, lo que reduce para los gobiernos los costes de alcanzar e implementar acuerdos cooperativos. Por otra parte, la existencia de instituciones a las que adjudicar las políticas refuerza la autonomía de los Gobiernos frente a las presiones políticas internas.

El neofuncionalismo, que bebe del funcionalismo tradicional, con éste defiende que la interdependencia y la incapacidad creciente de los Estados para proveer bienestar a sus poblaciones conduciría a crear organizaciones supranacionales específicas (MITRANY, 1933). Las necesidades comunes y los objetivos de los gobiernos soberanos pueden ser satisfechos intercambiando concesiones en un número dado de sectores, en lo que coincide en buena parte con el marco anterior. Las negociaciones entre Estados se convierten así en un proceso que culminaría en una organización internacional que se movería más allá del Estado nación, que se desarrollaría por dinámicas internas, y que realizaría políticas en nombre de sus Estados miembros (MITRANY, 1965).

El argumento central del neofuncionalismo es el *spill-over* desbordamiento (HAAS, 1958), que defiende que la integración en un sector automáticamente se extendería a otros sectores y, a medida que este proceso se extiende, los actores políticos cambiarían el foco de sus actividades, expectativas y lealtades a las nuevas instituciones. En sus análisis resulta fundamental el protagonismo de los actores transnacionales de carácter económico, social y político que, en un momento dado, toman la iniciativa de continuar con la integración. Así, la formación de preferencias y el comportamiento de los Estados en las sucesivas negociaciones de integración no

sería tan racional como Moravcsik estima, sino que vendrá influida por las consecuencias de la integración anterior en otras áreas (*path-dependency*) algunas de ellas imprevistas e incluso indeseadas (DEHOUSSE y MAJONE, 1994, pp. 92-94).

La Comisión tiene un papel clave que jugar en el proceso de *spill-over*, ya que construye vínculos directos con grupos económicos, de interés, políticos y burócratas, defendiendo los intereses de la integración, frente a las resistencias intergubernamentales de los Estados (CHRISTIANSEN 2002). Así estos análisis ponen el acento sobre el activismo independiente de los actores internacionales y transnacionales, principalmente las instituciones de la Unión, el Parlamento, la Comisión y el Tribunal de Justicia así como el apoyo de grupos de interés transnacionales (BUDDEN, 2002). Actuando juntos todos estos factores supranacionales ofrecen un análisis de la integración progresiva conducida por actores e instituciones que actúan por encima del Estado, defendiendo intereses propios de la integración y diferentes a los de los Estados.

En los estudios europeos, sin embargo, no se han desarrollado teorías de la desintegración, lo que se debe, fundamentalmente, a dos razones diferentes (ROSAMOND 2016, p. 866). La primera es que los estudios sobre la integración siempre han intentado explicar y dar un sentido al pasado. La segunda se debe a que estos estudios siempre se han apoyado en el peso que tanto intergubernamentalistas como neofuncionalistas dan a las instituciones y en el rol de estas para hacer a la UE resiliente. Se ha considerado que más que deshacerse, la UE podía estancarse y que se encontrarían vías para que algunos salieran del impasse, como la integración diferenciada o la integración flexible. El Brexit deja claro que los estudios teóricos tienen una nueva dimensión que abordar.

2. EL BREXIT: LA PRIMERA REDUCCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Brexit es ya un acrónimo común en el vocabulario de la UE y en el de la política internacional actual, compuesto de las palabras *Britain* y *exit*¹. Se refiere a la salida, primero imaginada y luego muy real, del RU de la UE. Supone el primer proceso de reducción de la UE, entendiendo por esta, el proceso contrario a la ampliación, es decir, a la incorporación de nuevos Estados miembros. En su ideología, desde sus orígenes, la integración europea estuvo abierta a todos los Estados de Europa en un proceso continuo de ampliación (SCHUMAN, 1950). La línea de pensamiento mayoritaria, influida tanto por los intergubernamentalistas como por los neofuncionalistas, mantenía que los altos grados de integración alcanzada en el seno de la UE, la

¹ El acrónimo *Brexit* no es original, sino que deriva de *Grexit*, que se acuñó durante la crisis financiera por los economistas del Citigroup Rahbari y Buitier para aludir a una posible salida de Grecia del Euro.

acción de las instituciones y las interdependencias existentes harían impensable que un Estado abandonara la UE, por el alto daño que se causaría (ROSAMOND, 2016, p. 866). La realidad desmentiría todas las predicciones en el caso del Brexit, logrando que la imposición de los intereses de una élite eurófoba, rompiera las asunciones del intergubernamentalismo de que los Estados fijan su política desde elecciones racionales basadas en un interés objetivo. El Brexit infiere un gran daño al Reino Unido, pero es, sobre todo, un gran fracaso de la UE, derivada de una importante crisis de legitimidad de ésta (BARNARD, 2021, p. 44).

2.1 El Brexit como desintegración: un Estado miembro menos y ruptura de vínculos económicos, políticos y sociales

El proceso político de la reducción se inicia el 26 de junio de 2016 cuando el referéndum convocado por el Primer Ministro británico, David Cameron, ofrece el resultado de que un 51,7% de los votantes desea abandonar la UE, en un voto populista y antiglobalización (HOBOLT, 2016). Culminaba en catástrofe la operación iniciada dos años antes por Cameron de intentar una renegociación de su pertenencia a la UE, causada por la necesidad de afianzar su liderazgo dentro de su partido y por frenar los avances del partido eurófobo UKIP, que había ganado las elecciones de 2014 (ALDECOA y GUINEA, 2016, pp. 18-23). El contexto también era muy desfavorable mostrando una imagen de impotencia de la UE para abordar sus principales desafíos: una economía que no arrancaba después de la nefasta gestión de la crisis de 2008, una vecindad cada vez más inestable por la acción rusa en el Este y las primaveras árabes en el Sur, la crisis migratoria de 2015, el auge de los nacionalismos de extrema derecha en los Estados miembros, fracasos en las negociaciones internacionales, etc.

El proceso jurídico de la retirada dará comienzo, casi un año después, el 29 de marzo de 2017 cuando el Reino Unido entrega formalmente la carta en la que notifica su deseo de abandonar la UE (MAY, 2017). Las negociaciones de retirada no darían comienzo hasta el verano siguiente, por las elecciones anticipadas convocadas por la Primera Ministra británica, Theresa May, a pesar de que el aparato europeo estaba preparado (BARNIER, 2021, p. 70). Estas negociaciones tuvieron dos etapas y resultados. La primera, iniciada con May y finalizada con Boris Johnson como Primer Ministro, fue turbulenta y estuvo a punto en dos ocasiones de acabar con la salida del Reino Unido sin marco jurídico de referencia, debido fundamentalmente a errores de estrategia y percepción del Gobierno británico (MARTILL, 2021). Concluyó con la firma y ratificación del Tratado de Retirada y de una Declaración sobre las Relaciones Futuras en diciembre de 2019. El Tratado de Retirada regula fundamentalmente los derechos de los ciudadanos, las condiciones de las nuevas fronteras, la factura a pagar por el Reino Unido, otras consecuencias jurídicas derivadas de la

separación, así como la estructura institucional de seguimiento y aplicación del Acuerdo y de resolución de diferencias (ACUERDO SOBRE LA RETIRADA, 2020).

La entrada en vigor del Tratado de Retirada el 1 de febrero de 2020 determinaría la salida efectiva del Reino Unido y la culminación de la primera reducción de la UE. Por la voluntad soberana de un Estado miembro, la UE vio reducido el número de sus Estados miembros, de su ciudadanía, de su riqueza y de los recursos para su influencia. Los efectos jurídicos de la retirada no serían perceptibles inmediatamente ya que el propio Tratado preveía un periodo transitorio, que finalmente llegaría hasta el 31 de diciembre de 2020, durante el cual el Derecho de la UE seguiría estando plenamente vigente para dar tiempo a una transición no traumática (ACUERDO SOBRE LA RETIRADA, 2020, art. 126).

En ese momento daría comienzo la segunda etapa de la negociación, ahora con un Estado tercero, para acordar un marco jurídico para regular las relaciones políticas, económicas y sociales y que culminaría el 24 de diciembre de 2020 con el cierre de un Acuerdo de asociación y cooperación que no fija un marco especialmente privilegiado (ACUERDO DE COMERCIO Y COOPERACIÓN, 2020). Aunque se acordó su vigencia provisional anticipada desde el 1 de enero de 2021 a la espera de la ratificación para evitar distorsiones en las relaciones, éste finalmente ha sido ratificado por el Parlamento Europeo en abril de 2021 (PARLAMENTO EUROPEO, 2021).

El Acuerdo de Asociación culmina el proceso del Brexit, alejando el fantasma del no acuerdo y el caos que podría haber generado en las relaciones mutuas la desaparición de reglas jurídicas de referencia. Su objetivo es gestionar, con el menor daño posible, la desintegración, ya que su finalidad es limitar la divergencia en lugar de promover la convergencia, siguiendo la senda inversa a cualquier otro acuerdo internacional de libre comercio. Regula adecuadamente el comercio de mercancías, pero deja aún muchas cuestiones por regular como el comercio de servicios y libre circulación de personas (MANERO 2021, p.78; BLANCO, 2021, p. 87) o la cooperación en diplomacia, seguridad o defensa. Debe ser considerado, por tanto, solo un primer punto de partida de futuras negociaciones (MANERO 2021, p.78), y un acuerdo vivo que puede modificarse (BARNARD, 2021, p. 46). Sin embargo, en el momento actual, no parece que haya un buen clima para retomar nuevas negociaciones, debido tanto al propio proceso del Brexit, como al conflicto abierto entre la UE y el RU en la actualidad en relación a la (no) implementación del Protocolo relativo a Irlanda del Norte (BRUNSDEN y FOSTER, 2021).

2.2 Los efectos del Brexit para la Unión Europea como sistema: la revalorización de la acción común y nuevas áreas de integración

Una vez culminado el proceso de desintegración del Brexit, puede constatarse que el sistema político de la UE ha reaccionado con más integración. Así, desmintiendo los temores de los meses siguientes al referéndum de que podía iniciarse una desbandada que acabara con la integración europea (RILEY y GHILÈS, 2016), se ha constatado una revalorización por los Estados miembros y por la ciudadanía de la acción común en el seno de la UE. Esto resulta aplicable al propio proceso de negociación del Brexit, en que los Estados se han alineado detrás de la Comisión, como en el curso que ha seguido la integración desde 2016.

2.2.1 La negociación del Brexit: un frente unido tras la Comisión para evitar que el Reino Unido erosione la integración

En primer lugar, el modo en que se han llevado las negociaciones muestra una preferencia por la acción común y la apuesta de los Estados miembros y las instituciones, actuando juntos, por la protección del modelo político de la UE. Se ofreció, desde el día siguiente al referéndum, un mensaje interinstitucional de unidad (EU LEADERS, 2016), de compromiso con el proyecto de integración europeo y de confianza ante la crisis abierta, que se abordaría aplicando el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE). Era una llamada a la calma dirigida a la ciudadanía, a la seguridad jurídica que ofrece el Tratado y mostraba la voluntad política de las tres instituciones de hacer todo lo posible por conducir las negociaciones de retirada de la manera menos lesiva posible para la integración. Como intergubernamentalistas y neofuncionalistas, los líderes europeos daban su confianza a las instituciones, seguros de que serían capaces de gestionar la desintegración con el menor daño posible.

Tan pronto como julio de 2016, a iniciativa del Presidente Juncker, la Comisión se aprestaría a crear una unidad especial para conducir las negociaciones con el Reino Unido, la TaskForce del artículo 50, a cuyo frente se pondría a Michel Barnier, personalidad francesa con amplia experiencia en todas las instituciones de la UE (EUROPEAN COMMISSION, 2016). Desde su nombramiento, Barnier crearía una forma de trabajo única de consulta e información constante a los Estados miembros y las otras instituciones para asegurarse de que la UE hablaba con una sola voz, la suya, y que el Reino Unido no aprovechara posibles fracturas y diferentes intereses entre los Estados miembros para obtener ganancias. Gracias a esta fórmula, hoy conocida como “método Barnier” (CHOPIN 2021, p. 11), instituciones y Estados miembros conformarían un sólido frente unido que no se rompería ni una sola vez, no cediendo ningún Gobierno en ningún momento a las incansables presiones británicas para negociar bilateralmente.

Incluso, cuando había un fuerte interés nacional en presencia -el caso de Irlanda y la protección de los Acuerdos de Viernes Santo- las instituciones y el resto de Estados miembros, hicieron suya esa reivindicación, permitiendo la negociación directa entre los implicados, de manera coordinada con la Comisión, y alineándose detrás de la solución (BARNIER 2021, p. 368). Puede sostenerse así que este proceso también ha desarrollado más un fuerte sentido de la solidaridad y de la pertenencia a una misma unidad política entre sus miembros. En este caso, mantener abierta la frontera irlandesa, como en su momento lo fueron los Acuerdos de Paz, han sido además de una cuestión irlandesa, una cuestión europea.

Ante el Brexit, los Estados miembros han mostrado plena consciencia de estar ante una coyuntura crítica para el presente y futuro de la integración europea. Ceder a las pretensiones británicas de mantener los vínculos económicos eliminando las obligaciones políticas (DAVIS, 2016) supondría el fin de la UE. Si el Brexit sale bien para el RU, el resto de Estados miembros le seguirían en un proceso imparable de desintegración. En esa coyuntura crítica, los Estados miembros han optado por proteger la integración europea, en su actual fórmula de la UE, que consideran un bien de enorme valor, clave para el futuro y el bienestar de los europeos. Esto se percibe en la voluntad política cooperativa mostrada a lo largo de todas las negociaciones, tanto la de retirada como la del Tratado de Cooperación y Asociación. Se ratifican aquí las tesis de los intergubernamentalistas liberales en que los Estados miembros, sin distinción entre pequeños y grandes, han hecho una elección racional de proteger sus interdependencias económicas confiando en la guía de la Comisión. El frente unido en el Brexit no ha obstado para que en otros asuntos que se producían en el mismo tiempo, como reforma de la eurozona, la política migratoria, el Estado de Derecho o la política exterior, no hubiera divergencia y conflicto entre los Estados miembros (FABBRINI 2020, pp. 59-60).

2.2.2 Efectos del Brexit: más integración en defensa y en política social y compromiso con el futuro de la UE

El hecho de que la ciudadanía del RU diera la espalda a la integración europea ha sido leído por parte de los líderes de los Estados miembros europeos como un problema de legitimación ante los ciudadanos, causada en muchos casos por los fracasos de la política europea. Así, en la Cumbre de Bratislava, que se celebra tres meses después del referéndum, los Jefes de Estado y de Gobierno declaran que “aunque un país ha decidido marcharse, la UE sigue siendo indispensable para todos los demás” (CONSEJO EUROPEO 2016a). En ella adoptan un plan de acción con medidas en muchos ámbitos para conseguir que la UE sea percibida como exitosa por sus ciudadanos a través de políticas eficaces que mejoren su vida día a día. Adoptan, incluso, la mecánica de revisar

periódicamente el cumplimiento de las medidas que se van aprobando. Los Estados miembros toman conciencia de que el futuro de la integración pasa porque los ciudadanos puedan constatar todas las ventajas de pertenecer a la UE en su día a día, es decir, la necesidad de legitimarse por los resultados.

El Brexit fue respondido dentro de la UE con el compromiso de sus Estados miembros con más integración y mejor integración. Bratislava, indudablemente, intentó lanzar un mensaje político de continuación de la UE pero también inició una dinámica política de profundización como vía para salvar a la UE. Tras esta Cumbre se inició en el otoño de 2016 un proceso progresivo, que llega hasta nuestros días, de puesta en marcha de una política de defensa común con la finalidad de que la UE cuente con capacidades militares y defensivas para “asumir una mayor responsabilidad en lo referente a su propia seguridad” (CONSEJO EUROPEO 2016b, p. 3). En el caso de la defensa, el Brexit ha actuado como símbolo político, llevando la integración a un ámbito tan cercano al núcleo de la soberanía como la defensa. Pero también ha sido una oportunidad: la defensa europea sin el Reino Unido resulta más fácil. No sólo es necesario colmar el vacío de la salida de un Estado con altas capacidades militares, sino que esto solo resulta posible con su salida, ya que el Reino Unido se ha opuesto siempre a este desarrollo en el seno de la UE (BISCOP, 2012). La política de defensa se está desarrollando en torno a trece áreas de acción comunes, entre ellas un Fondo Europeo de Defensa y el lanzamiento de la Cooperación Estructurada Permanente, que permite la cooperación de los Estados miembros en proyectos para desarrollar una política común. Su éxito no se deberá solo a una huida hacia delante consecuencia del Brexit, sino que dependerá del compromiso sostenido de los Estados miembros en los próximos años con el desarrollo de esta nueva dimensión (TOCCI, 2018, p. 139).

La segunda de las grandes áreas que ha experimentado una profundización como consecuencia del Brexit ha sido la política social. En su historia como Estado miembro, el RU había tenido un éxito considerable en promover una integración centrada en el mercado, que dejaba la dimensión social en un segundo plano, lo que explica las pocas competencias europeas en política social (DALY 2019). Consecuencia de esa voluntad de que la UE responda a los intereses de los europeos, en noviembre de 2017 la primera Cumbre Social Europea convocada en veinte años por la Comisión Europea consiguió la aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales (EUROPEAN PARLIAMENT, COUNCIL AND COMMISSION 2017). Puede calificarse de una iniciativa limitada, dada la falta de competencias comunes, pero realista para comenzar a construir una dimensión europea en materia social, coordinando las políticas nacionales en torno a principios comunes. Consistente en una serie de objetivos sociales a desarrollar tanto desde el nivel político europeo como el nacional, su relevancia reside en que se apoya en un amplio consenso entre todos

los actores políticos europeos, y en que tiene dimensión constitucional, es decir, es un nuevo área que los Estados miembros han decidido abrir a la integración (GUINEA y DÍAZ, 2019, p. 14).

Si el Brexit reafirmaba el compromiso de los Estados miembros con el futuro de la UE (CONSEJO EUROPEO 2016a, p. 1), también ponía en marcha un proceso político de reflexión con la finalidad de abrir una nueva fase en la integración, abría un debate sobre el futuro de Europa. Se constata así que la principal enseñanza del Brexit es que la UE necesita renovarse (FABBRINI, 2020 p. 2). La Comisión Europea publicaba un Libro Blanco, donde exponía los distintos escenarios de futuro para la integración (COMISIÓN EUROPEA, 2017). El Parlamento Europeo abría una ronda de intervención de todos los mandatarios nacionales para que estos expusieran sus expectativas para la orientación futura de la UE, donde aparecían importantes convergencias (DRACHENBERG y KOTANIDIS, 2019). En las fechas en que escribimos está trabajando la Conferencia sobre el Futuro de la UE, “nuevo espacio de debate con los ciudadanos para abordar los desafíos y las prioridades de Europa” (PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO y COMISIÓN EUROPEA, 2019). La Conferencia, que trabajará hasta la primavera de 2022, tiene como misión dialogar sobre la dirección futura de la UE y sus políticas, con el fin de incorporar la voluntad ciudadana al futuro curso de la integración.

3. LA UE ANTE LA PANDEMIA DE COVID-19: DEL TEST DE SOLIDARIDAD A LA PROFUNDIZACIÓN DEL MODELO FEDERAL

La pandemia de la COVID-19, originada en China, cogía a la UE totalmente desprevenida. De manera un tanto ingenua, causada posiblemente por la falta de transparencia china, se pensó que sus efectos devastadores no llegarían a afectarla de pleno. Sorprende así que las instituciones intergubernamentales entre diciembre de 2019 y febrero de 2020 no dedicaran ni un minuto ni una palabra a la consideración de la situación en China ni a prever en qué medida la COVID podía tener consecuencias para la UE. Cuando ya se trata esta cuestión, a partir del 10 de marzo de 2020, tiene que ser por videoconferencia por los confinamientos y restricciones de viaje decretados en todos los Estados miembros.

El balance a junio de 2021 no puede ser más desolador, siendo la UE una de las regiones más afectadas del mundo. El exceso de mortalidad, causado directa e indirectamente por la COVID, se ha cobrado entre marzo de 2020 y abril de 2021 más de 800.000 vidas humanas en la totalidad del Espacio Económico Europeo (EUROSTAT, 2021). Si la pandemia se podía haber prevenido y evitado alguna de esas muertes, es algo que nunca sabremos, pero intuimos que podía haber recibido una atención más temprana con mejores resultados.

Desde el punto de vista económico, los datos también son estremecedores, el Producto Interior Bruto de la UE se desplomaba un 6,3% en 2020 y no se espera que pueda recuperar sus niveles anteriores a la pandemia hasta mediados de 2020 como pronto (EuropeanCommission, 2021). Las causas vinieron tanto de las medidas de confinamiento decretadas por las autoridades, del cese de la actividad económica como del impacto del cierre de fronteras en los intercambios transfronterizos. El paro subía al 7,8% en 2020, sin que alcance los datos de la crisis de 2008, por las medidas de sostenimiento del empleo adoptadas (DE VET *et alia*, 2021), si bien preocupa las consecuencias que tendrá en el incremento de la pobreza y la desigualdad entre los ciudadanos europeos. La situación de las finanzas de los Estados miembros también es preocupante, habiéndose disparado la deuda pública nacional. Crecientemente se tiene conciencia de que los efectos económicos de la pandemia tardarán mucho en ser reconducidos y que esta tarea “pone de relieve la necesidad de unirnos como comunidad y de garantizar que no se deje solo a ningún país en la lucha contra este virus y sus consecuencias” (PARLAMENTO EUROPEO 2020, pto. 1).

Los efectos para la integración también son de entidad: se teme una fragmentación del Mercado Interior, por el diferente apoyo que están recibiendo las empresas de sus Estados miembros, también de incremento de desigualdades entre Estados miembros. Y el aumento de las diferencias hará más difícil la solidaridad entre Estados miembros y la adopción de políticas comunes. Hay riesgo, por tanto, de desintegración y de desconvergencia que requiere de una respuesta institucional a la altura del desafío histórico, “un paquete de recuperación y reconstrucción a gran escala destinado a realizar inversiones en apoyo de la economía europea después de la crisis (PARLAMENTO EUROPEO 2020, pto. 19).

3.1 La Unión en las primeras semanas de la pandemia: “sálvese quien pueda”

La pandemia afectaba en la UE, en primer lugar a Italia, en el mes de febrero de 2020, produciéndose en las primeras semanas solo medidas de tipo nacional, sin que, como hemos visto, las instituciones europeas ni trataran la cuestión. Se constataba en las semanas de febrero y marzo un “regreso del Estado” en la UE (BARBÉ, 2020, p. 22) caracterizado por medidas unilaterales adoptadas por los Estados europeos a medida que resultaban afectados por la pandemia sin ni siquiera coordinarse entre sí. Así, uno a uno, fueron adoptando medidas de confinamiento de su población y de cese de la actividad económica, de prohibiciones de viaje, de cierre de fronteras e, incluso, de prohibición de exportación a otros Estados miembros de productos sanitarios críticos, etc. En algunos casos como el de Hungría, incluso, preocupaban las medidas excepcionales adoptadas que privaban de controles democráticos la acción del ejecutivo.

La UE se enfrentaba a la impotencia, causada por las magras competencias de la Comisión para actuar ejecutivamente en materia sanitaria, en relación a las fronteras o en situación de emergencia. Se detectaba también una falta de solidaridad llamativa entre los Estados europeos, que intentaban en una situación crítica proteger a su población como pudieran, desplegando sus reflejos nacionales, sin tener en cuenta las necesidades de los demás. El valor de solidaridad que inspira los Tratados europeos desde su artículo 2 del TUE, quedaba seriamente cuestionado. Algunas de esas medidas, incluso, como las prohibiciones de exportación suponían incumplimientos del Derecho de la UE. La UE parecía, en estas primeras semanas, prisionera de la misma situación del resto del entorno internacional en que los Estados ante la emergencia preferían la comodidad de sus medidas nacionales.

En paralelo, ciudadanía y medios de comunicación manifestaban su descontento y pedían una mayor actuación de la UE en esta coyuntura crítica (ALDECOA 2020, p. 27). Pero se ponía en evidencia la falta de competencias de la UE e, incluso, las limitaciones del propio sistema político europeo. Así, la UE tal y como está concebida hoy día es un sistema político pensado para aprobar reglas, pero no está preparada para enfrentarse a lo inesperado, a acontecimientos para los cuales no tiene aprobado un procedimiento normativo y adoptar decisiones inmediatas (VAN MIDDELAAR, 2019, p. 4).

3.2 La de la UE a la crisis: medidas dentro de los Tratados y un salto a la federalización

El 10 de marzo de 2020 la renacionalización experimentaba un alto con el comienzo de adopción de actuaciones por parte de las instituciones comunitarias y una coordinación de las medidas nacionales por parte de los Estados miembros en el seno del Consejo Europeo, mostrando que la preferencia por la acción exclusivamente nacional tenía fin. La actuación egoísta nacional solo había durado semanas pero, en términos de imagen de la UE, había causado un daño inconmensurable. En esa fecha se reúnen el Consejo Europeo con los Presidentes de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones con la finalidad de discutir una respuesta conjunta a la crisis. Aprueban cuatro tipo de medidas: coordinación entre Estados miembros para limitar la propagación del virus y luchar contra la pandemia; se encarga a la Comisión que se ocupe de garantizar suministros médicos para todos; se decide promover la investigación, especialmente centrada en las vacunas; y, finalmente, hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la crisis (MICHEL, 2020).

Desde ese momento se comenzaría una acción europea con dos dimensiones diferentes: la adopción de medidas por parte de las instituciones en sus respectivas áreas de competencia, muchas

de ellas innovadoras, y la coordinación de las políticas nacionales por parte de los Estados miembros en el seno del Consejo. Estas actuaciones puestas en marcha en el primer semestre de 2020 exprimen al máximo el margen de actuación que concede el Tratado pero pronto muestran su incapacidad para abordar el gran desafío de la recuperación económica. El gran paso se produciría en el Consejo Europeo de 17 a 21 de julio de 2021, en que los Estados miembros decidirían poner en marcha un gran programa excepcional de recuperación conocido con “Próxima Generación UE” que supone un paso adelante indiscutible hacia la federalización.

3.2.1 La respuesta de las instituciones ante la COVID

Consecuencia de la reunión de marzo, todas las instituciones europeas girarían sus políticas para intentar abordar el desafío de la COVID desde sus propias competencias y recursos. Unidas por una coordinación común se presenta un caleidoscopio de actuaciones de diferente alcance y envergadura. En primer lugar el Consejo decidía coordinar las políticas de los Estados miembros para hacer frente a la pandemia a través de la puesta en común de datos; medidas comunes en relación a viajes y a requisitos de viajes; reconocimiento mutuo de las pruebas clínicas realizadas y un programa de apoyo de servicios sanitarios entre Estados (CONSEJO DE LA UE 2021). En paralelo decidían suspender las medidas de disciplina fiscal en la Eurozona, activando la conocida como “cláusula de escape” del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que permite a los Estados incrementar su gasto. También decidieron que el Mecanismo Europeo de Estabilización, fondo de la Eurozona para asistir a los Estados en dificultades, podría hacer préstamos a los Estados miembros sin condicionalidad.

De primera importancia ha resultado la actuación del Banco Central Europeo, que afecta solo a la eurozona, que aprobaba en marzo el Plan de Compras de Emergencia por Pandemia (BANCO CENTRAL EUROPEO, 2020). Se trata de una política extraconvencional consistente en la compra de títulos de deuda pública y privada de los Estados más afectados para darles la liquidez necesaria para enfrentar las consecuencias de la pandemia. En paralelo aprobaba también una política de tipos de interés bajo y barras de liquidez dirigida al sector bancario para que este pueda inyectar dinero en la economía real. La política del Banco ha resultado clave para que los Estados miembros puedan colocar su deuda en los mercados financieros sin incurrir en altos costes de financiación. El Banco Europeo de Inversiones, por su parte, ha aprobado diversos programas para proveer de préstamos y garantías a las PYMES y al sector empresarial.

La Comisión Europea, por su parte, ha adoptado una diversidad de programas y medidas que afectan tanto a la dimensión sanitaria como a la socioeconómica de la crisis (CONSEJO DE LA UE, 2021). En lo relativo a la dimensión sanitaria, puso en marcha un programa de adquisiciones

conjuntas de material médico en los mercados internacionales, primero de EPIs y ahora de vacunas. También ha puesto en marcha el programa REact-EU, que logró la repatriación conjunta de 650.000 ciudadanos del exterior, un mecanismo de protección civil para asistir entre los EEMM a enfermos necesitados y equipos médicos de apoyo. Finalmente, ha empleado recursos en la financiación de la vacuna y está poniendo ahora en marcha el Programa EU4Health, para reforzar las capacidades en la lucha contra la pandemia. En lo relativo a la facilitación de los intercambios, puso en marcha corredores en las fronteras para que no hubiera interrupción de los suministros básicos. Desde el punto de vista económico, la Comisión reunió los fondos sin gastar del presupuesto comunitario para dar reforzar los fondos estructurales que los Estados podían dirigir a luchar contra la pandemia y aprobó el programa SURE, dinero levantado en los mercados internacionales para financiar los esquemas de reducción temporal del empleo en los Estados miembros. Frente a la parálisis inicial, el esfuerzo de las instituciones europeas solo puede ser calificado de impresionante.

3.2.2 El “paso del Rubicón”: el endeudamiento conjunto para financiar el Plan de Recuperación y Resiliencia “Próxima Generación UE”

El 21 de julio de 2020 el Consejo Europeo aprobaba el Plan de Recuperación para la Unión Europea, en una gran operación de inversión pública internacional (CONSEJO EUROPEO, 2020). Adoptado a iniciativa francoalemana, con el apoyo de la Comisión, su aprobación puso fin a visiones discordantes entre los Estados del Norte y del Sur y los del Este y el Oeste (FABBRINI, 2020, pp. 73-76). No es ni la primera medida de las instituciones europeas ni será la última, pero sí la más relevante, por su cuantía económica y por su alcance político. Se ponen a disposición de la recuperación económica de los Estados miembros y los ciudadanos europeos un montante total de 1.8 billones de euros, divididos tanto entre el mecanismo de recuperación propiamente dicho, como las políticas europeas previstas hasta 2027 en el Marco Financiero Plurianual, que tendrán también un importante impacto en la recuperación. El Plan de Recuperación estrictamente hablando ha sido dotado de 750.000 millones de euros, siendo destinada la mitad de ellos a subvenciones.

El programa de recuperación ha sido saludado por los analistas como un “momento hamiltoniano” por ser un paso de primera magnitud en la federalización de la UE, y sin precedentes (ALDECOA 2020, p. 29). Tres son los elementos, a nuestro juicio, que le dan ese carácter de profundización en el modelo federal. El primero de ellos es que es financiado a través del esfuerzo conjunto, un endeudamiento común en forma de bonos UE hasta 2060 y nuevos recursos propios. Muchos ven en este elemento el surgimiento de un embrión de tesoro para la eurozona (FERNÁNDEZ 2021, p. 78). El segundo elemento federalizador es que profundiza la dimensión de la solidaridad, ya que los fondos no se destinan por igual a los Estados miembros sino en función de

su afectación por la pandemia. El tercer rasgo federal viene de la mano de su carácter transformador, que financiará la transición de las economías europeas hacia modelos ecológicos, digitales y con mayor cohesión social. Se introduce, por tanto, una política económica común que va mucho más allá de lo que dicen los Tratados.

CONCLUSIONES

La UE, en los últimos cinco años, se ha visto sometida a importantes presiones desintegradoras, dos de ellas, el Brexit y la COVID, de carácter existencial. En ambos casos, el sistema político europeo ha reaccionado con más integración, en una lucha por la supervivencia, contrariamente a lo que ha sucedido en el seno de otras organizaciones internacionales.

El Brexit como experiencia de desintegración ha tenido dentro de la UE el efecto de relanzar la integración. Ha reafirmado el compromiso de los Estados miembros con la institucionalización común, la Comisión, para salvar sus intereses políticos y económicos, reafirmando así las tesis de los intergubernamentalistas liberales. También ratifica las tesis del neofuncionalismo, ya que, para salvar la integración, ha producido un desbordamiento o “spill-over” produciendo integración en dos nuevas áreas, la defensa y la política social. La defensa es llamativa por su carácter simbólico, ligada a la tarea esencial del Estado de proteger a sus ciudadanos. La política social, por su parte, trata de contrarrestar las dinámicas producidas por la gestión de la crisis de 2008 y reafirma el interés de la UE con el bienestar de sus ciudadanos. Y si el Brexit desemboca en una gran reforma de los Tratados como muchos demandan (PARLAMENTO EUROPEO 2017; ALDECOA 2020, p. 18; FABBRINI, 2020, p. 137), está aún por ver.

La efímera desintegración de las primeras semanas de la COVID y la amenaza del impacto duradero de esta crisis en la UE ha sido respondida con más integración, un fondo de recuperación financiado con endeudamiento común para ayudar a recuperar las economías europeas, incidiendo más en los países más afectados. La UE, liderada por sus Estados más grandes y la Comisión Europea, ha respondido a la crisis de la COVID-19 con más integración, una profundización hacia lo federal, que pretende estar a la altura del desafío económico y social planteado y, especialmente, contrarrestar la desintegración que puede tener el diferente impacto de la pandemia. Con los intergubernamentalistas podemos explicarlo afirmando que los Estados miembros, y especialmente los grandes, han optado por más integración guiados por la motivación económica de proteger las interdependencias creadas. E, indudablemente, también puede hacerse una lectura neofuncionalista, viendo el momento hamiltoniano como un *spill-over* de la integración económica previamente alcanzada, en la cual la Comisión es un actor clave.

Pero la COVID, como el Brexit, también ha puesto de manifiesto las limitaciones del sistema político europeo: la falta de dirección política centralizada que permita una gestión rápida de las crisis así como las competencias limitadas. Sólo el tiempo nos dirá si el ejercicio de reflexión sobre el futuro de la integración, puesto en marcha por la Conferencia sobre el Futuro de Europa, da los frutos necesarios para equipar a la UE con las capacidades necesarias para hacer políticas que cubran las expectativas de sus ciudadanos.

REFERENCIAS

Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. 24 de enero de 2020, **DO L 29**, 31.1.2020, pp. 7-187.

Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra. **DO L 444**, 31.12.2020, pp. 14-1462.

ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco. El nuevo ciclo político en la UE. En: ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco (Ed.). **La Unión Europea y la pandemia mundial**. Madrid: La Catarata, 2020, pp. 19-36.

ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco y GUINEA LLORENTE, Mercedes. **Renegotiation by the United Kingdom of its constitutional relationship with the European Union** - Issues related to “sovereignty”. Bruselas: European Parliament Research Service, 2016.

BANCO CENTRAL EUROPEO. Decisión (UE) 2020/440 sobre un programa temporal de compras de emergencia en caso de pandemia. **DOUE L 91**, de 25.3.2020, p. 1.

BARBÉ, Esther. Editorial. El invierno que no llegó: el orden internacional en tiempos de pandemia. **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 72, n. 2, 2020, pp. 15-31.

BARNARD, Catherine. Un Brexit rojo, blanco y azul. En: **Tiempo de Paz**, n. 140, 2021, pp. 38-46.

BARNIER, Michel. La grande illusion. **Journal secret du Brexit (2016-2020)**. Paris: Gallimard, 2021.

BISCOP, Sven. The UK and European defence: leading or leaving? **International Affairs**, v. 88, n. 6, 2012, pp. 1297-1313.

BLANCO QUESADA, Marta. Hacia un nuevo marco de relaciones entre España y el Reino Unido. En: **Tiempo de Paz**, n. 140, 2021, pp. 79-88.

BRUNSDEN, Jim y FOSTER, Peter. Brexit: Can the sticking points on Northern Ireland be resolved?. En: **Financial Times**. Disponible en: <https://www.ft.com/content/465e2fc5-4a4e-4be4-bbb7-5e5b4dad5442>. Acceso en: 7 jun. 2021.

BUDDEN, Philip. Observations on the Single European Act and “relaunch of Europe”: a less “intergovernmental” reading of the 1985 Intergovernmental Conference. En: **Journal of European Public Policy**, v. 9, n. 1, 2002, pp. 76-97.

BUONANNO, Laurie. The European Migration Crisis. En DINAN, Desmond, NUGENT, Neil y PATTERSON, William E. (Ed.). **The European Union in Crisis**. London: PalgraveMacmillan, 2017, pp. 100-130.

COMISIÓN EUROPEA. **Libro Blanco sobre el futuro de la Europa**. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025. Bruselas, 1 mar. 2017, COM, 2017.

CONSEJO DE LA UE. **Pandemia de COVID-19: la respuesta de la UE**. 25 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/coronavirus/>. Acceso en: 26 jun. 2021.

CONSEJO EUROPEO. **Declaración y Plan de Acción de Bratislava**. Bratislava, 16 sept. 2016a.

CONSEJO EUROPEO. **Conclusiones de la Presidencia**. Bruselas, 15 dic. 2016 b, (EUCO 34/16).

CONSEJO EUROPEO, **Conclusiones de la Presidencia**. Bruselas, 21 jul. 2020, (EUCO 10/20).

EUROPEAN COMMISSION. European Economic Forecast: Winter 2021 (Interim), **Institutional Paper 144**, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021.

EUROSTAT(2021). **Weekly death statistics**. 11 jun. 2021. Disponible en: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Weekly_death_statistics&stable. Acceso en: 15 jun. 2021.

CHRISTIANSEN, Thomas. The role of supranational actors in EU treaty reform. En: **Journal of European Public Policy**, v. 9, n. 1, 2002, pp. 33-53.

DALY, Mary. The Implications of the Departure of the UK for EU Social Policy. En: **Social Policy and Society**, v. 18, n. 1, 2019, pp. 107-117.

DAVIS, David. Trade deals. Tax cuts. And taking time before triggering Article 50. A Brexit economic strategy for Britain. **Conservative Home**, 14 jul. 2016. Disponible en: <https://www.conservativehome.com/platform/2016/07/david-davis-trade-deals-tax-cuts-and-taking-time-before-triggering-article-50-a-brexiteconomic-strategy-for-britain.html>. Acceso en: 31 mayo 2021.

DE VET, Jan Maarten *et al.* **Impacts of the COVID-19 pandemic on EU industries**. Bruselas: European Parliament Research Service, 2021.

DEHOUSSE, Renaud; MAJONE, Giandomenico. The Institutional Dynamics of European Integration: From the Single Act to the Maastricht Treaty. En: MARTIN, Stephen (Ed.). **The Construction of Europe**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1994, pp. 91-112.

DRACHENBERG, Ralf; KOTANIDIS, Silvia. **Los debates sobre el futuro de Europa en el Parlamento Europeo (2018-2019)**. Síntesis de las intervenciones de los Jefes de Estado o de Gobierno de la UE. Bruselas: European Parliament Research Service, 2019.

EUROPEAN COMMISSION. Press release “President Juncker appoints Michel Barnier as Chief Negotiator”. 27 jul. 2016. **IP/16/2652**. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_2652. Acceso en: 1 jun. 2021.

EU LEADERS. **Statement by President Tusk, President Schulz, President Juncker and Prime Minister Rutte on the outcome of the UK referendum**. 24 jun. 2016. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/06/24/joint-statement-uk-referendum/>. Acceso en: 31 mayo 2021.

EUROPEAN PARLIAMENT, COUNCIL AND COMMISSION. **European Pillar of Social Rights**. Brussels: Publications Office, 2017.

FABBRINI, Federico. **Brexit and the Future of the European Union**. Oxford: Oxford University Press, 2020.

FERNÁNDEZ, Jonas. 2. The Fiscal Response: A Step forward towards Debt Mutualization? En: **A Yearbook on the Euro in 2021**. Madrid: Fundación de Estudios Financieros y Fundación ICO, 2021.

GÓRA, Magdalena, STYCZYŃSKA, Natasza y ZUBEK, Marcin (Eds.). **Contestation of EU Enlargement and European Neighbourhood Policy**. Actors, Arenas and Arguments. Copenhagen: Djøf Publishing, 2020.

GRAY, Andrew. Article 50 author Lord Kerr: “I didn’t have UK in mind”. En: **Politico**, 28 mar. 2017. Disponible en: <https://www.politico.eu/article/brexit-article-50-lord-kerr-john-kerr/>. Acceso en: 4 jun. 2021.

GUINEA LLORENTE, Mercedes. El refuerzo de la UE en el mundo en la Conferencia sobre el futuro de Europa. En: Francisco ALDECOA (Ed.). **La Unión Europea y la pandemia mundial**. Un actor imprescindible en la nueva y necesaria gobernanza global. Madrid: Catarata, 2020, pp. 191-209.

GUINEA LLORENTE, Mercedes. La reducción de la Unión Europea ¿Qué hemos aprendido de nosotros mismos? En: **Tiempo de Paz**, n. 140, 2021, pp. 7-15.

GUINEA LLORENTE, Mercedes y DÍAZ LAFUENTE, José. **El cumplimiento de la Comisión Europea con sus ciudadanos**. Un balance de resultados de la VIII legislatura del Parlamento Europeo y recomendaciones para el futuro. Madrid: Marcial Pons, 2019.

HAAS, Ernst B. **The Uniting of Europe: political, social and economical forces 1950-1959**. London: Stevens and Sons, 1948.

HOBOLT, Sarah B. The Brexit vote: a divided nation, a divided continent. En: **Journal of European Public Policy**, v. 23, n.9, 2016, pp. 1259-77.

HOOGHE, Liesbet y MARKS, Gary. Grand theories of European integration in the twenty-first century. En: **Journal of European Public Policy**, v. 26, n. 8, 2019, pp. 1113-1133.

JUNCKER, Jean-Claude (Presidente de la Comisión Europea). **Discurso en el acto de investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Salamanca**. Salamanca, 9 de noviembre de

2017. Disponible en: https://foroparalaconcordiacivil.com/wp-content/uploads/2017/11/Discurso_de_Jean-Claude_Juncker.pdf. Acceso en: 20 abr. 2021.

LOUIS, Jean-Victor. La Convention et l'avenir de l'Union européenne. En: **Cahiers de Droiteuropéen**, n. 3-4, 2002, pp. 235-241.

MANERO SALVADOR, Ana. La relación comercial entre la UE y el Reino Unido tras el Brexit. En: **Tiempo de Paz**, n. 140, 2021, pp. 70-78.

MARCUS, J. Scott, POITIERS, Niclas Frederic *et alia*. **The impact of COVID-19 on the internal market**, European Parliament Study, febr. 2021. (PE 658.219).

MARISCAL, Nicolás. **Teorías políticas de la integración europea**. Madrid: Tecnos, 2003.

MARTILL, Benjamin. Deal or no Deal: Theresa May's Withdrawal Agreement and the Politics of (Non)-Ratification. En: **Journal of Common Market Studies**, 2021, DOI: 10.1111/jcms.13205.

MAY, Theresa (Prime Minister of the United Kingdom). **Letter to Donald tusk triggering article 50**. London, 29 March 2017. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/prime-ministers-letter-to-donald-tusk-triggering-article-50>. Acceso en: 10 abr. 2021.

MICHEL, Charles (President of European Council). **Conclusions following the videoconference on COVID-19**. Brussels, 10 March 2020. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/03/10/statement-by-the-president-of-the-european-council-following-the-video-conference-on-covid-19/>. Última consulta: 10 jun. 2021.

MITRANY, David. **The progress of international government**. New Haven: Yale, 1933.

MITRANY, David. The Prospect of Integration. Federal or Functional. **Journal of Common Market Studies**, v. VI, n. 1, 1965, pp. 119-149.

MORAVCSIK, Andrew. Preferences and Power in the European Community: a Liberal Intergovernmental Approach, **Journal of Common Market Studies**, v. 31, n. 4, 1993, pp. 473-524.

MORAVCSIK, Andrew. **The Choice for Europe: social purpose and state power from messina to Maastricht**, Ithaca-New York: Cornell University Press, 1998.

MORAVCSIK, Andrew; NICOLAÏDIS, Kalypso. Explaining the Treaty of Amsterdam: Interests, Influence and Institutions, **Journal of Common Market Studies**, v. 37, n. 1, 1999, pp. 59-85.

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución sobre las posibles modificaciones y ajustes de la actual configuración institucional de la Unión Europea. Estrasburgo, 16 de febrero de 2017, **P8TA**(2017 0048).

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución sobre la acción coordinada de la UE para luchar contra la pandemia de la COVID-19 y sus consecuencias. Bruselas, 17 de abril de 2020, **P9TA**(2020- 0054).

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución legislativa sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración, en nombre de la Unión, del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, y del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Unido

Gran Bretaña e Irlanda del Norte relativo a los procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada. Bruselas, 28 abr. 2021, **P9TA**(2021- 0140).

RILEY, Alan y GHILÈS, Francis. Brexit: Causes and Consequences. En: **Notes Internacionales CIDOB**, n. 159, 2016. Disponible en: https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/notes_internacionales/n1_159/brexit_causes_and_consequences. Última consulta: 20 mayo 2021.

ROSAMOND, Ben. Brexit and the Problem of European Disintegration. En: **Journal of Contemporary European Research**, v. 12, n. 4, 2016, pp. 864-871.

SCHUMAN, Robert. **Declaración**. París, 9 mayo 1950. Disponible en: https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_es. Acceso en: 16 mayo 2021.

TOCCI, Nathalie. Towards a European Security and Defence Union: Was 2017 a Watershed? En: **Journal of Common Market Studies**, v. 56, Annual Review, 2018, pp. 131-141.

VAN MIDDELAAR, Luuk. **Alarums and Excursions**. Improvising politics on the European stage. Newcastle upon Tyne: Agenda Publishing, 2019.

AUTOR:

Mercedes Guinea Llorente

Doctora en Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid. Secretaria Académica de la Escuela de Gobierno de la UCM. Ha sido Coordinadora del Grado en Relaciones Internacionales y del Doble Grado Economía-Relaciones Internacionales. Su principal área de investigación es la Unión Europea: su modelo político y funcionamiento institucional, política exterior y de seguridad y defensa, y política constitucional. Titular de los Módulos Europeos Jean Monnet de la Comisión Europea sobre "La aplicación del Tratado de Lisboa: efectos en el modelo político, económico y social" y "Crisis y cambio en la Unión Europea: de la gobernanza económica a la Unión política". Es investigadora adscrita al Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación (IUDC), investigadora de la Unidad de Investigación sobre Seguridad y Cooperación Internacional (UNISCI) y redactora de la Revista Española de Derecho Internacional. Actualmente, es miembro de la Ejecutiva del Consejo Federal Español del Movimiento Europeo.

E-mail: mmguinea@ucm.es

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8695-0741>

EL COVID-19 COMO OPORTUNIDAD PARA EL MULTILATERALISMO DE LA UE EN UN MUNDO GEOPOLÍTICO

Miguel Angel Benedicto Solsona
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

La crisis del coronavirus es una oportunidad para que Europa apueste por la interdependencia estratégica y el multilateralismo en un mundo dominado por la geopolítica. Una UE más multilateral solo será posible si sale más unida y solidaria de esta crisis con una mayor coordinación sanitaria y un plan de reconstrucción económico sólido centrado en la digitalización y el medio ambiente, con un euro más fuerte a nivel internacional y un mercado único más completo. De lo contrario, las tendencias actuales llevarán hacia un mundo westfaliano en el que a Europa se le augura poco peso político.

Palabras clave: UE. Geopolítica. Multilateralismo.

COVID-19 AS AN OPPORTUNITY FOR EU MULTILATERALISM IN A GEOPOLITICAL WORLD

ABSTRACT

The coronavirus crisis is an opportunity for Europe to bet on strategic interdependence and multilateralism. A more multilateral EU will only be possible if it emerges more united and solidary from this crisis with greater health coordination and a solid economic reconstruction plan focused on digitization and the environment, with a stronger euro at the international level and a full single market. Otherwise, current trends will lead to a Westphalian world in which Europe has little political clout.

Keywords: EU. Geopolitics. Multilateralism.

Recebido em: 16/06/2021
Aceito em: 03/07/2021

INTRODUCCIÓN

La crisis del coronavirus quizás no sea un *gamechanger* para el mundo, pero sí un “acelerador histórico” de las tendencias que ya se observaban antes de la pandemia como el ascenso de China como potencia, la decadencia de Estados Unidos, o la tierra de nadie en la que se podría encontrar la UE pese al impulso geopolítico que se le quiere dar.

En un mundo en el que China y EE.UU. se disputan el trono de la supremacía mundial, existen autores que tras la Covid-19 creen que Beijing se convertirá en la gran potencia y Washington quedará en un segundo lugar; para otros, todo quedará más o menos como hasta ahora con las tendencias que había antes de la pandemia quizás más agudizadas.

¿Dónde quedará la Unión Europea? Dependerá de las decisiones que tome y de si sale más fuerte y unida de esta crisis de salud pública. Si Europa sale reforzada podría ayudar a reformar las instituciones multilaterales, de lo contrario es probable que la tendencia mundial vaya hacia el nacionalismo, el proteccionismo y al denominado como “retorno de la Geopolítica” por Russell Mead (2014).

La nueva Comisión Europea ha realizado una fuerte apuesta por una UE geopolítica tal y como han señalado en diversos discursos tanto la presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen (EUROPEAN PARLIAMENT, 2019a) como el Alto Representante para la Política Exterior, Josep Borrell (EUROPEAN PARLIAMENT, 2019b). ¿Es compatible la Europa geopolítica con el multilateralismo eficaz que promueven las instituciones europeas? En este artículo intentaremos responder a ello analizando los desafíos geopolíticos a los que se enfrenta la UE, las respuestas de Bruselas a la pandemia a nivel económico y sanitario y cómo la potencia normativa europea podría participar en el liderazgo del futuro global desde la interdependencia y con el multilateralismo.

1. UNA APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE GEOPOLÍTICA, INTERDEPENDENCIA ESTRATÉGICA Y MULTILATERALISMO

En la Geopolítica clásica los únicos actores eran los Estados y como señala Cairo (1993, p. 202) tanto Haussofer como Mackinder “tienen la intención de influir en la política exterior de su país, en otras palabras, la geopolítica tradicional es una disciplina disruptiva.” Sin embargo, la UE como organización supranacional, si quiere analizarse desde un punto de vista geopolítico, habría que utilizar la Geopolítica crítica y como explica Cairo (1983, p. 205), citando a Smith (1986, p. 179), “no

se puede entender completamente sin considerar las decisiones de economía global, ya sea en términos Este-Oeste o Norte-Sur” y va más allá de las relaciones de poder entre los Estados.

La crisis del Covid-19 y la emergencia económica han empujado a la UE a convertirse en un competidor geopolítico, pero para conseguirlo es necesaria una fortaleza interna para luego tener una política exterior fuerte. Como señala Bendiek (2018) es un proceso que ya se recogía en la Estrategia global de la UE para la política exterior y de seguridad (EUGS, en sus siglas en inglés)¹ de 2016, en la que se postulaba la autonomía estratégica² de la UE. “Es la reacción de Europa a su confianza cada vez menor en la estabilidad del orden mundial multilateral y la comunidad de valores occidental, y marca un alejamiento de la idea de una asociación incondicional con los Estados Unidos”(BENDIEK, 2018). Pese a los avances realizados por la UE en Seguridad y Defensa, no tiene los recursos para actuar de manera independiente en el escenario global a corto ni quizás a medio plazo, ni una cultura estratégica³ común con respecto a EE. UU., Rusia o China.

La Estrategia Global da prioridad a la política exterior, de seguridad y defensa sobre otras áreas políticas. Para Bendiek (2018) “el objetivo estratégico apropiado no es la autonomía sino la interdependencia estratégica,” que es el resultado de un complejo proceso de integración del comercio, el desarrollo, el clima, la digitalización o la migración; problemas sin solución solo a nivel nacional y que requieren de la gestión cooperativa, independientemente de los EE. UU., cuando sea necesario.

El concepto de multilateralismo para Ruggie (1992, p. 14) es "una forma institucional que coordina las relaciones entre tres o más Estados sobre la base de principios generalizados de conducta, sin tener en cuenta los intereses particulares de las partes o las demandas estratégicas que pueden aparecer en cada caso en particular.” En cambio, según explica Barbé (2010) para Robert Keohane, “el multilateralismo es la práctica de coordinar las políticas nacionales en grupos de tres o más

¹“Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte. Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea”, 2016. Disponible en: https://europa.eu/globalstrategy/sites/globalstrategy/files/eugs_es_version.pdf.

²Cualquier actor con autonomía estratégica debe tener tres dimensiones: autonomía política, operativa e industrial. La autonomía operativa se define como la capacidad para planificar y realizar independientemente operaciones civiles y / o militares. La autonomía industrial significa la habilidad de desarrollar las capacidades requeridas para lograr la autonomía operativa. Estos dos elementos deben complementarse con la autonomía política, que es la capacidad de definir objetivos de política exterior y de seguridad y decidir sobre las herramientas que se utilizarán en su búsqueda (Kempin y Kunz, 2017, p. 10). Por su parte, otros académicos incluyen la autonomía nuclear que, de momento es un tabú para la UE, pese a que EEUU podría en un momento dado dejar de proporcionar el paraguas atómico y Europa necesitar su propio poder nuclear (Drent, 2018)

³ Según Meyer (2007) “requerirá de una base de intereses, valores y prioridades compartidos, percepciones de amenaza y medios legítimos para el uso de la fuerza militar, así como un acuerdo sobre el papel de Europa en el mundo”.

Estados a través de mecanismos ad hoc o a través de instituciones." González del Miño y Anguita (2014) subrayan que "el multilateralismo es un instrumento, en lo que respecta al proceso de toma de decisiones, donde el consenso y la negociación entre las partes son esenciales". Además, según Sanahuja (2013), es un concepto que cada actor interpreta de una manera: la UE promueve un multilateralismo normativo, los EE.UU. un multilateralismo hegemónico, los países en desarrollo uno defensivo y los emergentes uno revisionista.

Los padres fundadores crearon la UE para superar los enfrentamientos de las dos guerras mundiales y en la Declaración Schuman se buscaba la interdependencia y la soberanía compartida en instituciones comunes, mientras los EE.UU. se hacían cargo de la seguridad a través de la OTAN. Ese orden liberal global basado en la democracia y la economía de mercado, que busca solución a los problemas en instituciones regionales y globales, está entredicho. Sin embargo, la naturaleza de las instituciones europeas está en el derecho y en la cooperación multilateral; por ello, aunque deban fortalecer su autonomía estratégica a nivel de seguridad, digital o industrial; no hay que olvidar que la UE es una potencia normativa que tiene en su ADN la resolución de problemas globales mediante un multilateralismo eficaz.

Desde 2015, los retos de la UE se han multiplicado con un entorno estratégico más complejo, conectado y fragmentado: las consecuencias de la crisis económica de 2008, el terrorismo del ISIS, la salida de Reino Unido de la UE, la crisis de los refugiados, conflictos en la vecindad del Este y Sur de Europa, la inestabilidad en los Balcanes, Trump como presidente de EEUU y su hostilidad hacia la UE, la configuración de una China más asertiva en el nuevo orden internacional y, ahora, la pandemia del coronavirus. Esos desafíos obligan a la UE a buscar una mayor unidad política, económica, liderazgo geopolítico y gobernanza multilateral.

2. DESAFÍOS GEOPOLÍTICOS EN LA VECINDAD DE LA UE

Borrell ha defendido que no seremos creíbles en nuestra ambición de ser un actor geopolítico, "si no somos capaces de resolver los problemas de nuestra vecindad inmediata" (EUROPEAN PARLIAMENT, 2019b). En el Este de Europa, la guerra entre Rusia y Ucrania tras la anexión de Crimea, la financiación rusa del populismo europeo⁴, o el reto de la desinformación son desafíos para Europa; a los que se unen los que provienen del Sur y del Mediterráneo, como la guerra civil siria, una Turquía desafiante en el Mediterráneo Oriental y los Estados fallidos de Irak y Libia,

⁴Vladimir Putin y Marine Le Pen, el eje antieuropeo. Disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2017/03/25/58d57d11ca474108128b4600.html>.

que dieron lugar a una gran ola de más de un millón de refugiados hacia Europa, y pusieron en peligro la libre circulación en la UE.

2.1 El desafío de Rusia y Turquía

Europa sigue dependiendo de la OTAN en su defensa frente a Rusia. La Alianza tiene a 4.000 soldados en su frontera norte para disuadir a Moscú. La UE tiene tal dependencia energética de Rusia que, pese a poner en marcha una política energética que permita diversificar el suministro y apostar por las energías renovables, proyectos como el del gasoducto ruso-alemán North Stream 2 impiden una estrategia común europea y dan más poder a Moscú. Durante la pandemia, las campañas de desinformación de Rusia y China sobre la COVID-19 en la UE y su vecindario tenían como objetivo polarizar a la sociedad europea, minar a las instituciones y la democracia o mejorar la imagen de Beijing y Moscú (COMISIÓN EUROPEA, 2020a). El Consejo Europeo (2020), tras el envenenamiento del líder opositor Alexéi Navalny, sancionó, con la congelación de activos y prohibición de viajes al territorio de europeo, a seis colaboradores del presidente ruso, Vladimir Putin. La última visita del Alto Representante de la UE a Moscú se saldó con la expulsión de 3 diplomáticos europeos, tras la exigencia de Borrell de liberar a Navalni. La división que causó entre los 27 la visita de Borrell es un fiel reflejo de la división que busca Rusia en la UE. Aun así, Bruselas no cierra las puertas al diálogo con Moscú en asuntos en los que pueden cooperar como la implementación de los acuerdos de Minsk para poner fin a la guerra del Donbass.

Por su parte, Turquía se ha convertido en un dolor de cabeza para la OTAN y la UE. Ankara ha pasado de querer ingresar en la UE a alejarse de ella. En Libia, las tropas de Erdogan se despliegan en apoyo del gobierno de Trípoli para monopolizar el suministro energético al sur de Europa. Turquía también realiza trabajos de exploración para buscar gas en áreas reclamadas por Grecia y Chipre como zonas económicas exclusivas. La UE quiere que el Mediterráneo oriental sea una zona estable y segura y el Consejo Europeo pidió a Ankara que se abstenga de realizar acciones unilaterales que vayan contra los intereses de la UE y violen el derecho internacional y los derechos soberanos de los Estados miembros y reiteró su solidaridad con Grecia y Chipre, cuya soberanía y derechos soberanos deben respetarse (CONSEJO EUROPEO, 2020).

Turquía, pese a ser país candidato a entrar en la UE, cada día está más alejado de una Europa a la que chantajea. En este sentido, la UE pidió detener el avance militar de Ankara en 2019 contra las milicias kurdas en el norte de Siria. La amenaza del presidente turco, Recep Tayyip Erdogan, no se hizo esperar cuando afirmó, que si las críticas continuaban daría por terminado el acuerdo

migratorio firmado en 2016 con Bruselas y permitiría a los refugiados e inmigrantes llegar a territorio europeo.

2.2 Los Balcanes en el punto de mira

Para la actual Comisión Europea la frontera del Este de Europa y los Balcanes es prioritaria. La influencia de Rusia en los Balcanes supone una amenaza para la seguridad del continente, tras los intentos del Kremlin de desestabilizar la zona (en Bosnia y Herzegovina) para impedir el acceso de estos países a la OTAN y la ampliación de la UE; una zona en la que China también quiere tener influencia para promover la inversión en infraestructuras ligadas ala Belt Road Initiative impulsada por Beijing. La inversión china en el este de Europa, incluidos los Balcanes alcanza ya los 10.000 millones de dólares, pero según la Comisión Europea (2019) "suelen descuidar la sostenibilidad socioeconómica y financiera y pueden dar lugar a un alto nivel de endeudamiento y una transmisión del control de activos y recursos estratégicos". Asimismo, la Turquía de Erdogan también se ha asentado con fuerza en la región.

Para evitar la influencia de China, Rusia y de Turquía en los Balcanes, la UE desbloqueó su ampliación a los Balcanes durante la crisis del coronavirus que, meses antes en el Consejo de octubre de 2019, había sido vetada por Francia y otros países europeos (MOLINA Y BENEDICTO, 2021). Los 27 acordaron abrir las negociaciones con Albania y Macedonia del Norte y la UE se vio obligada a celebrar una Cumbre sobre los Balcanes, en la que aprobó un programa de ayudas de hasta 3.300 millones de euros para paliar los efectos de la crisis de la Covid-19. Además, se dio luz verde a la Declaración de Zagreb (2020) que "reafirma el apoyo inequívoco a la perspectiva europea de los Balcanes Occidentales".

2.3 Una nueva estrategia global con África

En la vecindad Sur, la UE afronta la amenaza del terrorismo, los desafíos demográficos, de la migración y del cambio climático. El primer viaje al exterior de la presidenta de la Comisión Europea, Ursula Vonder Leyen, fue a Etiopía para un encuentro con la Unión Africana con el objetivo de tener una relación más estrecha con África en un momento de competencia con China, cuya influencia es alta pese a no ser ni el primer inversor mundial en el continente vecino ni el líder en el tráfico de mercancías, puestos que ostenta la UE.

La entrada de China y Rusia en África demandaron una presencia mayor de Europa, que la Comisión Europea (2020b) de VonderLeyen supo leer bien al anunciar una nueva estrategia para resetear las relaciones UE-África. Este nuevo plan hace hincapié en la transformación digital, la necesidad de creación de empleo o la consideración de África como socio clave en la arena multilateral. El interés de la UE por África se podría deber tanto a la presencia de Beijing y Moscú como a “la ambición de la UE de convertirse en un actor internacional influyente por medio de una política exterior más fuerte y articulada”. (MARÍN, 2020).

Europa es el mayor inversor extranjero en África con 222.000 millones de euros, por encima de Estados Unidos (42.000) y China (38.000) y la Comisión Europea (2020b) no quiere perder el tren del continente más joven y con mayor potencial económico. Además, el coronavirus ha pasado factura a Beijing en el continente africano por el trato discriminatorio dado a los inmigrantes africanos en Cantón durante la pandemia con expulsiones de viviendas y un número desproporcionado de pruebas de Coronavirus (BBC, 2020). Asimismo, “China es el mayor prestamista para África con más de 152.000 millones de dólares entre 2000 y 2018, según un informe del instituto CARI, el 17% de la deuda africana,” publicado por El Confidencial (2020). Durante la pandemia Covid-19, el presidente Macron abogó por condonar la deuda a África, pero en la reunión del G-20 en abril de 2020 solo se decidió suspender la deuda a los países más pobres durante un año. Por su parte, China también se comprometió a aplazar esos pagos entre el 2022 y el 2024. Borrell quiere cambiar la relación con África dejando atrás la visión securitaria e incrementando la cooperación en cinco puntos: transición verde, digitalización, crecimiento económico, paz y gobernanza, inmigración y movilidad. (COMISIÓN EUROPEA, 2020b).

3. CHINA COMO RIVAL SISTÉMICO Y LOS ESTADOS UNIDOS POST-TRUMP

El coronavirus se produce en un momento en el que China, cada vez más asertiva en política exterior, es considerada por la Comisión Europea (2019) como “rival sistémico”. China aprovechó la parálisis europea y el ensimismamiento americano y desplegó su estrategia diplomática para que España e Italia aceptaran su oferta de ayuda médica contra el Covid. El Gobierno chino presentó estos acuerdos en el marco de la respuesta humanitaria de una superpotencia preocupada por la salud global, pese a tratarse más bien de tratados comerciales y no de donaciones, y a la calidad defectuosa de muchas de las mascarillas y kits de pruebas enviados a Europa.

En realidad, la UE ha prestado más ayuda a sus estados que la que ha recibido de China, sin embargo, la percepción de la ciudadanía europea al inicio de la crisis fue la contraria. Como explicaba

el presidente francés, Emmanuel Macron, la UE y sus estados miembros han sido incapaces de exhibir esa asistencia mutua en sus narrativas públicas. (MALLET Y KHALAF; 2020).

China vio en Italia y España o en la petición de ayuda de Serbia, su oportunidad para dar la vuelta a la narrativa global sobre el coronavirus que situaba a Beijing como origen, encubridor y acelerador de la pandemia y al Covid-19 como el “Chernobil” chino. El gobierno de Beijing convirtió la crisis en una oportunidad geopolítica con una fuerte campaña de poder blando con el fin de llenar el hueco dejado por EE.UU. y la UE. El presidente Xi Jinping podría utilizar a posteriori la ayuda que ha prestado, para impulsar el proyecto geopolítico de la Nueva Ruta de la Seda (Belt Road Initiative, en inglés) en Europa, donde Italia ha sido el primer país del G-7 en firmar un Memorándum de Entendimiento con Beijing.

La UE busca una relación bilateral con China más recíproca y menos naive. Durante la primera ola de la pandemia, Bruselas evitó la entrada de Beijing en sectores críticos y aprobó un reglamento para defenderse de las distorsiones que causan las subvenciones a empresas extranjeras en el mercado único (MOLINA Y BENEDICTO, 2021). Con el fin de reequilibrar la relación económica y lograr la reciprocidad, Bruselas cerró un acuerdo global de inversiones con China para abordar las actuales asimetrías en el acceso a los mercados para conseguir unas condiciones de competencia equitativas. Las empresas europeas que deseen acceder al mercado chino ya no necesitan un socio del gigante asiático ni tiene la obligación de transferir su tecnología a China; y Beijing, por su parte, se compromete a implementar el Acuerdo de París por el Clima y a ratificar las convenciones de la OIT sobre el trabajo infantil y forzado. (COMISIÓN EUROPEA, 2021a).

Durante el mandato de Donald Trump en los Estados Unidos, se debilitó la relación transatlántica con la congelación del tratado de libre comercio entre la UE y EEUU y una guerra arancelaria entre ambas orillas del Atlántico; el alejamiento de Washington del multilateralismo tras su salida de la Organización Mundial de la Salud (OMS), del tratado de París sobre el Cambio Climático, la ruptura del acuerdo nuclear con Irán y la paralización el proceso de disputas de la Organización Mundial del Comercio (OMC); una OTAN cada vez más dividida y menos fiable con la mirada puesta en el Indo-Pacífico, y con un Brexit que dejó al socio especial de Washington fuera de la UE. La llegada de Joe Biden a la presidencia es una oportunidad para restablecer los lazos a ambos lados del Atlántico y una apuesta por la defensa del orden internacional liberal y del multilateralismo, pero quizás no llegue a ser como antaño. De momento, Washington se ha reincorporado al Tratado de París y ha vuelto a la OMS, pero la división interna en los EE.UU. no augura una ruptura total con las políticas de Trump. No parece factible, de momento, una vuelta de Washington al acuerdo nuclear con Irán pues no gusta ni a Israel ni a Arabia Saudí ni al Congreso

americano; y Teherán tampoco parece poner mucho de su parte al aumentar el enriquecimiento de uranio. Respecto a Latinoamérica, habría un mayor acercamiento de Biden a Cuba y con Venezuela la posición podría estar más cerca de la UE.

Aunque la firma de nuevos acuerdos comerciales no parece estar en la órbita de la administración Biden, que también se ha mostrado proteccionista con el Buy American, Bruselas y Washington parecen dispuestas a pactar una tregua en la guerra arancelaria entre Airbus-Boeing.

La coordinación de los aliados transatlánticos respecto a China es lo que más repercutirá en la relación futura de ambos. De momento, Bruselas, durante la presidencia alemana de la UE, ha firmado un acuerdo de inversiones con Beijing sin tener en cuenta la opinión de Washington y haciendo gala de su autonomía estratégica. El desacoplamiento entre China y EE.UU. va a continuar la Guerra Fría entre ambos países, que luchan por la supremacía tecnológica y económica; y afectará también a las relaciones con Bruselas como ya lo hace la tecnología 5G de Huawei que, según EE.UU., supone una amenaza para la seguridad de los 27, aunque no todos lo vean por igual en Europa.

4. LA RESPUESTA SANITARIA DE LA UE A LA PANDEMIA

La respuesta europea a la pandemia fue tardía e insolidaria. La prohibición de exportar material médico por parte de Francia o Alemania a una necesitada Italia fue un duro golpe para la imagen de la UE. China, origen del Covid-19, aprovechó la oportunidad y desplegó una potente estrategia de diplomacia pública, con el envío de material sanitario y médicos. La UE, que no tiene competencias sanitarias, vio como China con “la diplomacia de las mascarillas” cubría el vacío de liderazgo y coordinación europeo; y conseguía que Italia, España o Serbia agradecieran e incluso pidieran ayuda a Beijing.

La Comisión Europea reaccionó más tarde abriendo corredores de transporte para que los suministros médicos pudieran llegar a cualquier país de la UE que los necesitara, y ofreció asistencia también a los países candidatos de los Balcanes occidentales, pero la imagen inicial de insolidaridad ya había quedado marcada.

Lacrisis del coronavirus es un nuevo ejemplo de que la libre circulación de personas no es compatible con una integración a medias, tanto a nivel sanitario como económico y monetario. Cualquier restricción a la circulación de personas en el espacio Schengen debería partir de la UE, y no de decisiones individuales que envían una pésima señal. Lo malo es que esto requiere niveles de coordinación hoy inexistentes (FEÁS, 2020).

La crisis del Covid-19 aceleró los acontecimientos en la vecindad Este, Sur y en los Balcanes. La petición de ayuda sanitaria que lanzó el presidente serbio Alexander Vucic (ALONSO, 2020) a China, al inicio de la pandemia, alertó a la UE respecto a su vecindario en Balcanes Occidentales y África.

La apertura de negociaciones con Macedonia del Norte y Albania se inició durante la crisis al ver como Serbia pedía ayuda a China. Además, Bruselas lanzó el paquete económico Team Europe para ayudar a los países más vulnerables de África, y a la vecindad de la UE: los Balcanes Occidentales, los países socios orientales, Oriente Medio, partes de Asia y el Pacífico, América Latina y el Caribe. Un fondo de 20.000 millones de euros que combina recursos de la UE, sus Estados miembros e instituciones financieras, en particular el Banco Europeo de Inversiones y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo.

La vecindad Este recibirá 140 millones de euros para las necesidades más inmediatas de estas naciones y está redirigiendo los recursos financieros existentes por valor de hasta 700 millones para ayudar a mitigar las consecuencias económicas de la crisis del coronavirus (COMISIÓN EUROPEA, 2020c). En África, Bruselas anunció un plan de ayuda de 3.800 millones de euros y 80 millones para laboratorios de pruebas de coronavirus africanos conectados a la Fundación Gates.

Bruselas también lanzó una estrategia con el fin de centralizar la compra y distribución de las vacunas, en función de la población de cada país. Bruselas defiende la coordinación, pero los resultados no están a la altura de las expectativas. Los retrasos y problemas de reparto con la vacuna de AstraZeneca han dado lugar a que algunos países actúen por su cuenta. Así, Hungría ha autorizado la vacuna rusa Sputnik V y la china Sinopharm. Eslovaquia y República Checa también han decidido de manera unilateral comprar la rusa, que es utilizada por la propaganda de Moscú para lavar su imagen. Y Austria está en contacto con Rusia e Israel para las vacunas de segunda generación.

Pero el frente de las compras no es el único que tiene abierto Bruselas, el pasaporte de vacunación también divide a los 27, defendido por España, Grecia o Austria, mientras que Holanda Bélgica o Francia recelan del mismo para evitar la discriminación de los ciudadanos.

5. LAS MEDIDAS ECONÓMICAS DE LA UE

Conforme avanzó la crisis, también comenzaron las divisiones económicas entre los países del Norte y del Sur de Europa. El Banco Central Europeo afirmó que “no estaba aquí para reducir los diferenciales de deuda”, pero tras la caída de los mercados financió con 750.000 millones de euros medidas frente a la crisis económica que se avecinaba, y la Comisión anunció también un paquete de

instrumentos que, iban desde un fondo para ayudar a los trabajadores a mantener sus ingresos, y a las empresas, a mantenerse a flote; a la repatriación de europeos o a un procedimiento de adquisición conjunta de equipos de protección.

5.1. Next Generation EU

El Consejo Europeo (2020) tardó unos meses en poner en marcha un plan de reactivación de la economía europea, hasta que aprobó el Fondo de Recuperación que asciende a valor de 750 mil millones de euros (390 mil millones en subvenciones y 360 mil millones en préstamos a largo plazo) el pasado verano. El *Next Generation EU* es un instrumento que prioriza a las economías más afectadas por la pandemia, como la italiana o la española, que pese a ser excepcional y temporal (entre 2021 y 2024), no deja de ser un punto de inflexión decisivo al crear deuda europea, sin ejercer presión adicional sobre los presupuestos nacionales. Para facilitar el reembolso de la financiación obtenida del mercado, la Comisión propondrá nuevos recursos propios adicionales.

El paquete de recuperación para contrarrestar los efectos de la pandemia tiene dos metas fundamentales; la transición ecológica y la transformación digital que junto a un mercado único más fuerte dará lugar a nuevas formas de crecimiento. Como subraya el Consejo Europeo (2020b) “un objetivo clave de la Unión es alcanzar una autonomía estratégica al tiempo que se mantiene una economía abierta”.

La razón principal para que ese fondo funcione es que la economía europea podría acabar muy dañada y de este modo su política exterior no será decisiva en el mundo. Si Europa no responde de manera rápida y eficaz a la pandemia, podríamos ver un incremento significativo del euroescepticismo en Italia e incluso en España. En ambos países, los primeros días de la epidemia y el cierre de las fronteras deterioraron la imagen de la UE⁵. La tendencia populista, previa al Covid-19, también podría aumentar en Francia o en los países de Visegrado. Mantener la estabilidad interna y el crecimiento económico para poder exhibir fortaleza en el exterior requieren de una moneda fuerte, reformas en la política industrial y de competencia para poder competir con gigantes asiáticos y

5

Según una encuesta de Monitor Italia publicada el 13 de marzo (Lazard, M. 2020), el 88% de los italianos cree que la Unión Europea no está ayudando a Italia en su lucha contra el coronavirus. El 67% considera que pertenecer a la UE es una desventaja en comparación con el 47% en noviembre de 2018, la fecha de la encuesta anterior. En España, según una encuesta de Metroscopia, del conjunto de las instituciones, la que peor sale parada en cuanto a la actuación durante la crisis coronavirus es la Unión Europea, que apenas recaba un 19% de valoración positiva en comparación con el gobierno central que recibe un 40% de apoyo, las Comunidades Autónomas que aprueban con un (60%) y los ayuntamientos, que son los mejor valorados por el 76% de los encuestados.

norteamericanos y soberanía digital que permita no solo ser un poder regulador sino un jugador con empresas punteras en el ámbito tecnológico.

5.2 Un euro fuerte y reformas en la política industrial y de competencia

Además de la recuperación económica, la UE necesita una moneda fuerte a nivel internacional. Como explica Van Middelaar (SUANZES, 2019) el euro es débil internacionalmente, si se compara con el dólar; y la UE “no puede tener una política exterior autónoma sin una divisa fuerte”. Los problemas de la UE para mantener el acuerdo nuclear de Irán o las presiones de Washington a las empresas que construyen el Nord Stream II, provienen de unos EE.UU. que utilizan como arma extraterritorial la posición dominante del dólar en el sistema financiero mundial.

Para que Europa pueda ser soberana y contrarreste a potencias como China debe eliminar obstáculos al sector servicios en el mercado único, reformar el marco legal de la política de competencia y crear una nueva estrategia industrial, que reduzca la dependencia estratégica en ámbitos débiles o sensibles como la salud, mediante la diversificación de las cadenas de producción y suministro, la constitución de reservas estratégicas y el fomento de la producción y la inversión en Europa. Sin embargo, este objetivo no está exento de contradicciones porque la UE es la mayor potencia comercial del mundo con unas exportaciones del 15,4% de su producción económica, según el Banco Mundial; y la autonomía estratégica podría ser un órdago proteccionista más que fomentar “campeones europeos” que puedan competir a escala mundial con China o los EE.UU. La política de competencia deberá crear un entorno regulador y un marco de ayudas de Estado que propicien la innovación. La UE tiene previstas nuevas alianzas industriales sobre equipos médicos, microprocesadores, redes de telecomunicaciones seguras, industrias con bajas emisiones de carbono, baterías eléctricas o hidrógeno limpio. La autonomía de la UE también deberá llegar al sector espacial y a una base industrial de defensa más integrada.

5.3 Apostar por la soberanía digital

La UE tiene un gran poder normativo en el ámbito digital, pero carece de empresas punteras en el sector. Para acelerar la transición digital y garantizar su soberanía tecnológica, la UE deberá construir un mercado único digital, que proporcione un marco interno que permita a las empresas europeas crecer y expandirse. Europa debe definir sus propias normas, tomar decisiones tecnológicas autónomas y desarrollar y desplegar capacidades e infraestructuras digitales estratégicas, si quiere ser

soberana. La Comisión Europea (2020d) ha empleado el término de soberanía tecnológica para referirse a la autonomía estratégica europea en los ámbitos de la tecnología, la industria, la digitalización, los datos y la inteligencia artificial, para afrontar una creciente competición global. Con el fin de conseguirlo la UE ya ha puesto en marcha su capacidad legal para configurar normas mundiales y abrirse a las empresas que respeten la legislación europea. Asimismo, el 20% del fondo de recuperación se destinará al desarrollo de las nuevas tecnologías digitales (superordenadores, informática cuántica, cadena de bloques e inteligencia artificial), de capacidades en las cadenas de valor digitales estratégicas (como los microprocesadores); acelerar el despliegue de infraestructuras de redes seguras y de alta capacidad (fibra y 5G) en toda la Unión Europea; y mejorar la capacidad de la UE para protegerse frente a las ciberamenazas.

La UE ya ha puesto en marcha una Estrategia Europea de Datos⁶ para proteger la privacidad y los datos de los europeos; y una nube de datos a escala de la UE (Gaya X) para que el procesamiento de datos, industriales o de los de los consumidores, sea realizado por empresas europeas y conseguir la independencia digital de los gigantes tecnológicos de los EE.UU. que dominan casi el 75% del mercado.

En cuanto a las redes 5G, la UE quiere que se apliquen las restricciones pertinentes a los proveedores que se consideren de alto riesgo para recursos críticos y sensibles; y se pidió a todos los Estados miembros que presentasen a la Comisión, sus planes nacionales sobre la implantación de la 5G.

6. AUJE DEL NACIONALISMO TRAS LA PANDEMIA

El nacionalismo es otra de las tendencias que podrían ir al alza tras la Covid-19, ya que desde el principio de la crisis se ha recurrido al Estado Nación que tiene “las fortalezas financieras, organizativas y emocionales de las que carecen las instituciones globales (RACHMAN, 2020)”. La pandemia también mostró la fragilidad de las cadenas de suministro mundiales y reforzó las tendencias proteccionistas, la localización de la producción, las ayudas nacionales a empresas y los controles fronterizos más estrictos. Como dice Rachman (2020) “el peligro es que el resurgimiento del Estado-nación se deslizará hacia un nacionalismo descontrolado, lo que provocará una caída en el comercio mundial y el casi abandono de la cooperación internacional”. Un escenario que

⁶A European strategy for data COM/2020/66 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX%3A52020DC0066>.

perjudicaría a la UE como organización supranacional en la que los controles fronterizos casi habían desaparecido.

La pandemia podría convertirse en un gran enemigo de la globalización a medida que crecen los impulsos proteccionistas a nivel comercial, que también pueden surgir desde movimientos en defensa del medio ambiente contrarios a los viajes aéreos y que claman por acercar la producción al consumidor. En la derecha, la tendencia antiinmigratoria y contra los refugiados también podría agudizarse.

Tras el cierre temporal de fronteras durante la crisis habrá que ver qué sucede cuando acabe la pandemia; pues algunos líderes políticos populistas en Hungría⁷ o Italia (TONDO, 2020) conectaron la expansión del virus con los refugiados y buscaron establecer controles fronterizos más estrictos. Algunos como Macron (MALLET y KHALAF, 2020) no ocultaron su preocupación de que el cierre de fronteras, la interrupción económica y la pérdida de confianza en la democracia fortalecerán la mano de los autoritarios y populistas, que han intentado explotar la crisis, por eso ve necesario apoyar a los más afectados por la pandemia. Otros, creen que la crisis puede rehabilitar la cooperación internacional y devaluar el enfoque más populista y nacionalista que se ha mostrado incapaz de gestionar con éxito la Covid-19.

Además, si Beijing demuestra su eficiencia para contener el virus frente a una desacertada gestión de Estados democráticos occidentales como Estados Unidos; el modelo chino podría emerger como una referencia para la corriente global antiliberal.

7. MULTILATERALISMO Y GOBERNANZA GLOBAL

El coronavirus, que es un problema global, tendría una mejor solución con un sistema de gobernanza global y no nacional. En el contexto geopolítico actual la cooperación global es difícil, incluso con una pandemia donde el multilateralismo sería más necesario que nunca, ya que el aislamiento de los Estados no conduce a la solución del problema. El multilateralismo como proceso de toma de decisiones colectivas basado en reglas es el legado de política exterior del presidente estadounidense Woodrow Wilson, que proyectó en la Liga de las Naciones tras la I Guerra Mundial. La ONU y otros órganos multilaterales globales, como la Organización Mundial de la Salud (OMS),

⁷Gobierno de Hungría. Hungary to suspend admission of illegal migrants to transit zone indefinitely. March 1, 2020. Disponible en: <https://www.kormany.hu/en/news/hungary-to-suspend-admission-of-illegal-migrants-to-transit-zone-indefinitely>.

han sido herederos del impulso wilsoniano, que ahora parecen estar en cuestión tras el ascenso del nacionalismo y el populismo en Europa y Estados Unidos.

En un momento de necesidad de gobernanza global, las instituciones multilaterales parecen paralizadas. Ni el G7 ni el G20 han coordinado una estrategia de estímulo económico mundial ni han impuesto una moratoria a las medidas proteccionistas para evitar que los aranceles profundicen la recesión. Por su parte, la ONU no pudo acordar la convocatoria de una sesión de emergencia del Consejo de Seguridad hasta principios de abril. Si a nivel político el Consejo de Seguridad de la ONU no se ha pronunciado sobre la necesidad de una mayor cooperación internacional contra el virus, se refuerza la sensación de una división global (BALLESTEROS, 2020). La Organización Mundial de la Salud (OMS), que ha estado infra-financiada durante décadas, se convirtió en un chivo expiatorio para Trump que dejó de financiarla y salió de la misma por su cercanía a China (RUDD, 2020). Sin embargo, el presidente Biden ha devuelto a los EE.UU. a la OMS.

Para Narlikar (2020), pensar que Trump, con sus retiradas de instituciones multilaterales o la guerra comercial, era la raíz del declive del multilateralismo desvía la atención sobre China, que es otra causa grave del mismo, pese a presentarse como adalid de la globalización y de sus instituciones. Beijing también cuestiona el sistema multilateral de postguerra con sus iniciativas geoestratégicas como la Nueva Ruta de la Seda cuyos acuerdos se negocian a nivel bilateral.

Alemania y Francia y más de 50 ministros de Asuntos Exteriores se reunieron en Nueva York al margen de la Asamblea General de la ONU en otoño de 2019 para el lanzamiento oficial de la “Alianza para el multilateralismo⁸⁹”, una respuesta frente al creciente nacionalismo y las rivalidades geopolíticas

Ahora que vemos un retorno a la geopolítica de las grandes potencias como China o Rusia, mediante el uso de instrumentos militares y económicos; el multilateralismo puede ser una herramienta apropiada para potencias medias o pequeños países (BENNER, 2019). Los Estados Unidos de Trump se alejaron o mostraron poca confianza en las instituciones multilaterales como la ONU, la OMC o la OTAN; mientras China creaba sus propias instituciones multilaterales como el Banco Asiático de Inversión en Infraestructura; y se configuraba como alternativa para otros países asiáticos, africanos o latinoamericanos.

8

⁹ La Alianza para el Multilateralismo tiene tres objetivos: en primer lugar, defender las normas y acuerdos internacionales donde se violan o se ven presionados. Segundo, quiere reformar la arquitectura existente para hacerla más inclusiva y efectiva. Y tercero, quiere impulsar acuerdos multilaterales en áreas que aún no han sido reguladas

La Alianza para el Multilateralismo es una red suprarregional de estados afines que se esfuerzan activamente por preservar y desarrollar aún más el orden internacional basado en normas. Para Benner (2019) es una red flexible que puede actuar como catalizador para la resolución de problemas globales en diferentes configuraciones. No es un club de democracias liberales, sino que también está abierto a países no democráticos, según el tema que se trate. En el combate contra una pandemia como el Covid-19 o para afrontar una crisis climática tiene poco sentido diferenciar entre los Estados de acuerdo con su régimen político. Las democracias liberales y las economías de mercado tendrán que trabajar con regímenes autoritarios si quieren abordar estos problemas.

La UE tiene una oportunidad con el Covid-19 para apostar por la vía multilateral y lo ha hecho al liderar, por ejemplo, la conferencia de donantes (SÁNCHEZ, 2020) que recaudó 7.500 millones de euros para coordinar la búsqueda de una vacuna y su distribución posterior de manera igualitaria.

Europa también debe liderar la reforma del sistema de gobernanza económica mundial, a partir de un programa de libre comercio ambicioso con la OMC como eje central, mientras se protege de prácticas injustas y abusivas como las subvenciones a empresas extranjeras en el mercado único, se garantiza la reciprocidad de acceso a los mercados de las empresas y se pone en marcha un instrumento internacional de contratación pública. La UE también debería ser capaz de usar instrumentos comerciales punitivos como la imposición de aranceles a las importaciones de bienes y mercancías que se producen en el exterior con estándares medioambientales bajos tal y como marca el Pacto Verde.

De momento, la Comisión Europea (2020b) ya ha puesto en marcha una estrategia para reforzar la contribución de la UE a un multilateralismo basado en normas. La propuesta subraya el uso de los instrumentos de que dispone la UE, diplomáticos y financieros, para fomentar la paz y la seguridad mundiales, defender los derechos humanos y el Derecho internacional, y promover soluciones multilaterales a los desafíos mundiales. La UE también promoverá la modernización de la OMS y la OMC y liderará la formulación de nuevas normas mundiales y la creación de plataformas de cooperación en ámbitos como la fiscalidad, el mundo digital o la inteligencia artificial (COMISIÓN EUROPEA, 2020b). En su estrategia la UE apuesta por crear nuevas alianzas con terceros países y por colaborar con la sociedad civil y el sector privado.

CONCLUSIONES

La gobernanza de la globalización no está en auge, el comercio internacional crece a un ritmo más lento y la fragmentación política y las tensiones prevalecen en la política internacional. La retirada de los EE.UU. con Trump y la lenta vuelta con Biden a las instituciones internacionales, su confrontación con una China, que compite en poder blando con sus rivales y, que cada vez ocupa más espacio a nivel internacional, como en el sistema de la ONU, debilita el multilateralismo (DUCLOS, 2020). La llegada de Biden a la Casa Blanca podría revertir la situación, pero habrá que esperar.

Mientras tanto, la UE tiene mucho que perder a nivel geopolítico y, para evitarlo, Bruselas debe superar la crisis de solidaridad, que se ha percibido desde que el virus entro en la UE, con una mejora de la coordinación sanitaria y de la libre circulación en el espacio Schengen, y con medidas económicas que permitan reflotar el hundimiento de la economía europea como el *Next Generation EU*. Según Techau (2020) “el plan de recuperación económica necesita el liderazgo de Alemania, si Europa quiere jugar un papel más importante en el mundo y tener una política exterior más fuerte y coherente”. El plan de reconstrucción debería tener una visión geopolítica para ayudar a que las empresas críticas no caigan en manos de China o Rusia.; de ahí que la comisaria de Competencia, Margrethe Vestager, evite esa competencia injusta y permita que los Estados actúen si es necesario (ESPINOZA, 2020). Si Europa es más que un área monetaria, ha llegado el momento de demostrarlo, de lo contrario los nacionalismos están preparados para tomarla y dirigirla hacia el intergubernamentalismo o su disolución.

Como señala Borrell (2020) “la pandemia aumentará probablemente la dinámica geopolítica existente y pondrá a prueba la fortaleza de los sistemas democráticos de Europa,” por eso aboga por “un nuevo tipo de globalización capaz de lograr un equilibrio entre las ventajas de los mercados abiertos y la interdependencia, y entre la soberanía y la seguridad de los países”. Desde Bruselas se defiende una mayor autonomía y diversificación en los suministros del sector de la salud y en las tecnologías, para evitar la fuerte dependencia de China; y también de controles más estrictos sobre la inversión extranjera y las distorsiones de la competencia causadas por países no europeos; y un mayor liderazgo en la gobernanza global para evitar la destrucción del sistema multilateral. Estas nuevas herramientas de política industrial, de competencia, económicas, comerciales y tecnológicas además de las de seguridad y defensa, deberían servir a la UE para posicionarse de manera autónoma frente a China, EEUU, Turquía o Rusia usando el lenguaje del poder, pero sin dejar de lado su apuesta por el multilateralismo y las sociedades abiertas.

El *softpower* de la UE también debe recuperarse tras las campañas de China y Rusia en los países más afectados por el virus (POPESCU, 2020); y la vecindad del Este, los Balcanes y el Sur de Europa tienen que estar en el punto de mira de la UE para mitigar la influencia de Moscú, Beijing y Ankara. Borrell defiende una Europa geopolítica conectada a la autonomía estratégica, como se deduce cuando subraya que la UE debe “aprender a usar el lenguaje del poder” y necesita una “cultura estratégica” o cuando apuesta por reforzar la capacidad militar de la UE para ser geopolíticamente más relevante (EUROPEAN PARLIAMENT (2019b)). Es posible que esta concepción más pegada a la política de seguridad y defensa no sea posible a corto y medio plazo por la dependencia militar de la OTAN y las nuevas prioridades económicas que acuciarán a Europa tras esta crisis. Para hacer frente a China o jugar a su mismo nivel y al de EE.UU., la UE debería apostar por la interdependencia estratégica a través del comercio internacional, una moneda fuerte, un mercado único más completo, la cooperación al desarrollo, la lucha contra el cambio climático, una mayor digitalización de la economía y una política de migración europea. El Covid-19 es una oportunidad para que, desde la fortaleza interna, Europa haga hincapié en la multilateralidad y la cooperación internacional en un mundo que retorna a la geopolítica.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, Ana. Serbia acusa a la UE: La solidaridad europea no existe. China es la única solidaria. **El Independiente**. 16 marzo 2020. Disponible en: <https://www.elindependiente.com/politica/2020/03/16/serbia-acusa-a-la-ue-la-solidaridad-europa-no-existe-china-es-la-unica-solidaria/>. Consultado en: 26 feb. 2021.

BARBE, Esther. Multilateralismo: Adaptación a un mundo con potencias emergente, en **Revista Española de Derecho Internacional** (REDI), v. LXII, BOE, Madrid, 2010. pp. 21- 50.

BENNER, Thorsten. What’s Left of Multilateralism? Putting Six Hypotheses to the Test. **Internationale Politik**. 04 nov. 2019.

BORRELL. Josep. The post-Coronavirus world is here already. **EuropeanExternalService**. 24 April, 2020. En https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/78098/The%20post-Coronavirus%20world%20is%20here%20already. Consultado en: 27 feb. 2021.

CAIRO CAROU, Heriberto. (1993) “Elementos para una Geopolítica Crítica: tradición y cambio en una disciplina maldita”. **Eria**, n. 32, p. 195-213.

COMISIÓN EUROPEA (2019) European Commission and HR/VP contribution to the European Council. **EU - China - A strategic Outlook**.

COMISIÓN EUROPEA (2020a) Comunicación: **La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19**: contrastando los datos. JOIN/2020/8 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020JC0008>. Consultado en: 28 dic. 2020.

COMISIÓN EUROPEA (2020b) Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo. Hacia una estrategia global con África. JOIN/2020/4 final. Bruselas. 9 mar. 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/international-partnerships/system/files/communication-eu-africa-strategy-join-2020-4-final_en.pdf. Consultado en: 28 dic. 2020.

COMISIÓN EUROPEA (2020c) Coronavirus: European Union launches “Team Europe” package to support partner countries with more than €20 billion. 8 abril. Disponible en: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/77326/coronavirus-european-union-launches-%E2%80%9Cteam-europe%E2%80%9D-package-support-partner-countries-more-%E2%82%AC20_en. Consultado en: 28 dic. 2020.

COMISIÓN EUROPEA (2020d) Shaping Europe’s digital future”, 19 feb. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/publications/communication-shaping-europes-digital-future_es Consultado en: 28 dic. 2020d.

COMISIÓN EUROPEA. **EU - China Comprehensive Agreement on Investment (CAI)**: list of sections. Brussels, 22 jan. 2021. Disponible en: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237>. Consultado en: 5 feb. 2021a

COMISIÓN EUROPEA. **Un multilateralismo renovado listo para el siglo XXI**: la agenda de la UE. 17 feb. 2021 Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_622 Consultado en: 1 mar. 2021b.

CONSEJO EUROPEO (2020a) Conclusions of the President of the European Council following the video conference of the members of the European Council. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/23/conclusions-by-president-charles-michel-following-the-video-conference-with-members-of-the-european-council-on-23-april-2020/> Consultado en: 5 en. 2021.

CONSEJO EUROPEO. **Reunión extraordinaria del Consejo Europeo**. 1 y 2 de octubre de 2020. Conclusiones. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13-2020-INIT/es/pdf>. Consultado en: 20 dez. 2020b.

CONSEJO EUROPEO (2020c) **Declaración de Zagreb**, 6 mayo 2020. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/media/43777/zagreb-declaration-es-06052020.pdf>. Consultado en: 10 abr. 2021.

DRENT, Margriet. European strategic autonomy: going it alone. **Clingendael**. 8 aug. 2018.

DUCLOS, Michel. Is COVID-19 a Geopolitical Game-Changer? **Institut Montaigne**. 24 March, 2020. Disponible en: <https://www.institutmontaigne.org/en/blog/covid-19-geopolitical-game-changer> Consultado 10 abril 2020. Consultado en: 20 abr. 2020.

EL CONFIDENCIAL El dilema chino con la deuda: ¿de aliado con el coronavirus a usurero implacable? Disponible en: <https://www.elconfidencial.com/mundo/2020-04-20/el-dilema-chino->

[con-la-deuda-de-aliado-con-el-coronavirus-a-usurero-implacable_2556315/](#). Consultado en: 20 abr. 2020.

ESPINOZA, Javier. Vestager urges stakebuilding to block Chinese takeovers. **Financial Times**, 12 April, 2020. Disponible en: <https://www.ft.com/content/e14f24c7-e47a-4c22-8cf3-f629da62b0a7>. Consultado en: 20 abr. 2020.

EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. European Unión Global Strategy. Three Years on, looking forward. 2019. Disponible en: https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_global_strategy_2019.pdf. Consultado en: 23 en. 2021.

EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE. Accession talks with Albania and North Macedonia and the EU's commitment to the Western Balkans, 2020. Disponible en: https://eeas.europa.eu/regions/western-balkans/76696/accession-talks-albania-and-north-macedonia-and-eu%E2%80%99s-commitment-western-balkans_en. Consultado en: 23 en. 2021.

EUROPEAN PARLIAMENT. 2019a. Hearing with High Representative/Vice President-designate Josep Borrell. 7 Octubre 2019 Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190926IPR62260/hearing-with-high-representative-vice-president-designate-josep-borrell> Consultado en: 23 abr. 2020

EUROPEAN PARLIAMENT. 2019b. Opening Statement in the European Parliament Plenary Session. Ursula von der Leyen, Candidate for President of the European Commission. Strasbourg, 16 jul. Disponible en: https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-19-4230_en.htm. Consultado en: 23 abr. 2020.

FEÁS, Enrique. Las lecciones para Europa del coronavirus. **Real Instituto Elcano**, 2020.

GONZÁLEZ DEL MIÑO, Paloma; ANGUITA OLMEDO, Concepción (2014). State and multilateralism, a theoretical approach. transformations in a globalized international society. **Janus.net - e-journal of international relations**, v.4, n. 2, pp. 69-83. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4135/413534060005>. Consultado en: 3 mar. 2021.

KEMPIN, R. AND KUNZ, Barbara. France, Germany and the Quest for European Strategic Autonomy, **Notes du Cerfa** 141, December 2017, p. 10. Disponible en: https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/ndc_141_kempin_kunz_france_germany_european_strategic_autonomy_dec_2017.pdf. Consultado en: 15 abr. 2020.

LAZARD, Marc. Italy, Coronavirus and the European Union. **Institut Montaigne**, 2020. Disponible en: <https://www.institutmontaigne.org/en/blog/italy-coronavirus-and-european-union>. Consultado en: 20 feb. 2021.

MALLET, Victorand KHALAF, Roula. Interview: Emmanuel Macron says it is time to think the unthinkable. **Financial Times**, 2020. Disponible en <https://www.ft.com/content/3ea8d790-7fd1-11ea-8fdb-7ec06edeef84?shareType=nongift>. Consultado en: 24 feb. 2021.

MARÍN, Ainhoa. La nueva estrategia de la UE: ¿con África o para África? **Real Instituto Elcano**. Disponible en: <https://blog.realinstitutoelcano.org/la-nueva-estrategia-de-la-ue-con-africa-o-para-africa/>. Consultado en: 17 jun. 2020.

MEYER, Christopher. **The Quest for a European Strategic Culture**: changing norms on security and defence in the European Union. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007.

MOLINA, María José.; BENEDICTO, Miguel Ángel. Autonomía Estratégica en seguridad y defensa: una anhelo geopolítico que no se hace realidad en al Unión Europea. **Revista UNISCI**, n. 55, en., 2021.

POPESCU, Nicu. Howthe coronavirus threatens a geopoliticalEurope. **ECFR**. Disponible en: https://www.ecfr.eu/article/commentary_how_the_coronavirus_threatens_a_geopolitical_europe. Consultado em: 30 mar. 2020.

RACHMAN, Gideon. Nationalism is a side effect of coronavirus. Financial Times, March 23, 2020. Disponible en: <https://www.ft.com/content/644fd920-6cea-11ea-9bca-bf503995cd6f>. Consultado en: 13 abr. 2020.

RUGGIE, John Gerard. **Multilateralism**: the anatomy of an institution en international organization, v. 46, n. 3, 1992, summer.

RUSELL MEAD, Walter. The Return of Geopolitics. The Revenge of the Revisionist Powers. **Center for Geopolitical Analyses**. 22 ap. 2014. Disponible en <http://icmu.nyc.gr/%20The-Return-of-Geopolitics,-The-Revenge-of-the-Revisionist-Powers>. Consultado en: 30 en. 2021.

SÁNCHEZ, Angeles. La UE intenta liderar el esfuerzo para coordinar la búsqueda global de una vacuna. **El País**. Bruselas, 4 mayo 2020.

SANAHUJA, José Antonio. Narrativas del Multilateralismo: “efecto Rashomon y cambio de poder”, en **Revista CIDOB d’AffersInternacionals**, n. 101, abr. 2013, Barcelona, pp. 27- 54.

SUANZES, Pablo. Entrevista a Luuk Van Middelaar: "No vamos a ser unos Estados Unidos de Europa en los próximos 50 años." **El Mundo**, 17 jul. 2019. Disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2019/07/17/5d2e0432fdddff72398b4675.html> Consultado 18 abril 2020. Consultado en: 30 dec. 2020.

TONDO, Lorenzo. Salvini attacks Italy PM over coronavirus and links to rescue ship. **The Guardian**. 24 febr. 2020. Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2020/feb/24/salvini-attacks-italy-pm-over-coronavirus-and-links-to-rescue-ship> Consultado en: 26 feb. 2021

TECHAU, Jan. Saving Europe from corona's nasty geopolitics, **Euobserver**. 14 abril 2020. Disponible en: <https://euobserver.com/opinion/148057>. Consultado en: 10 abr. 2020.

VAJDIC, Daniel. The Geopolitical Cost of Battling the Coronavirus Separately (China Will Win). **The NationalInterest**. 8 apr. 2020.

AUTOR:

Miguel Angel Benedicto Solsona

Doctor en Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid. Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza, en Ciencias de la Información por la UCM y en Ciencias Políticas por la UNED. Sus áreas de investigación son la Unión Europea (política exterior, seguridad y defensa y política

de comunicación) y la diplomacia pública. Es miembro del equipo de investigación del proyecto "La diplomacia pública de las megaciudades iberoamericanas: estrategias de comunicación y poder blando para influir en la legislación ambiental global". Como profesor, también colabora con la Universidad Europea de Madrid y la Universidad Pontificia Comillas. Como consultor, ha trabajado para el Parlamento Europeo y la Comisión Europea en distintas etapas. Como periodista, colabora con distintos medios, y ha sido jefe de Internacional de Telemadrid y miembro del equipo fundador de La Razón. Es co-presidente del Itinerario Cultural Europeo Vía Carlomagno y ha sido miembro del Board del Movimiento Europeo Internacional.

E-mail: mibenedi@ucm.es

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9447-8288>

LA POLÍTICA COMÚN DE SEGURIDAD Y DEFENSA DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA VISIÓN DESDE EL PARLAMENTO EUROPEO

María Isabel Nieto Fernández
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto analizar la Política Común de Seguridad y de Defensa (PCSD) de la Unión Europea (UE) como parte integral de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) desde la perspectiva del Parlamento Europeo (PE), institución de la UE que viene desempeñando un papel de supervisión y vigilancia en este ámbito competencial eminentemente intergubernamental, de acuerdo con el Tratado de Lisboa. La seguridad, que según los últimos eurobarómetros es una cuestión que preocupa a los ciudadanos de la UE, es una política transversal que en las sociedades democráticas requiere del apoyo y del compromiso de la opinión pública. Cada vez más voces abogan por requerir -en asuntos específicos- de una mayoría cualificada en el proceso de la toma de decisiones. Sin embargo, ¿hasta qué punto esa preocupación se fundamenta en un conocimiento del estado de la situación en el mundo y de las amenazas a las que se enfrenta la UE en los próximos años? y, ¿hasta qué punto está Europa preparada para responder a dichas amenazas de manera autónoma, ágil, coordinada y contundente a la vez que respeta los principios y valores que la han guiado hasta ahora? Analizar los avances que se han realizado en la Unión Europea persiguiendo este objetivo, profundizar en los desafíos a los que se enfrenta la PESC para contribuir a él, y dilucidar cuál es y debe ser el papel del PE para alcanzarlo serán los retos que afrontaremos a los largo de las estas líneas.

Palabras clave: Política Común de Seguridad y de Defensa (PCSD). Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). Parlamento Europeo (PE).

COMMON SECURITY AND DEFENSE POLICY OF THE EUROPEAN UNION: A VIEW OF THE EUROPEAN PARLIAMENT

ABSTRACT

This article aims to analyze the Common Security and Defense Policy (CSDP) as an integral part of the Common Foreign and Security Policy (CFSP) of the European Union (EU) from the perspective of the European Parliament (EP), an institution of the EU that it has been playing a role of supervision and surveillance in this area of eminently intergovernmental competence, in accordance with the Lisbon Treaty. Security, which according to the latest Eurobarometers is an issue that worries EU citizens, is a cross-cutting policy in democratic societies that requires the support and commitment of public opinion. More and more voices advocate requiring - in specific matters - a qualified majority in the decision-making process. However, to what extent is this concern based on an understanding of the state of the world situation and the threats the EU faces in the coming years? And to what extent is Europe prepared to respond to these threats in an autonomous, agile, coordinated and at the same time forceful manner while respecting the principles and values that have guided it up to now? Analyze the progress that has been made in the European Union in pursuit of this objective, delve

into the challenges facing the CFSP in order to contribute to it, and elucidate what the role of the EP is and should be to achieve it will be the challenges we will face them along these lines.

Keywords: Common Security and Defense Policy (CSDP) as an integral part of the Common Foreign and Security Policy (CFSP). European Parliament (EP)

Recebido em: 09/07/2021

Aceito em: 12/07/2021

INTRODUCCIÓN

La Unión Europea es una de las Organizaciones Internacionales (OI) más destacadas que contribuye al fortalecimiento de la paz y la seguridad internacional de acuerdo con los objetivos de la Carta de Naciones Unidas (ONU). Y el marco de actuación de los estados miembros de la Unión en materia de seguridad y defensa lo facilita la denominada Política Común de Seguridad y Defensa, de acuerdo con el principio de atribución de competencias establecido en el Tratado de Lisboa, en vigor desde 2009, que ofrece un marco para las estructuras políticas y militares de la Unión y para sus misiones y operaciones militares y civiles fuera de su territorio' (LEGRAND, 2020, p.1). Ese mismo Tratado ha fortalecido el papel que viene desempeñando el PE -máxima cámara de representación de los ciudadanos de la Unión- en este ámbito.

Basta con echar un vistazo a cualquier cadena de noticias internacional para vislumbrar que nos encontramos inmersos en lo que se ha venido en llamar un entorno VUCA, acrónimo acuñado por el Colegio de Guerra del Ejército de los EEUU para describir las condiciones resultantes de la Guerra Fría, y creado a partir de las palabras inglesas equivalentes a volátil, incierto, complejo y ambiguo. A la pérdida de liderazgo de EEUU en los asuntos globales ligada a la breve pero disruptiva administración Trump –que propicia el abandono del Acuerdo de París contra el calentamiento global, la suspensión de su participación en el Tratado sobre Fuerzas Nucleares de Alcance Intermedio (INF), su retirada de la UNESCO, la ruptura del Acuerdo nuclear con Irán entre otros- y su dramático final al borde de una crisis constitucional, se ha unido a la crisis que ha supuesto para Europa el Brexit, con una dolorosa y perturbadora salida del Reino Unido de la Unión en enero de 2020 -aunque los británicos realmente, nunca mostraron un gran interés en la PCSD, de hecho se opuso a cualquier progreso ‘y su contribución de efectivos en ejercicios y misiones fue mínima’- (López, 2018, p.17).

Estos dos hechos no vienen más que a acentuar la situación de fragilidad sobrevenida al multilateralismo de los últimos años, que sobre un escenario aún convulso tras los múltiples y aún sangrantes conflictos que han afectado en las últimas décadas a los países de Oriente Medio y el Norte de África (MENA por sus siglas en inglés) con ramificaciones terroristas en el resto del mundo, se ha agravado tras la renuncia de las grandes potencias a progresar en los acuerdos sobre el control de armas, la retirada de Rusia del Tratado de Cielos Abiertos, la creciente asertividad de China -el aspirante a hegemón- y su potente estrategia de colonización económica, las veleidades de Turquía en el Mediterráneo oriental, que ha desafiado e incluso amenazado a países europeos presentes en la zona como Chipre, Grecia y hasta Francia, el creciente uso por parte de Rusia, China, Irán, Corea del Norte y otros países ‘gamberros’ de ciberataques y actividades orquestadas de desinformación a través de la inyección y propagación de noticias falsas con el fin de desestabilizar los procesos

democráticos de países occidentales, o el uso de métodos heredados de la Guerra Fría como los envenenamientos selectivos para desactivar a miembros de sus incipientes oposiciones, los encarcelamientos y desapariciones de periodistas o las pulsiones genocidas sobre etnias ‘molestas’ para la uniformidad de sus poblaciones, la UE se ve en la obligación de reflexionar en la seguridad y en la defensa que quiere y que puede. A todo ello se le añade la pandemia del SARS-CoV-2, más conocida como COVID-19, que viene asolando al mundo desde hace más de un año, y que desde entonces ha pasado a la primera posición en la agenda política europea y mundial y que amenaza con graves consecuencias económicas, políticas, sociales y geopolíticas.

La PCSD es una parte esencial de la PESC, que está vinculada, de manera intrínseca, al papel que desarrolla y puede desarrollar la UE en el mundo. David McAllister, presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del PE (AEFT por sus siglas en inglés) manifestó recientemente que ‘La UE tiene un potencial sin explotar con respecto a su Política Exterior y de Seguridad Común. Solo podemos intensificar nuestro liderazgo en el escenario internacional como el ‘socio preferido’ de terceros si estamos unidos y trabajamos juntos’ (McAllister, 2020). La Unión, una de las principales OI del S. XXI es un ‘club’ que mantiene uno de los estándares del estado de bienestar más alto en el mundo, fundado en valores y formado por sistemas políticos democráticos donde no hay lugar para la pena de muerte, es y debe seguir siendo modelo de buena gobernanza, respeto de las minorías y promoción de los principios democráticos y derechos humanos, cuenta con una legislación relevante con el fin de asegurar la protección de datos de sus ciudadanos, el papel de la mujer está salvaguardado y cuenta con una gran fuerza, influencia global e impacto en las relaciones internacionales, aunque los ciudadanos europeos no seamos a menudo conscientes de ello (Schinas, 2019). Sin embargo, y a pesar de que la UE viene reforzando su acción diplomática para aumentar ese impacto internacional, debe seguir esforzándose en aumentar su credibilidad como actor único en la arena internacional, debe ser más capaz en el ámbito de la política exterior y, en concreto, en el ámbito de la defensa y seguridad. Si Europa quiere ser fuerte en el exterior, defender su liderazgo y tener un peso importante en la gobernanza global, debe ser fuerte también internamente. ‘Para que esto sea posible hoy, es imprescindible una defensa colectiva que implique la posibilidad del uso de la fuerza, tanto para la gestión de crisis como para la defensa territorial’ (Aldecoa, 2020 p. 27). Y los avances en este sentido han sido muy significativos en el último quinquenio, como iremos desgranando en este documento.

El índice de proyección exterior del Instituto Elcano, que calcula la relevancia de una lista de más de 130 países fuera de sus fronteras teniendo en cuenta las dimensiones económica, militar y blanda, señala que la presencia de la UE en el mundo ‘no se traduce necesariamente en poder’ en los términos conocidos en el documento de la Estrategia Global de Seguridad que dio a conocer Federica

Mogherini en junio de 2016 (OLIVIÉ, 2020). La UE es un actor económico relevante, con un gran peso inversor en el exterior, mientras que EEUU lo es eminentemente militar y China es un actor con un despliegue de poder blando, muy potente en el ámbito tecnológico y de la ciencia, especialmente. El ‘hard power’ es un instrumento importante de influencia internacional y de disuasión y desde diversas instituciones de la Unión se ha puesto sobre la mesa la necesidad de contar con él: baste mencionar las palabras del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (A.R.), Josep Borrell, ‘La UE tiene que utilizar el lenguaje del poder’, o la alusión a una ‘Comisión Europea más geopolítica’, de la Presidenta de la Comisión, Úrsula von der Leyen.

El concepto de ‘autonomía estratégica’ es cada vez más usado vinculado a una mayor soberanía de la UE, no solo en términos de seguridad o militar, sino también en términos tecnológicos o en el ámbito sanitario, entre otros, y en línea con el desarrollo de ese concepto para Europa, el 17 de junio de 2020 el Consejo lanzó la denominada ‘Strategic Compass’ esto es, una evaluación compartida de las amenazas de los servicios de inteligencia de los 27 estados miembros para desarrollar primero una ‘cultura estratégica común’ para la toma de decisiones, por ejemplo, en el Sahel, en el Báltico o en actuaciones respecto de estados fallidos en África (Council of the European Union, 2019, p. 3). Esto significa, en palabras de Nathalie Loiseau, Presidenta de la Subcomisión de Seguridad y Defensa del PE, ‘la UE trabaja en un marco de alianzas cuando podemos pero también actúa autónomamente cuando tenemos que hacerlo’, y su acción no es contra la OTAN, sino complemento a la misma (LOISEAU, 2020). Esto permitirá sucesivos avances en las capacidades de defensa europeas y en el desarrollo de la industria europea de la defensa a través de instrumentos y programas, agencias y fondos, tales como el Fondo Europeo de Defensa, la Cooperación Estructurada Permanente PESCO), el Programa Europeo de Desarrollo Industrial de Defensa (EDIDP) o la Revisión Anual Coordinada sobre Defensa (CARD). No obstante, y en palabras de Sven Mikser, relator del Grupo de la Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas en el Parlamento Europeo, la falta de inversión en defensa sigue siendo un déficit significativo (MIKSER, 2020).

Uno de las cuestiones clave en este asunto que abordamos es determinar si existe una visión estratégica europea global. La agenda de defensa de la UE se ve obstaculizada por las prioridades e intereses divergentes de los estados miembros y sus fuerzas armadas, los de los consorcios de defensa europeos, la diversidad de instituciones europeas, los lazos transatlánticos, los intereses de la OTAN, y finalmente por la diversidad y limitaciones de la capacidades militares de las naciones que la integran. De hecho, y como se ha señalado en más de una ocasión, no es difícil seguir el reguero de iniciativas que han tratado de desarrollar dichas capacidades, buscando la coherencia, la interoperabilidad, la transparencia y la rentabilidad, pero se está muy lejos de conseguir ese objetivo (CSERNATONI, 2021).

No son pocos los que aluden al hecho de que el Brexit, unido al ‘despertar’ que para Europa ha supuesto el dejar de tener un aliado fiable al otro lado del Atlántico, puede ser un revulsivo para el avance del sistema de defensa de la UE, y un acicate para aquellos que piensan que la seguridad europea ha de estar en manos de los europeos. Aun así, y a día de hoy, la OTAN es aún hoy un factor clave para garantizar la seguridad europea y, por primera vez tras la salida de Donald Trump de la Casa Blanca, y en un ambiente más favorable para la cooperación trasatlántica, con la designación de Antony Blinken, un convencido europeísta y multilateralista, como Secretario de Estado de los EEUU, el Comité Militar de la OTAN mantuvo el 27 de enero de 2021 la primera reunión de sus Jefes de Defensa en la que, entre otros asuntos, revisaron el progreso del concepto de Alineación de la Disuasión y la Defensa del Área Euroatlántica y finalizaron su asesoramiento sobre el concepto final de la guerra de la OTAN. Luego, el grupo consideró las amenazas actuales y futuras, así como las lecciones extraídas de la pandemia de COVID-19 (OTAN, 2021). Es por ello que los lazos e interrelaciones entre la UE y esta organización militar han estado y seguirá estando en la agenda del PE, a través fundamentalmente de la Asamblea Parlamentaria de la OTAN.

Otro de los puntos que están sobre la diana del PE son los posibles cambios que se pudieran introducir en los Tratados, dependiendo del papel que juegue la futura Conferencia sobre el Futuro de Europa, prevista para el 9 de mayo de 2021. No obstante, el papel que viene desempeñando el PE puede dar mucho más de sí y transformarse, adquiriendo nuevas potencialidades de la mano de posibles cambios y modificaciones en el Tratado de Lisboa, tales como empujar hacia la conveniencia de reformas institucionales para abordar el papel más activo que pueda jugar en la Política Exterior y de Seguridad y Defensa, ésta última eminentemente gubernamental, y pasar a la mayoría cualificada en asuntos de política exterior muy concretos, por ejemplo, en asuntos de sanciones y de derechos humanos.

Las cuestiones que se nos plantean al enfrentarnos a este artículo son: ¿Es la UE un actor fuerte, capaz y creíble en la arena internacional? ¿Es capaz la Unión de proveernos de seguridad a los estados miembros de la UE, a sus instituciones y a sus ciudadanos? ¿Tenemos autonomía para decidir acerca de nuestros intereses estratégicos, sin ayuda de otros socios internacionales? ¿Por qué los estados son reacios a integrar sus capacidades militares? Cuáles son los obstáculos para el desarrollo de las capacidades reales a nivel supranacional? ¿Puede la UE implicarse en misiones y operaciones relevantes para su seguridad en otros continentes de forma progresiva? ¿Cuáles son sus deficiencias en capacidad militar? Y una de las más relevantes para nuestro estudio, ¿Qué papel ejerce el PE en la PCSD?

Pues bien, trataremos de llegar a la conclusión de que, aunque el PE hasta ahora ha desarrollado un papel secundario en el desarrollo de la PCSD al ser esta una política eminentemente

intergubernamental, sería positivo para la política de seguridad y defensa europea que éste tuviera un papel más protagonista que el desarrollado hasta hoy, con todo lo que conlleva en cuanto a rendición de cuentas, implicar al ciudadano en su seguridad, y mejorar el conocimiento de todas las demás implicaciones - geoestratégicas, políticas, industriales y económicas- que dicha seguridad representa.

2. ANTECEDENTES DE LA POLÍTICA DE DEFENSA EUROPEA Y BASE JURÍDICA EN EL TRATADO DE LISBOA

A lo largo de la historia moderna de Europa ha habido diferentes iniciativas implicadas a la hora de abordar la seguridad y la defensa. Una de las más alejadas en el tiempo se remonta a 1948, con el conocido Pacto de Bruselas por el que Francia, Reino Unido, Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo firman dicho tratado que disponía de una cláusula de defensa mutua. Otra iniciativa relevante fue el denominado Plan Pleven, y su malogrado intento de crear una Comunidad Europea de Defensa en 1952. Desde entonces, los principales foros de consulta y diálogo sobre seguridad y defensa en Europa han sido la OTAN y la ya desaparecida Unión Europea Occidental (UEO), que estableció en 1992 las denominadas Misiones de Petersberg, mecanismo de cooperación intergubernamental que preveían el establecimiento de operaciones militares y civiles con objetivos diversos: misiones humanitarias o de rescate; misiones de prevención de conflictos y misiones de mantenimiento de la paz; misiones en las que intervenían fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas misiones de restablecimiento de la paz; acciones conjuntas en materia de desarme; misiones de asesoramiento y asistencia en materia militar y operaciones de estabilización tras la resolución de conflictos. La UEO languideció finalmente y se disolvió el 30 de junio de 2011, y sus funciones se incorporaron a la UE tras la firma del Tratado de Lisboa en 2007 y la entrada en vigor dos años después, el 1 de diciembre de 2009. Este Tratado se considera la piedra angular en el desarrollo de la PCSD.

Aunque la cuestión de la seguridad y la defensa aparece ya en el Acta Única Europea en el año 1986, será en 1992 con el Tratado de Maastricht cuando se establece la PESC, con los objetivos de preservar la paz internacional, fortalecer la seguridad internacional, promover la cooperación internacional y desarrollar y consolidar la democracia y el estado de derecho, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. La falta de capacidad de enfrentar la crisis de los Balcanes, que concluye con el Acuerdo de Dayton de 1995 y posteriormente la crisis de Kosovo en 1999, estimularán el surgimiento de la Política Europea de Seguridad y de Defensa, que se configurará como el marco jurídico político de las operaciones de gestión de crisis. Es en el Consejo Europeo de Colonia, celebrado entre los días 3 y 4 de junio de 1999, donde los estados miembros se proponen

‘dotar a la Unión Europea de los medios y recursos necesarios para asumir sus responsabilidades respecto de una política europea común de seguridad y de defensa’ y, a fin de que la UE pueda asumir sus misiones en el ámbito de la prevención de conflictos y gestión de crisis ‘debe tener a su disposición los oportunos recursos e instrumentos’.

Por ello, la Unión se compromete a ‘seguir desarrollando unos recursos militares europeos más eficaces a escala nacional, binacional y multinacional, a mantener un esfuerzo de defensa sostenido, a realizar adaptaciones necesarias en los ámbitos del reconocimiento estratégico, el transporte estratégico y el mando de las fuerzas armadas y hacer esfuerzos para tratar de adaptar, entrenar y aglutinar unas fuerzas europeas nacionales y multinacionales’. Además de fortalecer la base industrial y técnica de la defensa y hacerla más dinámica y competitiva, se destacó la necesidad de desarrollar una colaboración más estrecha en la industria de la defensa y ‘seguir avanzando, según estimen adecuado los estados miembros, en la armonización de los requisitos de carácter militar y en la planificación y adquisición de armas’. En las Conclusiones de la Presidencia se avanza de manera significativa en la toma de decisiones en materia de seguridad y defensa y se indica que podrá ser necesario mantener reuniones periódicas (o especiales) del Consejo de Asuntos Generales con la participación en su caso de los ministros de defensa, un Comité Político y de Seguridad, compuesto por representantes con conocimientos técnicos y militares, un Comité Militar de la UE formado por representantes militares que realizará recomendaciones y sugerencias al Comité Político y de Seguridad, un Estado mayor de la UE, que incorporará un Centro de Situación y otros medios como un Instituto de Estudios sobre la Seguridad y un Centro de Satélites (PARLAMENTO EUROPEO, 1999). Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam fortalecería la PESC, incluida la definición progresiva de una política de defensa común. Pero será en 2007 con el Tratado de Lisboa cuando se va a dar forma a las capacidades de la UE en materia de seguridad y defensa a través de diversos instrumentos y dará luz también acerca de los aspectos institucionales decisivos, además de reforzar el papel del PE como veremos posteriormente (DOUE, 2007).

Las disposiciones normativas más relevantes recogidas en este tratado son el art. 41 referido a la financiación de la PESC y de la PCSD, así como el Título V, los artículos del 42 al 46, los Protocolos 1, 10 y 11, y las Declaraciones 13 y 14. En concreto, el art. 42 atribuye al Consejo Europeo y al Consejo la adopción de las decisiones relativas a la PCSD. Dichas decisiones se adoptarán por unanimidad, con algunas destacadas excepciones relativas a la Agencia Europea de Defensa (AED) –art. 45 del Tratado de la Unión Europea (TUE)- y a la Cooperación Estructurada Permanente (PESCO) -art. 46 del TUE-, para las que se aplica la votación por mayoría cualificada. Será el A.R. –que ocupa un papel institucional central al presidir el Consejo de Asuntos Exteriores en su configuración de Ministros de Defensa- quien normalmente elabore las propuestas de decisiones y se

introduce el concepto de una política europea de capacidades y armamento -art. 42.3 del TUE-, y será la AED el organismo que determinará las necesidades operativas y aplicará las medidas oportunas para reforzar la base industrial y tecnológica del sector de la defensa de los 27 estados miembros, asistiendo también al Consejo en la evaluación de la mejora de las capacidades militares (excepto Dinamarca). El art. 42.2 determina también que la PCSD ‘incluirá la definición progresiva de una política común de defensa de la Unión’. El art. 42.7 está consagrado a la cláusula de alianza colectiva: ‘Si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Ello se entiende sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros’. Los tipos de misiones están previstas en el art. 43. Finalmente, destacamos la cláusula de solidaridad, art. 222 del TFUE que se activará ‘si un estado miembro es objeto de un ataque terrorista o víctima de una catástrofe natural o de origen humano’ y en estas ocasiones, ‘la Unión movilizará todos los instrumentos de que disponga, incluidos los medios militares puestos a su disposición por los estados miembros’.

3. COMPETENCIAS E INSTRUMENTOS DEL PE EN LA PCSD

El TUE le atribuye al PE entre sus funciones, de acuerdo con el art. 36 del mismo que será consultado de forma periódica por el A.R. ‘sobre los aspectos principales y las opciones fundamentales de la política exterior y de seguridad común y de la política común de seguridad y defensa y le informara de la evolución de dichas políticas’. En esta misma línea, únicamente se dice que ‘velará por que se tengan debidamente en cuenta las opiniones del PE’ y los representantes especiales podrán estar asociados al PE. El PE puede formular recomendaciones al A.R. y al Consejo y podrá de igual modo, dirigirles preguntas. Además de ser consultado, el PE ejercerá cierto control porque hay establecidos unos debates sobre los progresos realizados en la ejecución de la PESC y sobre la PCSD, de forma regular, dos veces al año. Un debate que se celebrará en la Comisión de Asuntos Exteriores del Parlamento (conocido por sus siglas en inglés como AFET) y otro en la subcomisión de Seguridad y Defensa (SEDE) y como resultado de los mismos se aprueban dos informes. De igual modo, el PE controla el presupuesto de la Unión, de acuerdo al Art. 41 del TUE. Por otra parte, y en colaboración con los parlamentos nacionales el PE viene desde 2012 organizando dos conferencias interparlamentarias cada año donde se debaten asuntos relacionados con la PESC (Protocolo 1 del Tratado de Lisboa).

Como se indicó más arriba, la denominada desde 1999 Asamblea Parlamentaria de la OTAN, foro en el que participan las cámaras de representación parlamentarias de los 27 estados miembros y

por tanto nuestro Congreso de los Diputados, se compone de 266 delegados de los 29 países miembros de la OTAN, designados por sus parlamentos nacionales. Participan además delegados de 12 países asociados, 4 países asociados mediterráneos y 8 delegaciones de observadores parlamentarios, en total 360 delegados. El PE cuenta con el derecho de enviar 10 delegados a las sesiones de la Asamblea, pudiendo participar en las actividades de las Comisiones y Subcomisiones. Las 5 Comisiones existentes son: Dimensión civil de la Seguridad; Defensa y Seguridad; Economía y Seguridad; Política; y Ciencia y Tecnología, divididas además en Subcomisiones y en ellas se trabaja para abordar los desafíos en los ámbitos de seguridad y defensa. Recientemente, Lara Martinho ha sido reelegida en la Sesión Anual de la Asamblea Parlamentaria de la OTAN en 2020 como relatora del Subcomité de Capacidades Futuras de Seguridad y Defensa de la OTAN. Otros órganos destacados de la Asamblea son el Grupo Especial del Mediterráneo y Oriente Medio, el Consejo Interparlamentario Ucrania-OTAN, Georgia-OTAN y la actualmente interrumpida Comisión Parlamentaria OTAN-Rusia tras la anexión ilegal de Crimea por parte de Rusia en 2014 (PARLAMENTO EUROPEO, 2019a).

4. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El 9 de mayo de 2021 está prevista la celebración de la *Conferencia sobre el futuro de Europa*, un gran encuentro que pretende que los ciudadanos, junto con las instituciones comunitarias contribuyan a diseñar el proyecto europeo mediante una gran reflexión sobre cómo será el futuro de la Unión. Y hay cuestiones relevantes que podrían cambiar si finalmente se modificaran los tratados en línea con las tesis que parecen prevalecer hoy en la Unión, entre ellas, por ejemplo, el paso del voto por unanimidad -y uso del veto en el Consejo- en política exterior, a la mayoría cualificada, sobre todo en áreas de política exterior como asuntos vinculados a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos (DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA, 2020). La imposición de determinadas medidas restrictivas o sanciones -instrumento esencial de la PESC que ‘pretenden producir un cambio en la política o conducta de aquellos a los que van dirigidas, con vistas a fomentar los objetivos de la PESC’ y pueden ir dirigidas contra gobiernos, entidades (empresas), grupos u organizaciones o personas- (CONSEJO EUROPEO, 2020), o el despliegue de misiones civiles y militares, que hasta ahora requieren también la aprobación de todos los estados miembros mediante una decisión del Consejo (SERVICIO DE ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE, 2017).

Podemos remontarnos a un documento clave y que ha supuesto un hito en la búsqueda de una UE más creíble con capacidad de respuesta y más integrada. Nos referimos al documento lanzado

por Federica Mogherini en junio de 2016, conocida como la ‘Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la UE: una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte’ y que quiere hacer frente a los desafíos que presenta la escena internacional actual. La estrategia señala que la política exterior de la Unión está en entredicho, que ‘nuestros socios esperan que la UE desempeñe un papel principal, en particular como proveedor mundial de seguridad’, que la UE es un poder civil, pero para Europa el poder no coactivo y el poder coercitivo van de la mano, se alimenta una ‘autonomía estratégica’ para promover los valores, principios e intereses de la Unión y una defensa acérrima de un sistema internacional basado en normas y en el multilateralismo. En palabras del profesor Francisco Aldecoa, ‘está naciendo la política europea de defensa de la mano de la Estrategia Global’ (ALDECOA, 2018).

En la misma línea, y en su discurso del Estado de la Unión del año 2016, el entonces presidente de la Comisión Jean-Claude Juncker se pregunta si ‘¿Seguirá Europa liderando el mundo en la lucha por los derechos humanos y los valores fundamentales?’, si ‘¿hablara Europa con una sola voz cuando esté en juego la integridad territorial, en violación del derecho internacional?’ o ‘si desaparecerá de la escena internacional y dejará que otros conformen el mundo’. Propuso, además, adoptar una postura más firme en relación con la política de defensa. En concreto, en el ámbito de la estrategia de defensa europea lanzó una serie de iniciativas relacionadas con este campo. Entre ellas: la creación de un Fondo Europeo de Defensa (EDF por sus siglas en inglés) para potenciar la investigación y la innovación; la PESCO –que permiten a los estados miembros que lo deseen poner en común sus capacidades de defensa, la activación de una única sede o único Cuartel General para operaciones, y la puesta en común de medios militares (JUNCKER, 2016, p.7).

En diciembre de 2016 el Consejo Europeo refrendó las conclusiones del Consejo de 14 de noviembre de 2016, y tomando como punto de partida la Estrategia Global de Seguridad -que establece el nivel de ambición de la UE-, refrendó el Plan de Aplicación de Seguridad y Defensa que se centró en tres prioridades: responder a los conflictos y crisis exteriores; incrementar las capacidades de los socios; y proteger a la UE y a sus ciudadanos (SERVICIO DE ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE, 2018). Entre las medidas concretas destacan: la puesta en marcha de una revisión anual coordinada de la defensa; el establecimiento de la PESCO (que sería adoptado por Decisión del Consejo el 11 de diciembre de 2017); la creación de una Capacidad Militar de Planificación y Ejecución con objeto de mejorar las estructuras de gestión de crisis y fortalecer el conjunto de instrumentos de respuesta rápida de la UE, particularmente de las capacidades civiles y los grupos de combate de la UE, grupos que puedan desplegarse de forma rápida sobre el terreno.

El 30 de noviembre de 2016 la Comisión Europea, en su Plan de Acción para la Defensa Europea, constató que los países miembros de la Unión ocupan el segundo puesto a escala mundial

en gasto militar, después de los EEUU. Sin embargo, se destaca un uso poco eficiente de los mismos, especialmente debido a: la fragmentación del mercado europeo de defensa; la duplicidad de capacidades militares y una escasa colaboración industrial y falta de operatividad. Entonces, presentó el Plan de Acción Europeo de Defensa y abogó por la puesta en marcha de un FED, incrementar las inversiones en capacidades estratégicas y reforzar el mercado único de defensa (COMISIÓN EUROPEA, 2016).

En junio de 2017 la Comisión Juncker lanza un documento de reflexión sobre el futuro de la defensa europea en el que se vislumbran tres posibles escenarios: 1. Un escenario de ‘cooperación en seguridad y defensa’; 2. Un escenario mucho más ambicioso de ‘seguridad y defensa compartidas’; y 3. Un escenario que va mucho más lejos y que se correspondería con el de ‘la defensa y seguridad comunes’. Las iniciativas desarrolladas hasta ahora nos colocan en el segundo escenario. Avanzar hacia el tercero dependerá en gran medida de la voluntad y del grado de ambición de los 27 estados miembros (COMISIÓN EUROPEA, 2017).

El Consejo de Asuntos Exteriores (Defensa) de la UE de 19 y 20 de noviembre de 2018 examinó la ejecución de la Estrategia Global de la Unión Europea en el ámbito de seguridad y defensa y celebró avances importantes en los dos últimos años, para ‘atender las necesidades presentes y futuras de Europa en materia de seguridad’. Entre dichos avances destacan el establecimiento de un paquete de medidas sobre la vertiente civil de la PCSD, reforzar la Capacidad Militar de Planificación y Ejecución (MPCC) sobre el mando y control de las misiones de formación militar de la UE (actualmente la EUTM Somalia, EUTM RCA y EUTM Mali), y adoptó la decisión de actualizar la PESCO incluyendo una lista de 17 nuevos proyectos (a los 17 iniciales ya aprobados el 11 de diciembre de 2017), también acordó poner en marcha y como prueba piloto la Revisión Anual Coordinada de la Defensa (CARD). El Consejo adoptó su posición sobre el FED con objeto de fortalecer la competitividad mundial, y la capacidad de innovación de la base tecnológica e industrial de la defensa europea, la mejora de la movilidad militar, la coherencia y el refuerzo mutuo entre la OTAN y la UE, y tomó nota de la propuesta de la Alta Representante/Vicepresidenta de la Comisión para crear un Fondo Europeo de Apoyo a la Paz (European Peace Facility), para evitar conflictos y preservar la seguridad internacional.

Entre los avances más recientes en la cooperación en seguridad y defensa hay que subrayar en el pasado año 2020 el establecimiento de condiciones para la participación de terceros estados en proyectos PESCO –en vigor un total de 47–, la publicación del quinto informe de situación relativo a la aplicación del conjunto común de propuestas de la UE y de la OTAN (UE; OTAN, 2020), o la necesidad de tener una política exterior aún más eficaz y de reforzar la coherencia y la uniformidad de la PESC (Consejo de Asuntos Exteriores, 17 de junio de 2019). Además, en este mismo consejo,

los ministros realizaron un balance sobre el tercer año de aplicación de la Estrategia Global de Seguridad de 2016 y mostraron su determinación en fortalecer el multilateralismo (CONSEJO DE ASUNTOS EXTERIORES DE LA UNIÓN, 2019).

Una mención especial merece las prioridades de las Presidencias alemana y portuguesa del Consejo. Respecto de la primera (junio-diciembre de 2020), las cuestiones de seguridad y defensa se trataron bajo el paraguas de la sexta prioridad: ‘Una Unión Europea eficaz para un orden internacional basado en reglas, anclado en la asociación; política europea de acción exterior unida, responsable y potente’. Y la ‘Strategic Compass’ es su proyecto central. De acuerdo con el programa de la Presidencia, la ‘Strategic Compass’ ‘should allow to further concretise the EU’s strategic goals for the security and defense sector and make the EU’s activity faster, more effective and more plannable, within the framework of the 2016 Global Strategy (...) and based on a joint threat analysis. This should also cover its responsiveness to pandemics’ (MAJOR; MÖLLING, 2020).

Respecto de la Presidencia portuguesa (enero-junio de 2021), fue muy relevante la comparecencia del Ministro de Portugal en el subcomité de seguridad y defensa el pasado 28 de enero y en la que subrayó ‘el papel de escrutinio y de propuesta del PE que debe acompañar la profundización de una identidad europea de defensa’. Y entre las mencionadas prioridades señaló: la dimensión marítima de la política de seguridad y defensa de la UE y garantizar la continuidad de los trabajos iniciados por sus predecesores y de la anterior presidencia alemana del Consejo (julio-diciembre 2020), en estrecha coordinación con el A.R. y el SEAE, y la promoción de la autonomía estratégica. Recordó cómo un 73% de los ciudadanos de la Unión en 2019 se pronunciaron a favor de una política común, aun cuando se trata de un ámbito reciente. Se está trabajando en un documento ‘que traduzca las prioridades estratégicas globales de la Unión en un concepto estratégico operativo de la PCSD’. Los próximos pasos señalan que, después de un análisis de riesgo que se hizo con la presidencia alemana, habrá un trabajo de redacción que correrá a cargo del SEAE. Llamó la atención que, en breve, se tendrá un ‘scoping paper’ ‘-documento de antecedentes- que será objeto de debate, también en el Consejo Europeo y en los Consejos de Ministros de Defensa y de Exteriores. Está previsto un Consejo de Ministros de Defensa el próximo 4 de mayo y es ahí donde se espera aprobar las conclusiones. Y, probablemente, se aprobará la ‘Strategic Compass’ con la presidencia francesa, en el primer semestre de 2022. En palabras de CRAVINHO (2021), ‘se pretende que sea una herramienta práctica para nuestra acción en el mundo y una contribución para la cultura estratégica europea’.

5. EL PAPEL DEL PARLAMENTO EUROPEO

El PE, siempre dentro de su limitada capacidad de maniobra, y a través de resoluciones e informes dirigidos a las instituciones Europeas (el A.R., el Consejo,...), ha tratado en los últimos años, y de manera más asertiva desde 2016, de promover avances y nuevos desarrollos en el ámbito de la política común de seguridad y de defensa destinados a fortalecer la capacidad de la Unión para defenderse. Esta postura está en consonancia con la de algunos de los líderes europeos más relevantes, como Emmanuel Macron, que ya apoyó en 2017 la idea de un proyecto militar europeo conjunto, o Angela Merkel que, en su discurso ante el PE en noviembre de 2018, se mostró partidaria de que la Unión tuviera una sola voz en la escena internacional y defendió la idea de que ‘Europa debe tomar su destino entre sus manos, porque la época en la podíamos confiar sin reservas en los demás ha terminado’, y se mostró partidaria de la creación de ‘un verdadero ejército europeo’ como complemento de la OTAN.

La Resolución sobre la Unión Europea de Defensa, de 22 de noviembre de 2016, hace hincapié en el amparo de un ‘Schengen de la defensa’, muestra datos del Eurobarómetro 85.1 de junio de ese año, con dos tercios de los ciudadanos de la UE a favor de un mayor compromiso de la Unión en seguridad y defensa, recuerda que la seguridad está entre las prioridades de la Unión en la EGS de Mogherini y defiende ‘la creación de las fuerzas armadas europeas’. Incide en solicitar ‘unas capacidades militares robustas y modernas’ y la petición al presidente de la Comisión de crear un grupo de trabajo permanente sobre ‘cuestiones de defensa’ en el que PE pueda participar con representantes permanentes. Solicita también un seguimiento de la aplicación de la PESCO. Pero uno de los mayores inconvenientes sigue siendo que los estados miembros consideran cualquier avance como una amenaza a su soberanía nacional. En la Resolución se solicita un Consejo de Ministros de Defensa y aboga por que la UE de Defensa ‘debe basarse en una evaluación periódica y conjunta de los Estados miembros de las amenazas para la seguridad, pero también ha de ser lo suficientemente flexible como para responder a los desafíos y las necesidades individuales de los Estados miembros en materia de seguridad’. Por otra parte, insiste el PE en que ‘el coste de no construir una Europa de la defensa y la seguridad se estima en 26.400 millones de euros anuales a causa de la duplicación, el exceso de capacidad y los obstáculos a la contratación pública en materia de defensa’ (PARLAMENTO EUROPEO, 2016).

En la Resolución del PE, de 13 de diciembre de 2017, sobre el Informe anual sobre la aplicación de la política común de seguridad y de defensa, el PE insiste en la necesidad de una respuesta unida a los retos del entorno estratégico e insiste en una cooperación ‘concreta e intensa en el contexto de la PESCO/PCSD y ser un agente global efectivo, lo que implica hablar con una sola voz

y actuar conjuntamente, además de centrar sus recursos en prioridades estratégicas’ y seguir con una estrecha cooperación con el Reino Unido tras el Brexit, en particular, en el ámbito de la inteligencia. Vuelve a señalar la importancia del art. 42 del TUE sobre ‘la definición de una política común de defensa de la Unión’ que tiene como objetivos una defensa común y ‘dotar a la Unión de una autonomía estratégica e insta a los estados miembros ‘a que se comprometan con el logro de una defensa europea común y autónoma y a que aspiren a garantizar que sus presupuestos nacionales de defensa alcancen, como mínimo, el 2 % de sus PIB respectivos en el plazo de una década’ y recuerda que ‘en comparación con los EEUU, el gasto de la UE-28 en defensa representa un 40%, pero solo es capaz de generar el 15% de las capacidades que los EEUU obtienen en el proceso, lo que apunta a un problema de eficiencia muy grave’ y solicita también una reforma del mecanismo de financiación conjunta intergubernamental Athena. Además, da la bienvenida a toda una serie de programas en gestación, entre los que destacan el Programa Europeo de Desarrollo Industrial en materia de Defensa e insta, de nuevo, al Consejo a que tome medidas ‘concretas destinadas a armonizar y normalizar las fuerzas armadas europeas’, y solicita un presupuesto de defensa que se financie con recursos del nuevo MFP 2021-2027. Insiste en que su Subcomisión de Seguridad y de Defensa (SEDE) se transforme en una Comisión parlamentaria de carácter permanente y así poder disponer de más poder de control y rendición de cuentas en la PCSD, lo que conllevaría en la práctica a que el PE tuviera un papel más notorio en la aplicación de la PCSD, al poder controlar los actos legislativos relacionados con la seguridad y defensa (DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA, 2017).

En consonancia con los intereses del PE están las inquietudes de los ciudadanos europeos y sus percepciones sobre el ámbito de seguridad y defensa. El Eurobarómetro especial sobre seguridad y defensa de 2017 recoge que una mayoría de los europeos, el 55%, se mostró a favor de la creación de un ejército de la UE y, más recientemente, según el Eurobarómetro de marzo de 2018, el 68% se mostró partidario de que la UE hiciera más en defensa (PARLAMENTO EUROPEO, 2019b).

En la Resolución del PE, de 15 de enero de 2020, sobre la aplicación de la política exterior y de seguridad común – Informe anual, el PE reiteraba la defensa del multilateralismo en el orden internacional cada vez más cuestionado y subraya que es la piedra angular de la política exterior y de seguridad de la Unión ‘y la mejor manera para garantizar la paz, la seguridad, los derechos humanos y la prosperidad’. ‘Lamenta la progresiva desvinculación de los EEUU del orden mundial multilateral, en particular su retirada del Acuerdo de París, del Plan de Acción Integral Conjunto (PAIC), del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la UNESCO, así como su decisión de suspender la financiación concedida al Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS)’. Solicita una UE más fuerte y más estratégica, una PESC más coherente y además del uso del poder blando una PESC más firme,

‘una política de sanciones eficaz y una cooperación transfronteriza en materia de lucha contra el terrorismo’; pide una vez más ‘la rápida adopción de un mecanismo de sanciones de la Unión en materia de derechos humanos (esto es, una versión de la Unión de la denominada «Ley Magnitsky»), que permita imponer sanciones selectivas contra personas que sean cómplices de violaciones graves de los derechos humanos’. Respalda una Comisión Europea más geopolítica y solicita ‘una revisión estratégica de la Estrategia Global de la UE, en particular vistos algunos de los profundos cambios geopolíticos que han tenido lugar desde su adopción (por ejemplo, divergencias políticas en la asociación transatlántica, la emergencia de potencias nuevas y más asertivas, como China, y el agravamiento de la emergencia climática)’. Refuerza el PE como un pilar de la PESC –pidiendo incluso ‘la conclusión de las negociaciones sobre el acceso del Parlamento a la información sensible del Consejo en el ámbito de la PESC y la PCSD’-, y fortalece la PESC para hacer frente a las amenazas mundiales. Solicita nuevos formatos, como un Consejo Europeo de Seguridad, aplaude la decisión de Úrsula von Der Leyen de construir en los próximos 5 años una UE de Defensa más operativa y un mejor uso de la Unión de los instrumentos existentes, entre ellos la PESCO, la Movilidad militar, el FED y mayor eficacia y coherencia ‘a través de una base industrial y tecnológica de la defensa europea (BITDE) más integrada’ (PARLAMENTO EUROPEO, 2020a).

En el Informe sobre la Aplicación de la PCSD, Informe Anual 2020, defendido por el ponente Sven Mikser, en la Comisión de Asuntos Exteriores, éste celebra que ‘la Unión siga decidida a aumentar su presencia en el mundo y su capacidad para actuar como promotor y proveedor de seguridad a escala mundial, también a través de sus misiones y operaciones’ –en la actualidad, la UE tiene desplegadas 11 misiones y operaciones civiles y 6 militares, de estas últimas, 3 son misiones ejecutivas (Atalanta, Eunavfor MED Irini y EUFOR Althea) y 3 no ejecutivas, (la EUTM Mali, EUTM Somalia y la EUTM RCA)-. Además, confía en que la orientación estratégica sea el primer paso hacia el desarrollo de una capacidad operativa independiente de la Unión, facilite el camino hacia una cultura estratégica más armonizada y la toma de decisiones de la Unión. Se muestra partidario de reforzar la eficacia de las misiones y operaciones de la PCSD en un contexto imprevisible y desestabilizado, desarrollar las capacidades efectivas de la PCSD –aplaude las iniciativas de desarrollo de capacidades (PESCO, la CARD y el futuro FED), una participación significativa de más estados miembros en proyectos de defensa europeos dirigidas en la actualidad, casi de forma bilateral, como el sistema futuro de combate aéreo FCAS que desarrollan Alemania, Francia y España y el sistema principal de combate terrestre (MGCS), y requiere que los estados miembros aumenten su gasto en defensa y alcancen al objetivo del 2% del PIB. Reforzar la cooperación con socios estratégicos, la resiliencia y la preparación de la Unión es esencial. Contrarrestar y prevenir proactivamente las amenazas híbridas, dotar a la Unión de los medios para

aplicar la PCSD, establecer una ambiciosa agenda de la Unión para el control mundial de armas, la no proliferación y el desarme y garantizar la supervisión democrática, la legitimidad y el compromiso integrador, son los grandes pilares (PARLAMENTO EUROPEO, 2020b).

CONCLUSIONES

El PE es una de las instituciones principales en el engranaje europeo del diseño de políticas y en la toma de decisiones y, aunque ha ganado poder con relación al Consejo y aumentado su radio de acción mediante el procedimiento de legislación ordinaria en numerosos ámbitos competenciales, en el ámbito de la Política Exterior de la Unión y, en concreto, de la PCSD su papel es ‘secundario’ al ser ésta eminentemente intergubernamental -con alguna excepción- y sobre la que ejercen un papel determinante el Consejo, el Consejo europeo y el A.R. Sin embargo, esto podría ser susceptible de debate y de modificación de los tratados vigentes a favor de un mayor reconocimiento y control del PE teniendo en cuenta que éste representa a los ciudadanos de la Unión y la política exterior de seguridad y defensa está cada vez más presentes en nuestras vidas, como se desprende de los últimos eurobarómetros consultados que muestran claramente que la UE podría hacer más en estos asuntos.

Otra de las funciones esenciales del PE es el control del ‘ejecutivo comunitario’, en su exigencia de que los responsables de la toma de decisiones rindan cuenta de sus actuaciones y velen por una mayor transparencia. En este sentido, el control de la Cámara sobre la actividad del ‘ejecutivo’ se lleva a cabo mediante diversos procedimientos parlamentarios: son vitales las preguntas parlamentarias con solicitud de respuesta por escrito del Consejo, Consejo europeo, Comisión europea y del A.R., las comparencias de autoridades o funcionarios etc. A estos mecanismos de ordinarios de control se añaden los informes anuales que elabora y aprueba sobre la ejecución de la PESC y la PCSD.

El Parlamento, en su exigencia de una política exterior de seguridad y defensa europea ambiciosa y fuerte, basada en una visión compartida de los intereses europeos claves, y que hable con una sola voz, ha solicitado un consejo de ministros de defensa permanente, una dimensión parlamentaria más sólida, que incluya la supervisión de la política de seguridad y defensa, y no vería con malos ojos un ‘Schengen de la defensa’ -emulando al hoy ya aplicado a la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas- orientado a constituir unas fuerzas armadas europeas o un ejército europeo. Sin embargo, el poder de la soberanía nacional sigue estando muy presente, y son los propios estados los que se muestran reacios a dicha cesión de soberanía en seguridad y defensa. Hay impedimentos fuertes, por ejemplo, en cuanto a las diferencias relativas al desarrollo de capacidades y la percepción de las amenazas que siguen sin ser homogéneas entre los miembros de

la Unión. Avanzar hacia una defensa común es un estadio que conllevaría un mando integrado y unificado de las fuerzas armadas y la presencia de estructuras militares comunes, como la de un cuartel general. El concepto de una política europea de capacidades y armamentos es otro terreno pantanoso, y su desarrollo está por ver. Cuestiones relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de material militar son muy controvertidos ya que chocan con la protección de ‘intereses de seguridad esenciales’ de los estados miembros. Quitarse el antifaz de los ojos y fijar la vista en un horizonte común es todavía hoy una asignatura pendiente de este nuestro proyecto europeo. Una asignatura más necesaria que nunca si la Unión está dispuesta a dar la batalla y defender su liderazgo en la arena internacional.

BIBLIOGRAFÍA

ALDECOA, Francisco (2020). El refuerzo progresivo de la Unión Europea como actor global, normativo, diplomático, de seguridad y defensa y ahora fortalecido frente al coronavirus: 2016-2020. En: Nieto, María Isabel, **La UE y el Mediterráneo a la Luz de la Estrategia Global de Seguridad**. Madrid: Dykinson, 2021.

ALDECOA, Francisco; PÉREZ CAVA, Paula (2019). **La Cooperación Estructurada Permanente (PESCO)**: un nuevo compromiso de los Estados miembros en materia de Seguridad y Defensa europea. Análisis de las implicaciones para España y posibles aportaciones relevantes. Documento de Trabajo OPEX n. 94/2018, Madrid, Fundación Alternativas, 2019. Disponible en: https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/opex_documentos_archivos/4754f2339dc6900bdb0e896560f3d99b.pdf. Acceso en: 20 mar. 2021.

COMISIÓN EUROPEA (2016). **Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. European Defence Action Plan**, COM (2016) 950 final, Bruselas, 30 nov. 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0950&from=EN>. Acceso en: 20 mar. 2021.

COMISIÓN EUROPEA (2017). **Una Europa que vele por la seguridad**: la Comisión abre un debate acerca de la necesidad de avanzar hacia una unión de seguridad y defensa. Comunicado de la Comisión tras la puesta en marcha de Fondo Europeo de Defensa, Bruselas, 7 jun. 2017. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_1516. Acceso en: 20 mar. 2021.

CONSEJO DE ASUNTOS EXTERIORES DE LA UNIÓN (2019). **OUTCOME OF THE COUNCIL MEETING, 3700th Council meeting**, 10351/19 (OR. en), Luxemburgo, 17 jun. 2019. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10351-2019-INIT/en/pdf>. Acceso en: 20 mar. 2021.

CONSEJO EUROPEO (2020). **Sanciones: cómo y cuándo adopta la UE medidas restrictivas**. Página Web del Consejo Europeo, 20 oct. 2020. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/sanctions/>. Acceso en: 20 mar. 2021.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2019). **Council Conclusions on Security and Defence**, Bruselas, 17 jun. 2019, v. 8910, n. 20.

CRAVINHO, Joao (2021). **COMMITTEE ON SECURITY AND DEFENCE (intervención en el debate)**. Parlamento Europeo, Bruselas, 28 de enero 2021. Disponible en https://multimedia.europarl.europa.eu/en/committee-on-security-and-defence_20210128-0900-COMMITTEE-SEDE_vd. Acceso en: 20 mar. 2021.

CSERNATONI, Raluca (2021). **New EU defence initiatives for old political problems**. EURACTIV, 18 de febrero, 2020. Disponible en: <https://www.euractiv.com/section/defence-and-security/opinion/new-eu-defence-initiatives-for-old-political-problems/>. Acceso en: 20 mar. 2021.

DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA (2007). **Tratado de Lisboa**. Por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 2007/C 306/01, Bruselas, 2007. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2007/306/Z00001-00271.pdf>. Acceso en: 20 mar. 2020.

DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA (2018). **Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2017, sobre el Informe anual sobre la aplicación de la política común de seguridad y defensa (2017/2123(INI)) (2018/C 369/05)**. Bruselas, 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0492&from=EN>. Acceso en: 20 mar. 2021.

DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA (2020). **Reglamento (UE) 2020/1998 del Consejo de 7 de diciembre de 2020 relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos**, L 410 I/1, Bruselas, 2020. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R1998&from=ES>. Acceso en: 20 mar. 2021.

JUNCKER, Jean-Claude (2016). **Estado de la Unión, 2016**, Unión Europea, 2016. Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/c9ff4ff6-9a81-11e6-9bca-01aa75ed71a1>. Acceso en: 20 mar. 2021.

LEGRAND, Jérôme (2019). **La Política Común de Seguridad y Defensa**. Fichas Técnicas sobre la Unión Europea - 2020, Parlamento Europeo, 2020. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.1.2.pdf. Acceso en: 20 mar. 2021.

LOISEAU, Nathalie (2020). **Reconfiguring Security and Defence Post-Trump and Post-Brexit**. Webinar organized by the Institute of International and European Affairs of Ireland (IIEA)), 9 feb. 2021. Disponible en <https://www.iiea.com/past-events/reconfiguring-security-and-defence-post-trump-and-post-brexit/>. Acceso en: 20 mar. 2021.

LÓPEZ DÍAZ, Juan (2018). **La Defensa de la Unión Europea**. EURODEFENSE - Boletín de EURODEFENSE-ESPAÑA (ED-ES), n.1, diciembre 2018, p. 17-18. Disponible en: http://eurodefense.es/resources/image/Boletin_Dic_2018.pdf. Acceso en: 20 mar. 2021.

MAJOR, Claudia; MÖLLING, Christian (2020). **Europe, Germany and defense: priorities and challenges of the German EU presidency and the way ahead for European Defense**. **Fondation pour la Recherche Stratégique**, Note n.63/20, 13 oct. 2020. Disponible en <https://www.frstrategie.org/sites/default/files/documents/publications/notes/2020/202063.pdf>. Acceso en: 20 mar. 2021.

MCALLISTER, David (2020). **Implementation of the Common Foreign and Security Policy - annual report 2020 - Implementation of the Common Security and Defence Policy - annual report 2020 - Human Rights and Democracy in the World and the EU policy on the matter - annual report 2019 (intervención en el debate)**. Parlamento Europeo, 19 en. 2021. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2021-01-19-ITM-011_ES.html. Acceso en: 20 mar. 2021.

MIKSER, Sven (2020). **Implementation of the Common Foreign and Security Policy - annual report 2020 - Implementation of the Common Security and Defence Policy - annual report 2020 - Human Rights and Democracy in the World and the EU policy on the matter - annual report 2019 (intervención en el debate)**. Parlamento Europeo, 19 de enero 2021. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CRE-9-2021-01-19-ITM-011_ES.html. Acceso en: 20 mar.2021.

NATO NEWS (2021). **184th Military Committee in Chiefs of Defence session**, News, Media Advisory, 27 de enero 2021. Disponible en: https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_180834.htm. Acceso en: 20 mar. 2021.

OLIVIÉ, Illiana (2020). **El Papel de la UE en el Mundo**. Debate organizado por la Oficina del Parlamento Europeo en España y el Real Instituto Elcano, con la participación de Ignacio Sánchez Amor, Javier Nart y Illiana Olivié, Madrid, Real Instituto el Cano, 27 nov. 2020. Disponible en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/actividad?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/calendario/actividades/debate-el-papel-de-la-ue-en-el-mund. Acceso en: 20 mar. 2021.

PARLAMENTO EUROPEO (1999). **Consejo Europeo de Colonia, 3 y 4 de junio de 1999**. Conclusiones de la Presidencia, Colonia, 1999. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/summits/kol1_es.htm. Acceso en: 20 mar. 2021.

PARLAMENTO EUROPEO (2016). **Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de noviembre de 2016, sobre la Unión Europea de Defensa (2016/2052(INI))**, Bruselas, 2016. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0435_ES.pdf. Acceso en: 20 mar. 2021.

PARLAMENTO EUROPEO (2019a). **Delegation for relations with the NATO Parliamentary Assembly**, Bruselas, 2019. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/187027/DNAT_L016033-EN-TP-web-fin-original.pdf. Acceso en: 20 mar. 2021.

PARLAMENTO EUROPEO (2019b). **Defensa: ¿está la UE creando un ejército europeo?** Noticia del Parlamento Europeo, 26 de junio de 2019, Bruselas, 2019. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/security/20190612STO54310/defensa-esta-la-ue-creando-un-ejercito-europeo>. Consultado en: 20 mar. 2021.

PARLAMENTO EUROPEO (2020a). **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2020, sobre la aplicación de la política exterior y de seguridad común - informe anual (2019/2136(INI))**, Bruselas, 2020. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0008_ES.html. Consultado en: 20 mar. 2021.

PARLAMENTO EUROPEO (2020b). **Informe sobre la aplicación de la política común de seguridad y defensa – Informe anual 2020 (2020/2207(INI))**, Bruselas, 2020. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0265_ES.pdf. Consultado en: 20 mar. 2021.

SCHINAS, Margaritis (2019). **Hearing of Margaritis SCHINAS, Vice-President-designate, Protecting our European Way of Life**. Parlamento Europeo, 25 de septiembre 2019. Disponible en https://multimedia.europarl.europa.eu/en/hearing-of-margaritis-schinas-vice-president-designate-protecting-our-european-way-of-life_13216_pk. Acceso en: 20 mar. 2021.

SERVICIO DE ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE (2017). **EU Missions and Operations. As part of the EU's Common Security and Defence Policy (CSDP)**. Ficha descriptiva del Servicio de Acción Exterior de la UE, Bruselas, 2017. Disponible en: https://eeas.europa.eu/sites/default/files/csdp_missions_and_operations_factsheet.pdf. Acceso en: 20 mar. 2021.

SERVICIO DE ACCIÓN EXTERIOR DE LA UE (2018). **Implementation Plan on Security and Defence**. Ficha descriptiva del Servicio de Acción Exterior de la UE, Bruselas, 2018. Disponible en: https://eeas.europa.eu/sites/default/files/implementation_plan_on_security_and_defence_02-03-2018.pdf. Acceso en: 20 mar. 2020.

OTAN (2020). **Fifth progress report on the implementation of the common set of proposals endorsed by EU and NATO Councils on 6 December 2016 and 5 December 2017**, Varsovia, 16 de jun. 2017. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/media/44451/200616-progress-report-nr5-eu-nato-eng.pdf>. Acceso en: 20 mar. 2021.

AUTORA:

María Isabel Nieto Fernández

Doctora en Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid y Máster en Comunicación Institucional y Política por la Universidad Carlos III, Cremades & Calvo-Sotelo y Unidad Editorial. Titular de los Módulos Jean Monnet Erasmus + "The European Union and the Mediterranean in the light of the EU Global Strategy: future challenges on the neighbourhood, security and defence policies (ThEUMed)" (2017-2020) y "Towards an European defence? Future challenges in the CSDP in a new cycle" (2020-2023). Sus principales líneas de investigación son la Acción Exterior de la UE, la Política Europea de Vecindad, la Política Común de Seguridad y Defensa y las relaciones UE-Rusia. En 2011-2012 fue Secretaria Técnica del Gobierno de Extremadura y miembro suplente en el Comité de las Regiones. Ha sido profesora en la Universidad Carlos III y en la Universidad Pontificia Comillas, y realizado estancias en el Instituto Europeo de Administración Pública (Maastricht), Oficina de Extremadura en Bruselas, Universidad de Limerick y Università Degli Studi Di Perugia. Es investigadora del Grupo de Investigación sobre Seguridad y Cooperación Internacional de la UCM.

E-mail: miniето@ucm.es

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5652-1487>

PERSPECTIVAS DE UMA INTEGRAÇÃO ENERGÉTICA INTERBLOCOS: MERCOSUL E UE

Daniel Amin Ferraz

Centro de Ensino Universitário de Brasília - CEUB

Paulo Roberto Alonso Viegas

Centro de Ensino Universitário de Brasília - CEUB

RESUMO

Mudanças tecnológicas ocorridas nos últimos vinte anos têm provocado inúmeras importantes alterações na vida das pessoas. Assim sendo, as relações de política internacional tomam novas conformações, em que a tentativa de atuação em blocos regionais não é mais suficiente para um mundo cuja conexão global é inevitável e mandatória. Logo, é oportuna a busca por ação interblocos, de forma coordenada ou integrada, uma vez que a atuação multilateral ainda é improvável num mundo com grandes diferenças sócio-econômicas e cultural-ideológicas. Para fins de analisar uma atuação interblocos econômicos, a relação entre o MERCOSUL e a União Europeia parece interessante e promissora. Nesse cenário, ganha relevo o setor energético, que envolve especialmente o setor elétrico e o de combustíveis, o que, consideradas as inovações tecnológicas supracitadas, começa a dar sinais de viabilidade futura, ainda que seja necessário o cumprimento de etapas para seu desenvolvimento. Uma integração interblocos restringe-se no âmbito do setor elétrico, considerando que esse, via de regra, requer estrutura de redes físicas para a operação do respectivo sistema – que abrange geração, transmissão e distribuição. Todavia, há interesse de se alavancar o comércio interblocos de combustíveis, bem como o de bens de capital e outros insumos do setor elétrico, e a concretização de um acordo interblocos que favoreça esse comércio pode contribuir para o início de uma integração energética expandida interblocos. O modo de fazer a promoção desse comércio pode ocorrer mediante o estabelecimento de uma Zona de Livre Comércio entre os blocos, que contemple incentivos específicos ao setor elétrico e de combustíveis. A partir de uma discussão sob o enfoque de políticas públicas, e considerando a tecnologia disponível, essa seria a melhor forma de integração energética entre os blocos do MERCOSUL e da União Europeia.

Palavras-Chave: Integração energética. Integração interbloco. União Europeia. MERCOSUL.

PERSPECTIVES FOR INTERBLOCK ENERGY INTEGRATION: MERCOSUR AND EU

ABSTRACT

Technological changes that have occurred in the last twenty years has provoked many important changes in people life. By the way, the international political relations take on new forms, in which an attempt to act in regional blocks isn't sufficient anymore for a world whose global connection is inevitable and mandatory. Therefore, it is opportune to search for interbloc action, in a coordinated or integrated way, since multilateral action is still improbable in a world with great socio-benefit and

cultural-ideological differences. In order to analyse an inter-block economic schedule, the relationship between MERCOSUR and the European Union looks interesting and promising. In this context, the energy sector, which particularly involves the electricity and fuel sectors, is gaining prominence, which, considered as aforementioned technological innovations, begins to show signs of future viability, even though it is necessary to comply with steps for its development. An inter-block integration is restricted in the scope of the electric sector, considering that it requires the structure of physical networks for the operation of the respective system - generation, transmission and distribution - and that the distance that separates the blocks is great. However, there is an interest in leveraging inter-block fuel trade, as well as capital goods and other inputs in the electricity sector, and the establishment of an inter-block agreement that favors this trade may contribute to the beginning of expanded inter-block energy integration. The way of promoting this trade can occur through the establishment of a Free Trade Zone between the blocks, which includes specific incentives to the electricity and fuel sectors. From a discussion under the focus of public policies, and considering the available technology, this would be the best form of energy integration between the MERCOSUR and European Union blocks.

Keywords: Energetic integration. Inter-block integration. European Union. MERCOSUR.

Recebido em: 16/06/2021
Aceito em: 03/07/2021

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a dinâmica econômica conduziu a sociedade para um forte movimento de concentração de riqueza e renda, formando poupanças expressivas, o que permitiu o crescimento de investimentos em novas tecnologias e inovações. Esse processo levou o mundo à uma nova fase de transformações, o que acabou pressionando e reconfigurando as relações políticas, econômicas e sociais em torno do planeta.

Além desse câmbio, há pressões mundiais em defesa de causas ambientais, de acesso à saúde pública, de uma melhor distribuição de renda, de demandas relacionadas à mobilidade urbana, à segurança da informação, a novos instrumentos para a realização de pagamentos, a novas formas de moeda, à utilização de equipamentos como drones, carros elétricos ou foguetes, etc. Pode-se dizer, assim, que no centro dessa situação estão os avanços da informática, da capacidade de armazenamentos de dados, das tecnologias de informação e transporte, das novas tecnologias de geração, transmissão e distribuição energética e, mais especificamente, da inteligência artificial e das tecnologias de reconhecimento de voz e imagens.

Cabe aqui destacar que, para alguns autores, vivemos uma Terceira Revolução Industrial, cujos pilares são: o câmbio para a energia renovável; a transformação do patrimônio imobiliário em micro geradores de energias renováveis localmente; o emprego do hidrogênio e outras tecnologias de armazenamento nas edificações; o uso da internet para permitir à rede elétrica a compartilhar energia, com pequenas unidades geradoras; e a transição da frota de transporte para veículos movidos a células de combustíveis ou elétricos (RIFKIN, 2012, p. 57 e seguintes).

Essas transformações têm gerado nítidos efeitos sobre a vida humana e sobre a forma de produção das economias ao redor do mundo. A conexão entre as economias mundiais também tem sido aprimorada, permitindo o surgimento das chamadas cadeias produtivas globais. Nesse ínterim, há autores que defendem estarmos às vésperas de uma Quarta Revolução Industrial, seja pelas inovações que surgem em curtos ciclos de desenvolvimento (exemplo: reconhecimento de voz ou inteligência artificial) e da digitalização de informações, o que pode nos levar a situações impensáveis, como as empresas “digitais”, com custo marginais que tendem a zero (SCHWAB, 2016, p. 17 e seguintes).

Todas essas questões, portanto, de âmbito global, afetam países de formas não necessariamente homogêneas, mas é certo que resultam em interesses e na busca de soluções comuns ou convergentes. É o que ocorre no tocante à questão energética, para a qual os países têm buscado soluções para uma geração menos poluidora, mais limpa, e também renovável. Nesse sentido, busca-se

soluções para enfrentar os efeitos de mudanças climáticas, que têm alterado o regime de chuvas, prejudicando a acumulação de águas em barragens, usada para a geração hidrelétrica. Ainda, busca-se dar soluções aos problemas decorrentes do último grande desastre relacionado a usinas de geração termonuclear, ocorrido em março de 2011, na Central Nuclear de Fukushima I, no Japão, cujos resultados implicaram aumento do rigor de normas afetas à questão e na imposição de novas limitações à expansão dessa forma de geração e à operação das respectivas usinas.

Ademais, busca encontrar soluções para problemas oriundos de grandes vazamentos de óleo *off-shore*, tais como o decorrente do acidente com a sonda petrolífera *Deepwater Horizon*, em abril de 2010, no Golfo de México, que potencializou a corrida por fontes alternativas de energia limpa e renovável.

Todos esses exemplos estão relacionados, direta ou indiretamente, à questão ambiental. Adicionalmente a essa temática, o setor de energia em todo o mundo tem manifestado preocupações com a necessidade de prover segurança energética em paralelo à necessidade de se atender à expansão de carga de fornecimento, que deverá ser requerida com o crescimento populacional e econômico. O desafio se agrava, sobretudo, se considerada a transição energética que afetará as economias ao redor do mundo, motivada, dentre outras, pela mudança do paradigma tecnológico.

Há algumas décadas, pelo menos desde a 2ª Grande Guerra, muitos países têm procurado firmar alianças colaborativas, de forma a conseguir prover respostas conjuntas, mais efetivas, a desafios relevantes que se colocam diante desses centros políticos. No caso da questão energética supramencionada, deveria haver uma convergência de forças políticas, tanto no âmbito multilateral como no supranacional.

As iniciativas de cooperação entre países, regiões ou blocos de integração requerem um marco regulatório próprio, incentivos e políticas públicas convergentes que atendam a toda a área abrangida pela cooperação, e devem ser capazes de dar respostas eficazes às necessidades dominantes na sociedade, relacionadas, inclusive, ao amplo acesso aos serviços de energia elétrica (universalização do atendimento), o que é considerado como um direito essencial do cidadão.

As ideias até aqui elencadas carecem de discussões mais aprofundadas, visando a uma futura concretização de tais direitos e garantias essenciais à cidadania. Este artigo, portanto, se propõe a fomentar essas discussões.

1. DA OPORTUNIDADE DA INTEGRAÇÃO ENERGÉTICA ENTRE BLOCOS REGIONAIS

Com base em mudanças geoeconômicas e geopolíticas, diversos países passaram a buscar a formação de blocos regionais, como ocorre com a União Europeia (UE)¹ e com o MERCOSUL², cada qual com escopo e objetivos próprios. Ademais, ora se apresentam para facilitar, ora para restringir os efeitos decorrentes da Globalização³.

Um importante movimento de criação de Blocos de Integração Regional ocorreu a partir da segunda metade do século XX, quando países formaram (ou ampliaram) blocos econômicos que visavam uma atuação política conjunta, sob diversas matizes, buscando sua integração. Nos últimos anos, com o brusco câmbio tecnológico e nas relações humanas, o rearranjo de ações políticas dos países de forma agrupada prossegue (ROSSETTI, 2006, p. 360 e seguintes).

Por outro lado, para o êxito dos processos de integração, é importante que os países membros desenvolvam uma rede de relações de confiança entre si, e trabalhem em prol de um alinhamento normativo nas áreas compreendidas pelos interesses do Bloco. Trata-se, nesse caso, de relações intrablocos. Esse modelo é igualmente aplicável aos casos de ações coordenadas ou integradas entre blocos, buscando interesses convergentes. Trata-se, no caso, de relações interblocos.

Nas relações interblocos, é importante considerar os efeitos das mudanças pelas quais o mundo passa, para assim entender o contexto político envolvido no jogo de interesses protagonizado pelos diferentes espaços de integração regional. Nesse contexto, importa definir-se o alinhamento de políticas dentro de cada bloco, para que se possa então desenhar e adotar uma aproximação de políticas entre diferentes blocos.

Dentre essas políticas, que comumente alcançam objetivos relacionados a meio ambiente, migração, saúde, direitos humanos e outros, tratam também de ações que estão na base de sustentação da economia, ou seja, nas questões de infraestrutura econômica. Via de regra, políticas com grande frequência tratadas nessa seara remetem a políticas de transporte. Não obstante, com o avanço

¹ A ideia da União Europeia começa a tomar corpo com a necessidade de reconstrução da Europa do pós-guerra. Com o correr de décadas e após inúmeros Tratados serem firmados em busca de cooperações estratégicas por nações europeias, a UE ganha a forma atual, a partir, sobretudo, dos Tratados de Maastricht (1993) e de Lisboa (2007). Essa ideia se desenvolveu a partir de pilares como integração econômica, política, ambiental, cultural, sanitária, monetária e fiscal, além de política externa e segurança comum e cooperação judiciária e policial (VARELLA, 2009, p. 352 e seguintes).

² O MERCOSUL compreende o processo de integração regional criado inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Com o passar dos anos, recebeu e Venezuela, cujos direitos e deveres perante o Bloco encontram-se atualmente suspensos, e a Bolívia, ainda em processo de adesão (LUQUINI, *in*: FERRAZ, 2004, p. 225 e seguintes).

³ A Globalização é um movimento político-econômico que traz uma dúbia relação com a figura do Estado. Se, por um lado, ameaça poderes estatais, por outro, seu avanço e as medidas que o parametrizam é protagonizada pelos próprios Estados (SASSEN, 2007, p. 61 e seguintes).

tecnológico, as áreas do setor energético, sobretudo de energia elétrica, tornaram-se parte do escopo de interesses dos blocos regionais.

Tanto no âmbito intrabloco, como também no interbloco, o conhecimento das potencialidades e necessidades do agente “parceiro” é vital para se planejar a ação futura conjunta. Tratando-se esta discussão de uma aproximação no setor energético interblocos, evidencia-se a importância do conhecimento das potencialidades e das necessidades das matrizes energéticas das partes relacionadas, ou seja, de cada bloco.

Por exemplo, no âmbito do MERCOSUL, quatro países fundadores apresentam características distintas. Por exemplo, o Brasil dispõe de uma área com 8.515.770 Km²; a Argentina com 2.780.400 Km², o Paraguai com 406.752 Km², e o Uruguai, com 176.215 Km². Com relação à população, o Brasil conta com 211 milhões de habitantes, a Argentina com 45 milhões, o Paraguai com 7 milhões, o e Uruguai com 3,3 milhões. No caso do tamanho do PIB, em 2019, de acordo com dados do Banco Mundial, o Brasil apresentou um valor de US\$ 1,84 trilhões, a Argentina, com US\$ 445,5 bilhões, o Paraguai, com US\$ 38,2 bilhões, e o Uruguai, com US\$ 56,1 bilhões (Banco Mundial, 2021).

Com relação a suas matrizes energéticas, é possível afirmar que há heterogeneidade das legislações próprias de cada país membro do MERCOSUL, que carecem de convergência para o avanço das pretensões integrativas intrabloco, o que dificulta também relações interblocos sob a mesma ótica. No caso da UE, seu escopo de atuação já avançou e se desenvolveu sobremaneira, colocando-a num estágio de integração muito mais avançado quanto à maturidade das relações intrablocos. Dessa forma, é crível que a UE possa oferecer exemplos oportunos para o MERCOSUL nesse contexto.

Outrossim, considerando-se a distância geográfica entre os dois blocos, e a natureza territorial de boa parte dos sistemas que compõe as respectivas matrizes energéticas, as possibilidades de êxito de uma política de integração energética entre ambos, a partir da tecnologia disponível atualmente, ficam mais restritas. Parte da matriz energética de um país ou bloco é composta pela respectiva matriz elétrica, sendo essa formada pelo conjunto de fontes disponíveis apenas para a geração de energia elétrica, o que não abrange, por exemplo, combustíveis fósseis usados para fins de transporte de cargas e pessoas. Os combustíveis fósseis usados para fins de transporte, então, comporiam a matriz energética, mas não a matriz elétrica. Ressalta-se que há combustíveis fósseis usados não para fins de transporte, mas para geração elétrica a partir de usinas termoelétricas (EPE, 2021).

De qualquer forma, é possível se pensar numa política de trocas comerciais vantajosas entre as partes, a partir de seus interesses quanto a insumos da indústria energética, o que poderia trazer benefícios econômicos e sociais para todos. Em tal contexto, o desenho de uma Zona de Livre

Comércio interblocos que compreenda esse tipo de produtos e serviços, configura-se como uma situação promissora.

Há aspectos dessa relação interblocos que se configuram como sinergias a serem exploradas por ambas as partes, de modo a gerar a possibilidade de esses blocos abraçarem o conceito de uma integração energética interblocos, a partir do desenho das suas matrizes energéticas intrablocos. Deve-se, assim, evidenciar as situações que possam ser aperfeiçoadas nas matrizes regionais, a partir do sucesso desse tipo de cooperação, visando a uma consequente integração energética interblocos.

Ressalta-se que o movimento de integração, com viés concentrador, requer o desenho de estratégias e a elaboração de instrumentos jurídicos que permitam o expansionismo da ação de agentes, essencial para seu sucesso. A motivação para uma inserção internacional, ou uma atuação econômica integrada, suporta a difusão de conhecimentos para competir (FERRAZ, 2004, p. 38 e seguintes).

2. CARACTERÍSTICAS DAS MATRIZES ENERGÉTICAS DO MERCOSUL E DA UNIÃO EUROPEIA

2.1 O caso do MERCOSUL

O MERCOSUL⁴ foi criado por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, com o objetivo precípuo de estabelecerem uma zona de livre comércio entre os seus membros, desburocratizando e dinamizando o comércio internacional⁵ no âmbito intrablocos, tendo como ponto de convergência o aproveitamento histórico do Rio da Prata como canal de escoamento da produção desses países.

Destaca-se que a A Bacia Hidrográfica do Rio da Prata é a segunda maior bacia da América do Sul, atrás apenas da Bacia da Amazônia. Ela possui importância econômica relevante para países como Uruguai, Argentina, Paraguai, Brasil e Bolívia, sendo formada pelos rios Paraná, Paraguai e Uruguai. (TERRA BRASILIS, 2020).

Com a evolução do MERCOSUL, não obstante momentos alternados de avanços e retrocessos, surgem inúmeras possibilidades de desenvolvimento econômico, inclusive no tocante a

⁴ A UE é uma união econômica e política de 27 Estados-membros. Importa referir que a UE se encontra em um avançado processo de integração regional, com a constituição, inclusive, de políticas macroeconômicas supranacionais, com a adoção de um Banco Central e moeda única, o EURO (STIGLITZ, 2016, p. 13 e seguintes).

⁵ Deve-se aqui atentar para o fato de que o Comércio Internacional é atividade com características próprias embasadas nos usos e costumes comerciais, e seu principal instrumento são os “contratos internacionais”. Destarte, com o dinamismo do mundo dos negócios, tais instrumentos vêm passando por transformações. Criam, assim, fórmulas que possibilitam maior segurança, com inclusão de sofisticadas formas de garantia, conferindo mais certeza aos negócios (FERRAZ, 2015, p. 9 e seguintes).

uma verdadeira integração de matrizes energéticas⁶ e, até mesmo, mais especificamente, de matrizes elétricas⁷. Os países criadores do MERCOSUL contam com matrizes elétricas variadas e, em boa medida, complementares. Nesse contexto, ressalta-se que o MERCOSUL ainda hoje carece de aperfeiçoamentos, sendo exemplo dessa constatação a necessidade de aprimoramento dos mecanismos de solução de controvérsias. (LUQUINI, 2004, p. 225 e seguintes).

O Brasil, por exemplo, é rico tanto em fontes de geração de energia elétrica como também de recursos energéticos fósseis, dispondo de reservas de petróleo e gás expressivas, presentes notadamente em leito marinho (exploração off-shore), e não mais concentrado na Bacia de Campos, no Estado do Rio de Janeiro. Há importantes reservas em mar a frente dos litorais de São Paulo, Espírito Santo e de alguns estados da região Nordeste do País, no âmbito do denominado “polígono” do Pré-sal⁸.

No caso do gás natural, o Brasil dispõe de reservas também na Amazônia (Urucu⁹), com ligação via gasoduto da fonte produtora, no meio da Amazônia (sem ligação rodoviária), até a cidade de Manaus. Adicionalmente, o País conta com ligação mediante gasoduto, que acompanha sua linha litorânea na maior parte de sua extensão, desde o Estado do Rio Grande do Sul (que tem fronteiras com Uruguai e Argentina), até o porto de Pecém, no Estado do Ceará, na Região Nordeste do País. Passa também pelo Estado de São Paulo, onde chega também o gasoduto que vem da Bolívia (GASBOL), trazendo o gás boliviano para São Paulo. Há também um gasoduto planejado para ligar a cidade de Porto Alegre, capital do Estado do Rio Grande do Sul à cidade de Uruguaiana, no mesmo Estado, fronteira com a Argentina.

Uma vez que essa ligação se complete, e o sistema de gasodutos brasileiro já existente seja aprimorado, dotando-o de gestão logística do gás que opere em dois sentidos, mediante entregas de “lotes” específicos em termos de volume, seria possível conectar o gás oriundo de fontes produtoras no extremo Sul do Continente, por exemplo, a 13, dentre 17 Estados litorâneos brasileiros, alcançando o Estado do Ceará, cujo litoral se encontra geograficamente voltado para o Atlântico norte (inclusive para

⁶ A matriz energética de um país corresponde ao conjunto de fontes de energia disponíveis em um país para suprir a necessidade ou demanda de energia, sejam elas relacionadas à movimentação de carros, ao preparo de comida no fogão, ou à geração de eletricidade - (<https://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica/>, 2021).

⁷ A matriz elétrica de um país é formada pelo conjunto de fontes disponíveis apenas para a geração de energia elétrica, sendo parte da matriz energética - <https://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica/>, 2021.

⁸ O termo Pré-sal corresponde a uma camada geológica situada no subsolo marinho que se estende por uma faixa de 800 Km em frente à costa brasileira, referente a qual, em 2006, foi anunciada uma primeira descoberta relevante de petróleo (MORAIS, 2015, p. 159 e seguintes).

⁹ Urucu é um polo produtor de gás natural situado no meio da Floresta Amazônica, de onde parte um gasoduto (Urucu-Coari-Manaus) cujas operações foram iniciadas em 2009, com extensão de 663,2 km (trecho Urucu-Manaus), capacidade de transportar 5,5 milhões de metros cúbicos/dia, e geração de 760 MW de energia elétrica - <https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/principais-operacoes/gasodutos/urucu-coari-manaus.htm>, 2021.

a Europa). No caso desse segmento de gás, a ênfase nos investimentos não apenas de produção de petróleo e gás (nesse último caso, inclusive por empreendimentos em terra de *fraking*¹⁰), mas também na movimentação desses insumos energéticos mediante dutos, com expansão da rede, deverão ser a tônica nos próximos anos.

Quanto ao setor elétrico, a matriz brasileira é diversificada, com cerca de 43% da produção de energia proveniente de fontes renováveis. Sobre esse assunto, cabe mencionar que a matriz elétrica brasileira tem forte presença de fontes de geração limpa e renovável, grande parte gerada por hidrelétricas, além de crescente presença de fontes eólica e solar fotovoltaica. (EPE, 2021).

Boa parte da energia elétrica é gerada a partir de grandes usinas hidrelétricas, como a Usina Hidrelétrica de Itaipu (no Estado do Paraná), a Usina Hidrelétrica de Belo Monte, a Usina Hidrelétrica São Luíz do Tapajós e Usina Hidrelétrica de Tucuruí (as três no Estado do Pará), e a Usina Hidrelétrica de Santo Antônio (no Estado de Rondônia). Cabe aqui destacar que a “atividade de geração elétrica compreende a conversão de energias (tipicamente energia mecânica) em energia elétrica”. (ALMEIDA, 2007, p. 132 e seguintes).

O Brasil desfruta de um potencial hidrelétrico invejável, comparado às demais economias do mundo, e dispõe ainda de diversas usinas hidrelétricas de pequeno porte (denominadas de Pequenas Centrais Hidrelétricas - PCHs), que se multiplicaram a partir da adoção de um programa federal de incentivos, dinamizado após 2001, para fazer frente à crise energética que então se abateu sobre o País. Ademais, o Brasil conta com grande potencial de geração eólica (sobretudo na região Nordeste) e solar (com destaque para as regiões Nordeste e Centro-Oeste), sendo essas consideradas fontes de geração limpa e renovável. Em paralelo, o País conta com uma ativa geração de energia a partir de biomassa, a ela associada a produção de biocombustíveis a partir do etanol. O futuro do setor elétrico no Brasil aponta para maiores investimentos em energias alternativas (como solar, eólica e de biocombustíveis), com pulverização dos empreendimentos de geração. Cabe lembrar que o Sistema Elétrico brasileiro passou por diversas modelagens em função da época e das necessidades que o setor exigia. Nas últimas décadas, constatou-se que, de 1930 até 1990, o setor era fortemente estatizado, mas na década de 1990, o setor começou a passar por privatizações, o que trouxe a necessidade de reformas no setor – uma delas segmentando-o em geração, transmissão e distribuição -, o que teria resultado na crise energética de 2001. (TOLMASQUIM, 2011, p. 3 e seguintes).

¹⁰ Trata-se de uma tecnologia que compreende uma forma de completar um poço de extração de petróleo e gás, estimulando a formação geológica para aumentar a produção, criando maior permeabilidade da formação a partir da injeção de fluidos a alta pressão para criar fraturas nas rochas produtoras, aumentando a eficiência produtiva (FAULKNER, 2014, p. 64 e seguintes).

Por seu turno, a matriz elétrica da Argentina¹¹ é considerada uma matriz “suja”, pois, muito dependente de fontes de geração termelétricas baseadas na queima de combustíveis fósseis. O País conta ainda com boa presença de geração hidrelétrica, além da nuclear e solar, eólica e de biomassa. Nos últimos anos, investiu no desenvolvimento de energias limpas, aproveitando seu potencial de geração solar e eólica, elevando a participação dessas fontes em sua matriz. Desde a década de 1990, a Argentina apostou na geração termoelétrica de ciclo combinado, que gerou bons retornos para as empresas então recém privatizadas. Mas com baixos investimentos em pesquisa e exploração de petróleo e gás, esses recursos foram se tornando escassos, e a energia elétrica foi encarecendo e se tornando mais dependente de importações de gás natural. Em 2019, quanto à potência instalada, a geração térmica representava 24.557 MW (63,1%) e a fonte Hidrelétrica representava 10.790 MW (27,7%). Em 2011, foi descoberta uma reserva de gás natural de alto potencial produtivo, que iniciou a produção em 2018, cobrindo suas necessidades de geração termoelétrica.

Cabe ainda mencionar que o sistema elétrico da Argentina é interligado, com exceção de regiões isoladas. Também, é importante destacar que a operação do sistema é concentrada. Afinal, o fenômeno de concentração reconhecidamente comanda a evolução da economia capitalista desde a Segunda Grande Guerra (BULGARELLI, 1996, p. 20 e seguintes), uma tendência que se apresenta com a maturidade de cada setor econômico. Essa concentração se dá basicamente em três grupos econômicos¹² que controlam praticamente metade da demanda por energia elétrica do País, o que resulta em tarifas elevadas. Esse fato chegou a provocar crises políticas de grande magnitude, como a vivida por volta de 2002. O futuro do setor aponta para investimentos na expansão da infraestrutura de gás natural e na expansão das fontes renováveis, sobretudo a eólica, considerando-se o grande potencial existente. Ainda, deve-se promover o incentivo à concorrência, mediante abertura do mercado a mais participantes, para fins de adequação das tarifas.

No caso do Paraguai, a matriz energética tem grande dependência da usina hidrelétrica de Itaipu, bem como das usinas congêneres de Acaray e Yacyretá, sendo essa operada junto com a Argentina. Parte considerável da energia gerada por essas usinas destina-se à exportação para Brasil e Argentina – o Paraguai é considerado país exportador de energia. Outra parcela da demanda interna é

¹¹ A Matriz Energética da Argentina conta com recursos energéticos variados. Em 2018, a oferta interna total de energia foi de 82 milhões de toneladas equivalentes de petróleo (Mtep), sendo 86% referentes ao gás natural, petróleo e derivados - https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-492/Nota%20Tecnica%20A%20Industria%20Gas%20Natural%20na%20Argentina_Panorama%20perspectivas%20e%20oportunidades%20para%20o%20Brasil_DPG_SPG.pdf, 2021.

¹² Cabe salientar que, tomando-se emprestado o entendimento dado pelo Direito brasileiro, os Grupos Econômicos se caracterizam como um conjunto de sociedades sujeitas ao controle de uma das sociedades na condução de seus negócios (TOMAZETTE, 2019, p. 652 e seguintes).

atendida mediante a geração por biomassa¹³. A grande dependência do País da fonte hidrelétrica tende a elevar o risco e afetar a segurança energética, apesar de o País contar com grande reserva hidrológica. Cabe mencionar nesse contexto, que o território do Paraguai se situa sobre o maior aquífero do mundo: o Aquífero Guarani. O fato lhe confere importante dotação de recursos hidrológicos. (BANCO MUNDIAL, 2020).

O Paraguai também enfrenta problemas de qualidade no fornecimento e na transmissão do serviço de energia elétrica, que apresenta frequentes e prolongados apagões, bem como a necessidade de investimentos para lidar com a expansão da demanda de eletricidade. Destaca-se, finalmente, que o Paraguai não produz petróleo e sua produção de gás é marginal e localizada em poucos sítios, o que pode requerer investimentos em dutos de transporte desses insumos energéticos.

Finalmente, o Uruguai conta com aproximadamente 98% de sua energia produzida a partir de fontes renováveis (hidroelétrica, eólica, solar e biomassa). A matriz energética do país foi alterada mediante investimentos realizados em anos recentes, em especial na expansão do parque gerador eólico, beneficiado por uma localização geográfica que lhe proporciona condições naturais próprias para a geração eólica. Na matriz energética uruguaia destaca-se, em 2020, a geração eólica, com 40,96%, e a geração hidrelétrica, com 38,77%, da matriz energética do país. Para alcançar essa situação, foi desenvolvido um modelo de parcerias público-privado para promover investimentos e impulsionar o setor de energia elétrica, o qual compreende múltiplas modalidades de investimento e financiamento, incluindo contratos de *leasing*¹⁴ e acesso ao mercado de capitais¹⁵. O Uruguai possui projetos importantes associados à Argentina, como a Usina Hidrelétrica Salto Grande, além de contar com a interconexão mediante a Estação de Salto Grande. Com o Brasil, dispõe de estações conversoras de frequência em Rivera e Melo. Esses empreendimentos binacionais conjuntos contribuem para aprofundar a integração regional, visando à expansão da carga para atender ao crescimento econômico esperado.

¹³ A matriz energética paraguaia destaca-se por forte presença da geração hidroelétrica e de biomassa, o caráter exportador do seu sistema elétrico, e a dependência de importação de hidrocarbonetos para atividades de transporte. Para maiores detalhes sugere-se consultar o sítio eletrônico https://www.ssme.gov.py/vmme/index.php?option=com_content&view=article&id=1213&Itemid=598, o qual foi acessado em 10 dez. 2020.

¹⁴ O Leasing, ou “arrendamento mercantil, é um contrato pelo qual a arrendadora ou locadora adquire um bem escolhido por seu cliente para, em seguida, alugá-lo a este último, por prazo determinado”. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. 3: direito de empresa, 12. ed.- São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165 e seguintes.

¹⁵ O Mercado de Capitais é considerado como um “sistema de distribuição de valores mobiliários que gera liquidez a títulos de emissão de empresas e possibilita o processo de capitalização”. TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial – 1: Teoria Geral e Direito Societário. 10ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 450 e seguintes.

2.1 O caso da União Europeia

A União Europeia tem, como um de seus principais desafios, a questão energética. Trata-se do melhor exemplo de Bloco de Integração existente, em que os países partilham de um mercado sem fronteiras internas, em que cidadãos, produtos e serviços, e capitais, circulam livremente entre os países do Bloco. (AGUILLAR, 2009, p. 444 e seguintes).

Uma das razões é que o Bloco tem uma crescente dependência de insumos energéticos importados, que são “indexados” ao preço do barril do petróleo. Nesse contexto, as perspectivas energéticas da UE não sugerem bonança, considerando a variabilidade e a tendência de longo prazo do preço desse energético.

Preocupados com essa situação, os países da União Europeia têm apresentado expressiva evolução quanto ao desenvolvimento e à aplicação de energias limpas e renováveis, com os objetivos de reduzir a dependência de fontes externas e cumprir metas estabelecidas no contexto do Protocolo de Quioto¹⁶, visando à redução de emissões de gases que contribuem para o aquecimento global. São referência nessa evolução países como Alemanha, Espanha, França, Suécia e Portugal, que aumentaram muito a participação de fontes limpas e renováveis no total da energia que produzem.

A União Europeia, no final da primeira década do Século XXI, planejou alcançar um mínimo de 20% de utilização de fontes geradoras limpas e renováveis relativamente ao seu consumo total de energia. Além disso, no ano de 2020, aprovou-se uma redução de 60% das emissões até 2030, e o Parlamento Europeu¹⁷ divulgou a pretensão de eliminar todas as subvenções diretas e indiretas aos combustíveis fósseis até 2025. Deve-se considerar que a energia constitui cada vez mais uma prioridade política, sendo um dos cinco principais domínios em desenvolvimento visados pela União Europeia (<https://www.eea.europa.eu/pt/themes/energy/intro>, 2021).

A geração elétrica do Bloco depende também da geração nuclear, geotérmica e, mais recentemente, das fontes eólicas e solar. No caso da fonte eólica, tem aumentado sua participação nas matrizes energéticas de alguns países. Todavia, a incidência de ventos não costuma ocorrer com perenidade, e dependem de local e da época do ano para serem mais eficientes. A União Europeia já ultrapassou a marca de 100 gigawatts (GW) de capacidade instalada de geração de eletricidade a partir

¹⁶ Trata-se do acordo ambiental firmado na 3ª Conferência das Partes da Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, que ocorreu em Kyoto, Japão, em 1997, tendo sido o primeiro tratado internacional para controle da emissão de gases de efeito estufa na atmosfera. Para mais informações veja-se: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/protocolo-de-kyoto>, que foi consultado em 05 jan. 2021.

¹⁷ Para aprofundar conhecimentos, veja-se: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/70/renewable-energy>, que foi consultado em 05 jan. 2021.

dos ventos, o que corresponde ao abastecimento de 57 milhões de residências, sendo os países com maior produção dessa fonte no Bloco a Alemanha (29 GW), a Espanha (21 GW) e a França (6,8 GW). Destaca-se, no uso dessa fonte, o caso da Dinamarca, onde quase metade da energia gerada no País vem dessa fonte. A Energia Eólica continua a receber investimentos no continente europeu, e deverão ser instalados novos parques Eólicos, por exemplo, em Portugal, país que conta, inclusive, com projetos para a instalação de turbinas em mar aberto - a geração eólica *offshore*, ou eólica flutuante -, como já ocorre na Dinamarca.

Com relação à geração de energia solar, há limitações quanto aos níveis de insolação e radiação, em função da localização da União Europeia no Globo Terrestre, mas, ainda assim, configura-se como importante alternativa de geração elétrica (energia solar-fotovoltaica) e também térmica (energia solar-térmica). Nesse último caso, a energia solar é usada para o aquecimento de ambientes e da água (cujo vapor pode ser usado também para a geração elétrica), como alternativa à geração de calor obtida pela queima de hidrocarbonetos. Há parques geradores de energia solar de grande capacidade em países mais ao sul da Europa, como na Itália e Espanha. A Espanha dispõe de boa experiência na fabricação de equipamentos - *trackers* ou rastreadores solares - usados para movimentação de placas fotovoltaicas para melhor aproveitamento da captação de energia solar, que otimizam os resultados desse tipo de geração elétrica.

Há também iniciativas para aproveitamento da energia das ondas, da qual Portugal é líder mundial no segmento. A exploração dessa fonte decorre do uso de placas que se movem com o movimento da corrente das ondas no oceano.

Outrossim, destaca-se a presença de usinas nucleares na UE¹⁸. A energia nuclear é uma alternativa de baixas emissões de carbono quando comparada aos combustíveis fósseis. Constitui uma componente essencial das matrizes energéticas de 13 dos Estados-Membros, representando quase 26 % da energia elétrica produzida no Bloco. A Alemanha (segundo maior produtor dessa fonte na UE) decidiu encerrar suas usinas, mas países como França (maior produtor dessa fonte na UE), Bélgica e Eslováquia estão aumentando a produção de energia nuclear.

Finalmente, no que tange ao consumo, a UE consome 70% do Petróleo e 65% do gás exportados pela Rússia, país que tem sido fonte de incômodo para o continente. O ápice de tal preocupação ocorreu a partir de 2009, em virtude da crise do gás que envolveu Rússia e Ucrânia. Daí a

¹⁸ Trata-se do acordo ambiental firmado na 3ª Conferência das Partes da Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, que ocorreu em Kyoto, Japão, em 1997, tendo sido o primeiro tratado internacional para controle da emissão de gases de efeito estufa na atmosfera. Para mais informações veja-se: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/protocolo-de-kyoto>, que foi consultado em 05 jan. 2021.

busca por soluções alternativas de fornecimento de energia, tais como a construção e ligação de gasoduto a partir de Israel.

3. DA POSSIBILIDADE DE INTEGRAÇÃO ENERGÉTICA INTERBLOCOS – MERCOSUL E UNIÃO EUROPEIA

A integração energética entre blocos tende a ser vocacionada, numa abordagem inicial, a dinamizar o ambiente de trocas entre as partes e, desse modo, promover o crescimento econômico mediante a intensificação das relações comerciais.

No caso específico do setor energético e da correspondente possibilidade de se buscar uma integração interblocos, há limitações para a obtenção de ganhos econômicos oriundos de tal relação¹⁹. Caso a aproximação seja firmada entre blocos que não tenham relação geográfica de proximidade e vizinhança, as limitações se evidenciam, com mais nitidez no segmento de energia elétrica, que requer interligação física de redes para que tenha economicidade destacada. Quando há relação geográfica de proximidade e vizinhança, a integração mais facilmente se concretiza e pode gerar benefícios para as partes. Portanto, caso haja grandes distâncias entre os blocos que pretendam a integração, ela fica muito prejudicada, sendo economicamente inviável com a tecnologia hoje disponível. Também não parece sensato abraçar alternativas suscitadas, como a do uso de baterias para serem transportadas via navegação²⁰.

Ocorre, entretanto, que a integração energética não necessariamente limita-se à integração de energia elétrica. Pode-se pensar em outros insumos que sejam capazes de gerar energia para uso do ser humano em benefício de maiores facilidades e qualidade de vida. É o caso de recursos fósseis usados na geração de energia, os quais podem ser objeto de comércio, especialmente o marítimo, por ser mais eficiente (barato). Deve-se considerar que transporte no modal marítimo representa a maior parte do transporte internacional de mercadorias, em termos mundiais (OCTAVIANO MARTINS, 2013, p.2 e seguintes). Em que pese o fato de a sociedade global pretender um câmbio energético de fontes consideradas “sujas” e finitas, como são os combustíveis fósseis, para uma geração de energia limpa e renovável, não se pode abrir mão de um modelo construído durante décadas em um curto espaço de

¹⁹ Para aprofundar conhecimentos, veja-se: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/70/renewable-energy>, que foi consultado em 05 jan. 2021.

²⁰ Há um tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atômica (Tratado Euratom), que inclui dispositivos sobre investimentos, empresas comuns e aprovisionamento, bem como sobre o mercado comum nuclear. Para mais informações sobre o assunto, veja-se: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/62/energia-nuclear#:~:text=A%20energia%20nuclear%20C3%A9%20uma,energia%20el%C3%A9trica%20produzida%20na%20UE>, que foi acessado em 05/01/2021.

tempo, ou de forma “automática”, havendo a necessidade de se fazer uma transição de modelos durante um determinado período de tempo. Nesse período, a promoção do comércio interblocos pode ser economicamente interessante, além de contribuir para se evitar choques de oferta de energia durante o sempre delicado período de transição energética.

Alargando o entendimento sobre integração energética, o comércio interblocos através de longa distância que compreenda bens de capital, ou seja, máquinas e equipamentos usados na geração de energia a partir de diferentes fontes, pode fazer parte desse intento. É o caso, por exemplo, de equipamentos usados na geração de energia eólica, solar fotovoltaica, termonuclear, ou a partir do hidrogênio.

O comércio interblocos, ainda que considerado no âmbito do setor de energia, ajuda o dinamismo econômico das partes envolvidas. Para quem exporta, o comércio promove a geração de emprego e renda, bem como a promoção do crescimento econômico, além de se gerar receitas que podem ser utilizadas para melhorar a condição de vida das pessoas. Não se pode olvidar que, a partir de ideias liberais de economia, entende-se que o comércio leva à especialização de cada pessoa ou grupo nas atividades que podem melhor desempenhar, trocando os resultados com outros que deseje obter mediante o comércio, que tende a melhorar a situação de todos (MANKIWI, 2001, p. 8 e seguintes). Para quem importa, o comércio suporta a criação de riqueza, na medida em que as importações podem substituir fontes de energia menos eficientes ou até mesmo menos limpas (por exemplo, substituir petróleo por gás como combustível em uma usina termoeletricas), reduzindo o impacto ambiental, aumentando a competitividade do país e promovendo o crescimento econômico com a redução de custos de energia. Ademais de permitir, em muitos casos, a absorção de novas tecnologias.

Além disso, esse comércio tende a levar ao aumento da oferta de energia, pelo menos em uma das partes da relação interblocos, e ao conseqüente aumento da confiabilidade dos sistemas, considerando que um bloco pode contar com um substituto energético do outro bloco, auxiliando-o no enfrentamento de eventual período de escassez que possa ter de enfrentar. Indubitavelmente, as iniciativas integrativas tendem a gerar aumento da eficiência - que no caso do setor de energia tem seu efeito potencializado para outras atividades econômicas, em função da externalidade positiva²¹ inerente ao próprio setor - e da segurança energética interblocos, a qual tende a gerar maior perenidade e confiabilidade no fornecimento de energia elétrica. Entende-se aqui como “Segurança Energética” o

²¹ A externalidade positiva ocorre quando uma atividade gera efeitos positivos sobre outra atividade. Para aprofundar a matéria, veja-se: VARIAN, Hal R. Microeconomia: Princípios básicos. Trad. da 5. ed. americana Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 612 e seguintes.

adequado suprimento de energia necessário, a preços razoáveis e estáveis, para o desenvolvimento econômico sustentável (com base em conceitos de desenvolvimento econômico e social e de proteção ambiental), podendo ser analisada a partir da presença em um sistema de centros de demanda; logística e fontes de suprimento energético; geopolítica; estrutura de mercado; e análise das instituições. O uso da expressão enseja a busca por fontes alternativas de energia, maior competição na oferta, eficiência energética, diversificação energética, planos de contingência etc (PAIVA; CASTRO; LIMA, 2017, p. 18 e seguintes).

Importante lembrar o contexto que cerca toda essa discussão a respeito de integração energética: a necessidade de se buscar harmonia entre a perseguição dos objetivos de uma expansão da oferta de energia que atenda a necessidades cada vez maiores de uma população e economia crescentes, bem como de se obter soluções de geração de energia que se compatibilize à necessidade de adoção de soluções ambientalmente sustentáveis. Tal situação tende a aumentar a importância das fontes alternativas de energia, que avançam em termos de viabilidade econômica diante do desenvolvimento tecnológico aplicado, bem como de soluções mais baratas que suportem um período de transição energética pelo qual o mundo atravessa, partindo de uma matriz energética com traços tipicamente poluidores, para uma matriz limpa. Nesse caso, o gás natural, independente das técnicas utilizadas para sua obtenção, encontra seu espaço de relevância. Há diferentes métodos ou técnicas que podem ser utilizadas para a obtenção do gás natural, entre elas técnicas geoquímicas, geofísicas e reflexão sísmica (ALMEIDA, 2013, p. 40 e seguintes).

Inferese dessa discussão a importância de que um movimento em prol de uma integração energética expandida - como no caso da integração interblocos que aqui se propõe e analisa, entre a UE e o MERCOSUL -, considere, tanto o comércio de gás natural, como também o de bens de capital utilizados na indústria de geração de energia limpa e renovável - em especial a das fontes eólica, solar fotovoltaica, termonuclear ou hidrogênio.

No que toca ao comércio de gás natural, insinuam-se possibilidades de investimentos de modernização e expansão do sistema de gasodutos e terminais portuários, e até de plataformas *off shore*, de modo a serem dotados estrategicamente de estações de liquefação de gás²² para atender a exportações para portos europeus, oferecendo outras opções ao gás que é destinado à União Europeia,

²² Estações de Liquefação de Gás (assim como as estações de regaseificação do gás) decorreram de uma solução tecnológica para barateamentos do transporte de gás natural mediante o uso de embarcações (os chamados navios metaneiros), o que possibilitou a economicidade nas operações de transporte de gás entre países geograficamente distantes das regiões produtoras, e que contam com elevado consumo energético, ensejando a contestabilidade desse mercado. Para aprofundar a matéria, sugere-se ver: MATHIAS, Melissa C. P. P. A Formação da Indústria Global de Gás Natural: Definições, Condicionantes e Desafios. Rio de Janeiro: Interciência, 2010, p. 155 e seguintes.

sobretudo mediante transporte dutoviário oriundos da Rússia (de que tem grande dependência), e, mais recentemente, de Israel. O sistema de gasodutos poderia ser expandido de modo a interligar as fontes de gás da Argentina e do Pré-sal brasileiro, a portos em que o gás pudesse ser liquefeito para ser então transportado para os portos europeus, no âmbito da relação Mercosul –UE, ao que se espera, a um custo competitivo.

Com relação aos equipamentos (bens de capital) destinados à geração elétrica limpa e renovável, é possível se pensar como solução em incentivos fiscais para comercialização desses bens de capital utilizados na geração eólica, solar, de biomassa e hidrogênio, permitindo que países do Bloco que tenham essa capacidade tecnológica produtora - precipuamente a Europa, mas em alguns casos também países do MERCOSUL -, forneçam em condições competitivas para os demais no âmbito da relação interbloco, com a consequência de promover a geração mediante fontes limpa e renováveis.

Considerando toda essa discussão, pode-se inferir que a relação que abarca uma integração energética expandida interblocos, no caso do MERCOSUL e da UE, compreende sobretudo uma ação política de concessão de isenções tributárias específica sobre o comércio internacional, que abrange tipicamente impostos sobre importação, exportação, produção de itens exportáveis e circulação de bens e mercadorias, aplicáveis aos bens de capital supramencionados e insumos energéticos de baixo impacto ambiental, como é o caso do gás natural.

Atende-se, com isso, a vários objetivos perseguidos pela atual sociedade internacional, dentre os quais: aumento da carga ofertada aos sistemas elétricos dos dois blocos que transacionam esses bens; incentivo a fontes de geração elétrica limpas e renováveis; barateamento das tarifas nos blocos; geração de emprego e renda; troca de conhecimentos tecnológicos; maior visibilidade e conhecimento de mercados extraterritoriais; externalidades positivas para outros setores e segmentos como navegação marítima (frete), seguros, e setores em geral, dependentes do setor energético.

A redução de tarifas no âmbito do comércio internacional não é novidade. No caso em tela, inova-se por não se tratar do comércio entre nações, mas do comércio interblocos, cada um deles pressionado por ter que alinhar interesses internos a sua competência, para só então negociar com o bloco com o qual deseja estruturar uma relação de incentivos.

O modelo ora proposto de integração energética expandida interblocos prevê ainda que investimentos sejam feitos, tanto no MERCOSUL como na UE, para a expansão e modernização de gasodutos, permitindo a formação de uma conexão entre as áreas mais ao sul do continente, com as áreas litorâneas do nordeste brasileiro, acompanhando, inclusive, toda a extensão sul-norte do polígono do Pré-sal. Investimentos na gestão do fluxo de óleo nos oleodutos também é desejável, além de

investimentos em portos e plataformas em alto mar, nesses casos para liquefazer e embarcar o gás natural.

Uma vez implantada a supramencionada integração energética expandida interblocos, é pertinente que sejam avaliados os impactos da integração energética quanto a seus efeitos sobre o comportamento de famílias, empresas e mercados, além de identificar incentivos que possam se concretizar no âmbito de cada bloco, a partir de um esperado ambiente de negócios com mais dinamismo, eficiência e liberdade.

Essas políticas têm a ver com o intento de se forjar cooperações e, mais ainda, integração de sistemas, no caso, sistemas energéticos entre o MERCOSUL e a UE. Nesse sentido, destaca-se que o MERCOSUL e a UE, firmaram um Acordo de Associação, em 28 de junho de 2019, com pretensões (não exaustivas) de dinamizar o comércio internacional, defender padrões de segurança alimentar, fortalecer direitos, garantir proteção ambiental, proteger a propriedade, e promover a qualidade dos produtos. A UE e o MERCOSUL representam, juntos, um PIB de, aproximadamente, US\$ 20 trilhões (25% da economia mundial), e um mercado de aproximadamente 780 milhões de pessoas. O acordo compreende, assim, uma das maiores áreas de livre comércio do mundo, considerando que o fluxo de comércio entre essas duas regiões alcançou valor superior a US\$ 90 bilhões, em 2018, e o estoque de investimentos da UE no MERCOSUL em 2017 totalizou cerca de US\$ 433 bilhões. As expectativas de êxito desse acordo são enormes, sobretudo sob a perspectiva do Brasil (CAMEX, 2020).

Informa-se, também, que o Acordo de Associação supra prevê, no capítulo político e de cooperação, ainda em fase de negociação, 49 artigos sobre várias áreas estratégicas, dentre elas as áreas de energia e, mais especificamente, os usos pacíficos da energia nuclear, pilar do Tratado de Não Proliferação das Armas Nucleares. Suporta, também, compromissos com a questão ambiental, que guarda relação próxima com a questão energética. Deve-se recordar que esse tratado, em vigor já em 1970, teve êxito na prevenção da proliferação de armas nucleares entre países que não as detinham à época, mas não conseguiu que os Estados que possuíam essas armas eliminassem seus respectivos estoques (ITAMARATY, 2021). Esse Acordo enfrenta limitações de escopo, pois, como aqui já tratado, não comportará especificamente uma integração energética plena entre os blocos, pois é inviável, até em função da grande distância que os separa, uma integração de natureza física, necessária no caso da energia elétrica.

De qualquer forma, a ebulição do comércio entre os dois blocos promovida pelo Acordo pode ser motivo mais que suficiente para dele muito se esperar. Nesse contexto, a partir de inspirações liberais Ricardianas, tem-se instrumento eficaz para promoção de desenvolvimento econômico e social

e redução da pobreza dos países dos respectivos blocos. Com “inspirações liberais Ricardianas” entende-se, aqui, a ideia associada ao chamado modelo Ricardiano, desenvolvido por David Ricardo - pensador que introduziu o conceito de vantagens comparativas -, mediante o qual o comércio intencional resulta das diferenças internacionais na produtividade do trabalho (KRUGMAN, 1999, p. 14 e seguintes).

O Acordo anunciado, então, tem a virtude de proporcionar uma condição *suis generis* para os países do MERCOSUL aumentarem bastante sua presença no “*jet set*” da cadeia do comércio mundial. Respalda essa previsão a eliminação já anunciada de tarifas de importação para mais de 90% dos produtos comercializados entre os blocos. No caso de produtos que continuarão com suas tarifas, serão aplicadas cotas preferenciais de importação com tarifas reduzidas, e o processo de redução ou eliminação de tarifas poderá demandar mais de uma década de duração.

Em complemento, é importante ter clareza de que, para o MERCOSUL, o acesso ao mercado europeu em condições diferenciadas pode resultar em externalidade positivas em favor de suas pretensões quanto a outras relações comerciais no mundo. Adicionalmente, o mundo vive outra crise - a das relações multilaterais - e, enquanto essa tensão permanecer as soluções regionalistas e bipolares nas relações comerciais, sejam elas entre nações ou entre blocos de integração, tendem a ocupar o espaço não preenchido pelo multilateralismo, e daí a relevância não apenas das relações intrabloco em ambos os casos analisados, mas sobretudo das relações interblocos. As expectativas dos países do MERCOSUL com o acordo firmado com a UE são muitas, haja vista, sobretudo, o contexto atual da economia e do comércio mundial (CAMEX, 2020).

Num ambiente de incerteza, é recomendável o uso de instrumentos estatais, que no caso necessitam de uma convergência normativa entre os blocos a fim de superá-las. Destaca-se que as incertezas podem manifestar-se sob diversos tipos, como na falta de conhecimento (DHÖMANN, 2015, p. 50 e seguintes).

Espera-se que o Acordo, no médio e longo prazos, contribua para a redução de preços de produtos e para alavancar o crescimento econômico e a geração de emprego e renda para os países dos dois blocos afetados pelo pacto. Ressalta-se que a cooperação entre os blocos necessita de um alinhamento do Direito aplicado em cada parte do Acordo. Com o estágio de desenvolvimento distinto de cada um dos dois blocos analisados, a questão se torna ainda mais delicada, ainda que abarque tão somente uma zona de livre comércio, e assim, por não se tratar de desafio trivial, o alinhamento demandará, necessariamente, algum tempo para discussão e deliberação. Destaca-se que o MERCOSUL não se encontra em estágios tão avançados de desenvolvimento do direito comum como a

UE. O Parlamento Europeu, por exemplo, tem realizado esforços no sentido de aproximar o Direito Civil e Mercantil dos Estados Membros, em especial quanto à matéria contratual (MORENO, 2004, p. 428 e seguintes).

O acordo entre Mercosul e UE inova no tipo de cooperação comercial que estabelece uma liberação que não exclui setores. Além disso, o Acordo reconhece uma cooperação econômica, que compreende áreas como tecnologia, meio ambiente e energia. A evolução das relações entre o MERCOSUL e UE deve caminhar para um contexto de zona de livre comércio, o que dependerá da evolução da maturidade da União Aduaneira do MERCOSUL (HAUSER, 2004, p. 631 e seguintes). A tendência para esse acordo é que se alcance um status de Zona de Livre Comércio, onde ambos os blocos poderão ganhar. No que tange à integração energética expandida interblocos, além da exploração de um mercado de recursos energéticos como o gás, é possível perceber os benefícios decorrentes da criação de uma zona de livre comércio que compreenda insumos energéticos, incluindo mercados de serviços, projetos de engenharia para produção de plataformas *off shore* de liquefação e regaseificação de gás natural, para unidades de energia nuclear, para geradores eólicos ou *trackers* para movimentação de placas fotovoltaicas, entre outros. Daí a relevância de se promover uma área de livre comércio entre os blocos e dela se aproveitar para se implementar uma integração energética com cores próprias.

CONCLUSÃO

A integração energética interblocos, independentemente de seus escopos de atuação, é capaz de gerar benefícios de diversas naturezas para seus partícipes.

Uma integração energética genuína, aplicada na modalidade interblocos, é difícil de ser desenvolvida, em especial no âmbito do setor elétrico, cuja integração demandaria compartilhamento de redes físicas de transmissão e distribuição, e, ainda, de recursos na geração. Daí a ideia de uma modelagem que aproxime os mercados de energia dos dois blocos, potencializando sinergias, o que implica a criação de uma Zona de Livre Comércio, o que foi denominado aqui como “integração energética expandida interblocos”. Nessa mesma linha de atuação, os Blocos em tela recentemente firmaram o Acordo MERCOSUL-UE. No tocante a esse Acordo, os grandes benefícios e oportunidades decorrerão das consequências de se instalar uma zona de livre comércio interatlântica, cujos efeitos principais esperados seriam o barateamento de produtos, que no setor ora discutido compreende

insumos e recursos, produtos e serviços, com consequências desejáveis sobre o aprimoramento dos sistemas energéticos de cada bloco abrangido pelo Acordo.

O mérito deste trabalho é o de ilustrar situações que podem ser exploradas no âmbito desse Acordo e, conseqüentemente, no comércio interblocos. Dessa forma, imagina-se um canal barato e eficiente de fornecimento de insumos energéticos, como recursos naturais (gás natural liquefeito e minérios) e projetos específicos de engenharia, no sentido do MERCOSUL para a União Europeia. No sentido contrário, imagina-se um canal barato e eficiente para o fornecimento de equipamentos e tecnologia, bem como de projetos específicos de engenharia, referentes ao setor de energia. Para se conseguir esse canal barato e eficiente, a redução ou eliminação de impostos - sobre importação, exportação, produção e circulação de mercadorias e serviços - desempenharia um papel fundamental para o sucesso do intento ora sustentado. Logo, seria necessária a conformação dessa Zona de Livre Comércio de modo que atenda às necessidades do setor de energia dos dois blocos, a partir do pacto já firmado.

Espera-se, portanto, que seja possível cobrir os custos de transporte e seguros, e, ainda assim, conseguir ofertar recursos, produtos e serviços a preços competitivos nos mercados atendidos. Há que se considerar que a discussão ora desenvolvida trata de insumos, produtos e serviços relativos ao setor de infraestrutura de energia, que tem poder para influenciar todas as demais cadeias produtivas das economias envolvidas, e políticas públicas interblocos acessórias devem ser negociadas e implementadas a fim de acompanhar a essência e o objetivo central do pacto firmado entre as partes. Há, dessa forma, potencial de ganhos de eficiência econômica em larga escala, contribuindo para expressivos ganhos de competitividade para ambos os blocos de integração regional, MERCOSUL e União Europeia.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fenando H. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALMEIDA, Edmar F. de *et al.* **Economia da energia**: fundamentos econômicos, evolução histórica e organização industrial, em: PINTO JUNIOR, Helder Queiroz (Coord). Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ALMEIDA, Edmar F. de; FERRARO, Marcelo C. **Indústria do gás natural**: fundamentos técnicos e econômicos. Rio de Janeiro: Synergia: FAPERJ IE/UFRJ: UFF, 2013.

BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 12. ed.- São Paulo: Saraiva, 2011. (vol. 3).

DHÖMANN, Indra S. G. Instrumentos Estatales para la superación de escenarios de incertidumbre y autoregulación, em GARDELLA; M. MercèD. i.; PARDO, José E.; DHÖMANN, Indra S. G. (Ed.). **Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la Globalización**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

FAULKNER, Chris. **The fracking truth - america's energy revolution: the inside, untold story**. Doylestown/Pennsylvania: Platform Press, 2014.

FERRAZ, Daniel Amin. Dos Contratos Internacionais do Comércio: Regime Geral, em FERRAZ, Daniel Amin (coord.). **Contratação internacional: algumas espécies de contratos mercantis**. Curitiba: Editora CRV, 2015.

FERRAZ, Daniel Amin. Os grupos de sociedades, a transferência de tecnologia e a integração regional, em: FERRAZ, Daniel Amin (coord). **Manual de integração regional**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

HAUSER, Denise. A política de cooperação ao desenvolvimento da União Européia: aspectos gerais, em: FERRAZ, Daniel Amin (coord). **Manual de integração regional**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. **Economia internacional: teoria e política**. 5. ed. Celina Martins Ramalho Laranjeira (Trad.). São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2001, 1999.

LUQUINI, Roberto de Almeida. Integração regional na América Latina e no MERCOSUL, em: FERRAZ, Daniel Amin (Coord). **Manual de integração regional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MATHIAS, Melissa C. P. P. **A formação da indústria global de gás natural: definições, condicionantes e desafios**. Rio de Janeiro: Interciência, 2010.

MORAIS, José M. de. **Petrobrás: uma história das explorações de petróleo em água profunda e no pre-sal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MORENO, Guillermo Palao. Hacia um derecho contractual europeo: estado de la cuestión y perspectivas de futuro, em: FERRAZ, Daniel Amin (coord). **Manual de integração regional**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OCTAVIANO MARTINS, Eliane M. **Curso de direito marítimo: vendas marítimas**. 2. ed. Barueri: Manole, 2013. (vol. II).

PAIVA, Iure; CASTRO, Nivalde de; LIMA Antonio Pedro. **Aspectos teóricos e analíticos da segurança energética e os desafios do setor elétrico brasileiro**. Grupo de Estudos do Setor Elétrico

(GESEL) UFRJ - Texto de Discussão do Setor Elétrico n. 71. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017, p. 18 e seguintes. Disponível em: http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/04_tdse71.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

RIFKIN, Jeremy. **A Terceira revolução industrial**: como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2012.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SASSEN, Saskia. **Una sociología de la globalización**. Nueva York: Norton & Company Ltda 2007.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Daniel Moreira Miranda (Trad.). São Paulo: Edipro, 2016.

STIGLITZ, Joseph E. **O EURO**: Como uma moeda única ameaça o futuro da Europa. Lisboa: Bertrand Editora, 2016.

TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. **Novo modelo do setor elétrico brasileiro**. Rio de Janeiro: Synergia - EPE: Brasília, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: princípios básicos. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CONSULTA A SÍTIOS ELETRÔNICOS:

AGÊNCIA EUROPEIA DE ENERGIA. **Sobre a EEA**. Lisboa: EEA, 2019. Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/pt/themes/energy/intro>. Acesso em: 05 jan. 2021.

BANCO MUNDIAL. **Sobre o Banco Mundial**. Brasília: Banco Mundial, 2020. Disponível em: <https://datos.bancomundial.org/country/>. Acesso em: 02 jan. 2021.

BANCO MUNDIAL. **Sobre o Banco Mundial**. Brasília: Banco Mundial, 2020. Disponível em: <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2013/05/02/paradoja-de-la-energia>. Acesso em 10 dez. 2020.

CAMEX. **Sobre a Camex**. Brasília: CAMEX, 2020. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/noticias-da-camex/2229-mercosul-e-ue-fecham-maior-acordo-entre-blocos-do-mundo>. Acesso em: 20 dez. 2020.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. **Sobre a EPE**. Brasília: EPE, 2020. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/matriz-energetica-e-eletrica>. Acesso em: 05 jan. 2021.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. **Sobre a EPE**. Brasília: EPE, 2020. Disponível em: https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-492/Nota%20Tecnica%20A%20Industria%20Gas%20Natural%20na%20Argentina_Panorama%20perspectivas%20e%20oportunidades%20para%20o%20Brasil_DPG_SPG.pdf. Acesso em: 05 jan. 2021.

ITAMARATY. **Sobre o Itamaraty**. Brasília: Itamaraty, 2019. Disponível em: <http://antigo.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/146-desarmamento-nuclear-e-nao-proliferao-nuclear>. Acesso em: 05 jan. 2021.

MERCOSUL. **Sobre o Mercosul**. Assunção: Mercosul, 2020. Disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/40-normativa/tratados-e-protocolos/117-tratado-de-assuncao>. Acesso em: 10 dez. 2020.

MERCOSUR. **Sobre o Mercosur**. Assunção: Mercosur, 2020. Disponível em: <https://www.mercosur.int/pt-br/quem-somos/em-poucas-palavras/>. Acesso em: 30 nov. 2020.

PARLAMENTO EUROPEU. **Sobre o Europarl**. Lisboa: Europarl, 2020. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/70/renewable-energy>. Acesso em: 05 jan. 2021.

PARLAMENTO EUROPEU. **Sobre o Europarl**. Lisboa: Europarl, 2020. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/62/energia-nuclear#:~:text=A%20energia%20nuclear%20%C3%A9%20uma,energia%20el%C3%A9trica%20produzida%20na%20UE>. Acesso em: 05 jan. 2021.

PETROBRAS S. A. **Sobre a Petrobrás S.A.** Rio de Janeiro: Petrobras S.A., 2019. Disponível em: <https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/principais-operacoes/gasodutos/urucu-coari-manaus.htm>. Acesso em: 05 jan. 2021.

SENADO FEDERAL. **Sobre o Senado Federal**. Brasília: Senad Federal, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/protocolo-de-kyoto>. Acesso em: 05 jan. 2021.

TERRA BRASILIS. **Sobre a Terra Brasilis**. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://journals.openedition.org/terrabrasilis/795>. Acesso em: 10 dez. 2020.

VICE MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGÍA - Paraguay. **Sobre o VMME**. Assunção: VMME, 2020. Disponível em: https://www.ssme.gov.py/vmme/index.php?option=com_content&view=article&id=1213&Itemid=598. Acesso em 10 dez. 2020.

AUTORES:

Daniel Amin Ferraz

Mestre em Direito Empresarial, Universidade de Coimbra - Portugal. Doutor em Direito Internacional, Universidad de València, Espanha. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília. Advogado.

Email: daniel.amin@afctf.adv.br

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3159-9744>

Paulo Roberto Alonso Viegas

Mestre em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília – UnB, Brasília, DF. Doutorando em Direito pelo UniCEUB, Brasília – DF. Professor IBMEC - Brasília, DF. Advogado.

Email: prviegas@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0621-8791>

MEDIOAMBIENTE Y COMERCIO INTERNACIONAL: LOS BIOCARBURANTES EN LA UNIÓN EUROPEA

Izabel Rigo Portocarrero

Universidad Internacional de La Rioja

RESUMEN

A principios del siglo XX, se fijaron metas muy ambiciosas para la producción y el consumo de biocarburos. Sin embargo, estas predicciones chocaron con una amplia controversia en ámbito público, político y científico acerca de los impactos negativos de los cultivos energéticos, lo que cambió por completo la perspectiva de su expansión global. En la Unión Europea, el tema de la sostenibilidad empezó a formar parte de la pauta de interés político y normativo tras el impulso dado por informes de institutos de investigación y notas críticas provenientes de organismos no gubernamentales. A tal efecto, la Directiva 2009/28/CE se alzó como un instrumento pionero de la gobernanza internacional de la sostenibilidad de los biocarburos, con la imposición de criterios vinculantes para garantizar un estándar de producción tanto en los Estados miembros como en terceros países. Dados los potenciales efectos de esta exigencia en el comercio internacional, para evitar la discriminación entre productos similares, la Directiva debe aplicarse de conformidad con los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Por ello, con base en el método hipotético-deductivo, el presente artículo utiliza el caso de la avanzada regulación ofrecida por la Directiva 2009/28/CE para analizar la evolución de la interpretación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio en el sentido de permitir la adopción, por parte de los países miembros, de medidas relacionadas con la sostenibilidad como restricción al libre comercio.

Palabras clave: Biocarburos. Unión Europea. Organización Mundial del Comercio.

ENVIRONMENT AND INTERNATIONAL TRADE: BIOFUELS IN THE EUROPEAN UNION

SUMMARY

At the beginning of the 20th century, very ambitious goals were set for the production and consumption of biofuels. However, these predictions faced widespread public, political and scientific controversy about the negative impacts of energy crops, which completely changed the prospect of their global expansion. In the European Union, sustainability's concerns were incorporated into the guideline of political and regulatory interests after the impulse of reports from research institutes and critical notes from non-governmental organizations. Thereby, Directive 2009/28/EC emerged as a pioneering international governance instrument of the sustainability of biofuels, with the imposition of binding criteria to guarantee a production standard both in Member States and in third countries. Given the potential effects of this requirement on international trade, in order to avoid discrimination between similar products, the Directive must be applied in accordance with the agreements of the World Trade Organization (WTO). Therefore, using the hypothetical-deductive method, this article uses the case of the advanced regulation offered by Directive 2009/28/EC to analyze the interpretation's evolution of the General Agreement on Tariffs and Trade and the Technical Barriers to Trade (TBT) Agreement in the sense of allowing the

adoption, by WTO member countries, of measures related to sustainability as a restriction of free trade.

Keywords: Biofuels. European Union. World Trade Organization

Recebido em: 10/06/2021

Aceito em: 03/07/2021

INTRODUCCIÓN

El conjunto más completo de normas del comercio internacional se establece bajo la Organización Mundial del Comercio (OMC). Se trata de una organización multilateral que actualmente cuenta con 164 países miembros. Los pilares sobre los que descansa son acuerdos negociados y firmados por dichos países, orientados a reducir las barreras y aumentar la previsibilidad y la estabilidad del sistema mundial de comercio (DE SOUZA, SCHAEFFER; MEIRA, 2011, p. 3.157). Se originó a partir de la evolución del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, más conocido como GATT (General Agreement on Tariffs and Trade, por su sigla en inglés), que incorporó las modificaciones introducidas por el Acuerdo de Marrakech¹ en 1994.

Aunque el principal compromiso de la OMC se centre en el desarrollo económico, la relación entre la sostenibilidad y el comercio adquirió relevancia en 1995, con la creación del Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA)². Este comité se encarga de promover el desarrollo sostenible a través de recomendaciones oportunas acerca de la necesidad de modificar las disposiciones de los acuerdos, compatibles con el carácter abierto, equitativo y no discriminatorio de la organización (OMC, 2015, p. 87).

El CCMA inició su labor examinando el alcance de las complementariedades entre el desarrollo económico y la protección del medioambiente, teniendo en cuenta los diez puntos establecidos en la Decisión Ministerial de Marrakech sobre Comercio y Medio Ambiente que incluyen, en especial, los reglamentos técnicos y el etiquetado (OMC, 2004, p. 5). De manera adicional, se negoció el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), que entró en vigor el 1 de enero de 1995, con el objetivo de estimular la adopción de reglamentos técnicos internacionales.

En la práctica, la aplicación de estos acuerdos a los conflictos comerciales relacionados con la sostenibilidad se realiza por el Sistema de Solución de Diferencias (SSD), que obedece al Entendimiento sobre Solución de Diferencias previsto en el anexo II del Acuerdo de Marrakech. Según Burgos Silva (2011, p. 159-160), este sistema se concibió en torno a tres objetivos

¹ El GATT de 1947 se incorporó al GATT de 1994.

² Además, el Preámbulo del Acuerdo de Marrakech hace referencia a la importancia de trabajar en favor de un desarrollo sostenible. En él reconocen los países miembros que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, “permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medioambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico” (OMC, 1994).

fundamentales: i) ofrecer seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio; ii) preservar los derechos y obligaciones de los países miembros; y iii) aclarar las disposiciones vigentes de los acuerdos conforme a las normas del Derecho Internacional Público.

El SSD se compone por un Órgano de Solución de Diferencias, con la facultad exclusiva de establecer un Grupo Especial de expertos para el examen de cada diferencia. Los dictámenes de este grupo se basan en la interpretación de los compromisos contraídos por cada país, y se publican en un informe. Es posible solicitar una revisión de este dictamen a un Órgano de Apelación, fundamentada en cuestiones de Derecho, que puede dar lugar a la confirmación, modificación o revocación de las constataciones del Grupo Especial.

Las decisiones de estos dos organismos son de gran importancia para el análisis de la relación entre el desarrollo sostenible y el comercio. En el presente artículo, este debate se centra en la evolución de la interpretación del GATT y el OTC en el sentido de permitir la adopción, por parte de los países miembros de la OMC, de medidas vinculadas a la sostenibilidad como restricción al libre comercio. Con este fin, utilizando el método hipotético-deductivo, el artículo se basa en el caso de la pionera regulación que ofrece la Directiva 2009/28/CE, la Directiva de Energías Renovables de la UE, respecto de la producción y consumo sostenibles de biocarburantes.

Para contextualizar la importancia de la referida normativa europea, es forzoso recordar que los biocarburantes forman parte de la categoría general abarcada por el término biocombustible y se definen como “aquellos biocombustibles susceptibles de ser empleados en un motor de combustión interna” (SÁNCHEZ; LÓPEZ; PÉREZ; RINCÓN, 2006, p. 35). Colectivamente se denominan “biocarburantes de primera generación”, también conocidos como “convencionales”, aquéllos producidos a partir de productos alimentarios, como el maíz, la colza, la soja, la remolacha, los cereales o la caña de azúcar, y son los únicos comercializados a gran escala a nivel internacional. Considerando que absorben el carbono de la atmósfera en la etapa agrícola de producción, tienen el potencial de compensar las emisiones de dióxido de carbono y mitigar el cambio climático (Portocarrero, Ferraz y Oliveira, 2019, p. 70).

Con base en tal escenario, mundialmente se fijaron metas muy ambiciosas relativas al desarrollo de estos combustibles alternativos y, como resultado, entre 2000-2010 su producción experimentó un incremento del 900% (AIE, 2016). En particular, en la Unión Europea (UE), se estableció un importante objetivo de sustitución de un 10% de combustibles fósiles por fuentes renovables - esencialmente biocarburantes - en el sector de los transportes para 2020.

Para cumplirlo, se previó un aumento de la producción doméstica de biodiésel, acompañado de un incremento de la importación de etanol (Al-Riffai, Dimaranan y Laborde, 2010, p. 11). Sin embargo, las predicciones chocaron con una amplia controversia a nivel público, político y científico

acerca de los impactos negativos, tanto ambientales como sociales, de los cultivos energéticos, lo que cambió por completo la perspectiva de expansión de la producción de biocarburantes a nivel mundial.

La polémica arrojó dudas sobre la sostenibilidad del consumo de la primera generación de esta energía, que aumenta la presión para intensificar la producción agrícola generando impactos como la degradación de los suelos, el uso insostenible del agua, la contaminación del aire, la reducción de la biodiversidad, el desplazamiento de poblaciones indígenas y rurales, además de violaciones a los Derechos Humanos. Como principal preocupación, destaca que mientras los cambios directos e indirectos en el uso de la tierra merman el potencial de mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), la competencia con la producción de alimentos amenaza valores humanos básicos (Gallagher, 2008, p. 22).

A nivel europeo, en el período comprendido entre la publicación de la Directiva 2003/30/CE, relativa al fomento del uso de combustibles renovables en el transporte, y de todas las comunicaciones que antecedieron la entrada en vigor de la Directiva 2009/28/CE, el tema de la sostenibilidad de la producción empezó a formar parte de la pauta de interés de la Comisión Europea tras el impulso dado por informes de institutos de investigación y notas críticas provenientes de organismos no gubernamentales (Grinsven, 2009, p. 37). A tal efecto, la Directiva de 2009 se alzó como un instrumento pionero de la gobernanza internacional de la sostenibilidad de los biocarburantes (Afionis y Stringer, 2012, p. 114).

Con el propósito de controlar los efectos negativos de la producción de esta fuente energética, la Directiva impone el cumplimiento de criterios dispuestos en un meta-estándar, que se verifican principalmente a través de instrumentos de certificación. Evidentemente, esta exigencia tiene potenciales efectos, tanto negativos como positivos, en el comercio internacional. Por consiguiente, para evitar la discriminación entre productos similares, la Directiva debe aplicarse de conformidad con los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

1. EXCEPCIONES GENERALES AL LIBRE COMERCIO

Cualquier medida que pueda limitar el libre comercio internacional de mercancías debe estar justificada por una de las diez excepciones previstas en el artículo XX del GATT y, según el artículo 2.2 del OTC, no podrá restringir el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo. Estas disposiciones ofrecen a los países miembros los medios legales para equilibrar sus obligaciones comerciales con medidas de sostenibilidad previstas en la política nacional. En concreto, las excepciones de aplicación pertinente a la Directiva 2009/28/CE figuran en los

apartados “b)” y “g)”, que incluyen las siguientes medidas:

Artículo XX: Excepciones generales

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales.

Destaca que los apartados b) y g) refuerzan el derecho de los países miembros a adoptar medidas de protección al medioambiente, la vida y la salud humana como una excepción a otras obligaciones sustantivas. De ese modo, el país miembro que invoca una de las excepciones está obligado a probar los distintos elementos previstos en la redacción de los apartados, lo que incluye demostrar que una medida es “necesaria”, o que es “relativa a” la conservación de los recursos naturales agotables (BERNASCONI-OSTERWALDER *et al*, 2006, p. 148). Asimismo, la medida debe satisfacer los requisitos del Preámbulo del artículo XX.

Como resultado, el equilibrio entre el desarrollo sostenible y el libre comercio depende, en gran medida, de la interpretación del significado de estos términos y requisitos. En el referido contexto, el presente artículo se estructura de modo a identificar el cumplimiento, por parte de la Directiva 2009/28/CE, de estos requisitos.

2. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD HUMANA, ANIMAL Y VEGETAL

La excepción prevista en el artículo XX, b) del GATT, garantiza a los países miembros la capacidad de adoptar medidas “necesarias para proteger la salud humana, animal o la vida o la salud vegetal”. Para satisfacer los requisitos de este apartado es indispensable que estas no sólo se destinen a proteger la vida y la salud humana, animal y vegetal, sino que también sean necesarias para llevar a cabo el objetivo propuesto. Con el fin de determinar esta necesidad, el SSD utiliza un proceso que sopesa y confronta los siguientes factores: i) contribución de la medida al objetivo de la política que la deriva; ii) importancia de los intereses o valores comunes protegidos; iii) impacto de la medida en el comercio internacional; iv) inexistencia de medidas alternativas que podrían proporcionar una contribución (Corea - Carne vacuna, párr. 166 y 163)

En tal sentido, el Órgano de Apelación contempla que “cuanto más vitales o importantes son los objetivos de la política a la que contribuye la medida, más fácil es admitirla como necesaria”

(Corea - Carne vacuna, párr. 162). De manera similar, en la diferencia “Tailandia - Cigarrillos”, el Grupo Especial (párr. 75) observó que:

Las restricciones a la importación impuestas por Tailandia sólo podrían considerarse ‘necesarias’ en consonancia con el apartado b) del artículo XX si Tailandia no tuviera razonablemente a su alcance otra medida compatible con el Acuerdo General, o cuyo grado de incompatibilidad con el mismo fuera menor, para alcanzar sus objetivos de política sanitaria.

En este aspecto, en la diferencia “Brasil - Neumáticos recauchutados”, el entendimiento fue en el sentido de que (párr. 210):

Esta cuestión ilustra las tensiones que pueden existir entre el comercio internacional, por un lado, y algunos problemas relacionados con la salud pública y el medio ambiente derivados de las dificultades que comporta gestionar los desechos generados por un producto al término de su vida útil, por otro. A este respecto, el principio fundamental es el derecho que tienen los países miembros de la OMC de determinar el nivel de protección que consideren apropiado en cada situación.

En el referido caso, el Grupo Especial (párr. 7.108) había constatado que el objetivo de la prohibición de las importaciones era la reducción de la exposición a los riesgos para la salud derivados de la acumulación de neumáticos de desecho, enfatizando que “pocos intereses son más ‘vitales’ e ‘importantes’ que la protección de los seres humanos frente a riesgos sanitarios, y la protección del medioambiente no es menos importante”.

A tal efecto, se observa que para satisfacer los requisitos que prevé la redacción del apartado b) del artículo XX del GATT, es indispensable que la medida no solo “se destine” a proteger la vida y la salud humana, animal y vegetal, sino también que sea “necesaria” para llevar a cabo el objetivo propuesto. Por tanto, para analizar la “necesidad” en la Directiva 2009/28/CE, es necesario entender no solo su objetivo, sino el contexto en el que se desarrolla.

La “Política Energética Europea de reducción de GEI y promoción de las fuentes renovables”³ pretende atender a los objetivos de la Agenda de Desarrollo Sostenible de 2020⁴ de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el Protocolo de Kioto. Según las informaciones del Parlamento Europeo (2017, párr. 1), entre los retos a que se enfrenta la UE en el ámbito de la energía, figuran cuestiones como las amenazas del cambio climático y los desafíos planteados por la

³ El artículo 194 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) determina que “la política energética de la Unión persigue fomentar el desarrollo de energías nuevas y renovables”.

⁴ Objetivo 13: Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos; Objetivo 15: Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar los bosques de forma sostenible de los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de la diversidad biológica (ONU, 2015, p. 5).

importancia creciente de las energías renovables.

En correspondencia, el núcleo de la política energética de la UE está constituido por una serie de medidas destinadas a lograr, entre otros propósitos, la sostenibilidad del sector. A tal fin, en marzo de 2007 el Consejo Europeo aprobó una política integrada en materia de clima y energía, y se comprometió a alcanzar tres retos para 2020: i) una reducción de al menos un 20 % en las emisiones de GEI con respecto a los niveles de 1990; ii) un incremento del 20 % de la cuota de las energías renovables en el consumo de energía; y iii) una mejora de la eficiencia energética de un 20%. Precisamente en este escenario, en 2009 se adoptó la Directiva 2009/28/CE. Al respecto, por un lado, se contempla que la Directiva 2009/28/CE contribuye de modo fundamental a los compromisos y objetivos de la Política Energética Europea.

Asimismo, por otro lado, en relación con la importancia de los intereses o valores comunes que protege la Directiva, los efectos negativos directos e indirectos de la producción de biocarburantes a nivel local y global todavía son desconocidos, por lo que la medida de la UE se basa en una postura de precaución frente a los posibles riesgos que representa esta producción. El enfoque de la precaución es particularmente relevante en este caso, ya que gran parte de los riesgos involucrados son, a la vez, complejos y polifacéticos. Como resultado, debido a la dificultad o imposibilidad de revertir los potenciales efectos, esperar a que existiera un consenso científico podría suponer un problema definitivo (CANADÁ, 2003, p. 5).

Por esta razón, la precaución es un elemento esencial de los esfuerzos internacionales para proteger el medioambiente, la vida y la salud humana, en los términos de la excepción b) del artículo XX del GATT. La descripción más citada del criterio está presente en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente y el Desarrollo de 1992:

Con el fin de proteger el medioambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medioambiente.

El GATT no aborda específicamente el criterio de precaución, pero concede suficiente margen para que los países miembros puedan adoptar políticas para prevenir impactos sociales y medioambientales negativos. En particular, en “Estados Unidos – Gasolina” el Órgano de Apelación (sección V) entendió que los países miembros son libres para constituir medidas relacionadas con el medioambiente, ya que “tienen amplia autonomía para establecer las políticas, los objetivos y la legislación medioambiental que promulgan y aplican. Esta autonomía está limitada únicamente por la necesidad de respetar las prescripciones del GATT y de los demás

acuerdos abarcados por la OMC”. Dicha interpretación abre un claro precedente para el empleo del criterio de precaución.

En cuanto al OTC, es oportuno observar que, aunque el acuerdo no haga expresa mención al criterio de precaución, existe una aceptación implícita de este criterio en su Preámbulo, que reconoce que:

No debe impedirse a ningún país que adopte las medidas necesarias para asegurar la calidad de sus exportaciones, o para la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medioambiente, o para la prevención de prácticas que puedan inducir a error, a los niveles que considere apropiados, a condición de que no las aplique en forma tal que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificado entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones del presente Acuerdo.

La referida disposición emplea un lenguaje similar al establecido en el artículo XX del GATT, permitiendo a los países miembros adoptar medidas cautelares para la protección del medioambiente y de la vida humana. En este sentido, se considera que el uso de la expresión “a los niveles que considere apropiados”, junto con “la protección de la salud y la vida de las personas y de los animales o la preservación de los vegetales, para la protección del medioambiente”, evoca el criterio de precaución (BERNASCONI-OSTERWALDER *et al*, 2006, p. 257).

Por consiguiente, teniendo en cuenta los precedentes del SSD que permiten la aplicación del criterio de precaución, es posible afirmar que, aunque el debate científico acerca de la extensión de los impactos negativos asociados a la producción de biocarburantes no esté consolidado, la promoción de la sostenibilidad de esta producción no sólo sería una medida “destinada a proteger la salud humana, animal y vegetal”, sino también “necesaria” para llevar a cabo la ejecución y el cumplimiento de los objetivos legítimos de la Política Energética Europea.

Además, el abanico de mecanismos ofrecido por la normativa para el cumplimiento del meta-estándar de la Directiva - sistemas nacionales, regímenes de certificación y acuerdos multilaterales - confiere a los exportadores cierta flexibilidad para adaptarse a los criterios de sostenibilidad, lo que reduce el impacto de la medida en el comercio internacional. Por ello, la Directiva 2009/28/CE cumple con los requisitos establecidos en el apartado b) del artículo XX del GATT.

3. LA CONSERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES

El artículo XX, g) del GATT contiene la excepción al libre comercio fundamentada en las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales no renovables, que se deben aplicar

juntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales. El SSD estableció los requisitos para que una medida se pueda justificar con base en este apartado, que son: i) que la política a que respondían las medidas respecto de las cuales se alegaba la disposición estaba incluida en la gama de políticas relativas a la “conservación de los recursos naturales agotables”; ii) que las medidas respecto de las que se alegaba la excepción, es decir, las medidas comerciales concretas incompatibles con el Acuerdo General, “se relacionaban con la conservación de los recursos naturales agotables”; iii) que las medidas respecto de las que se alegaba la excepción “se aplicaban conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales” (Estados Unidos - Gasolina, párr. 6.35).

Respecto del primer requisito, los recursos naturales se relacionan con la riqueza en flora, fauna, suelos, minerales y paisajes de una región, es decir, con los diferentes elementos generados por la naturaleza sin intervención humana. Martínez-Carretero (1992, p. 14), en una apreciación más amplia, considera como recurso natural “no sólo su existencia material, sino también aquellas funciones que permiten satisfacer necesidades humanas como la purificación del aire por los bosques, la regulación de escurrimientos superficiales por la vegetación natural, entre otros”. Por tanto, serían los recursos que el hombre va encontrando en el medio físico y biológico natural, o modificando en función del avance de sus conocimientos científicos-tecnológicos, y que permiten satisfacer necesidades humanas.

En esta línea, el artículo XX, g) se refiere a las medidas relacionadas con la conservación de los recursos naturales “agotables”. Este término ha sido analizado por el SSD en diferencias relacionadas tanto con recursos biológicos - como las poblaciones de peces o tortugas en peligro de extinción, - como recursos no vivos - como con el aire limpio. En “Estados Unidos-Camarones”, a principios de 1997, India, Malasia, Pakistán y Tailandia presentaron una reclamación conjunta contra la prohibición impuesta por Estados Unidos de importar determinados camarones, que tenía como objetivo proteger a las tortugas marinas.

En esta diferencia los reclamantes alegaban que la expresión recursos naturales agotables se refería a unos recursos finitos, y no a los recursos biológicos o renovables. Igualmente, defendían que, si todos los recursos naturales se considerasen “agotables”, el referido término se convertiría en superfluo. En respuesta, el Órgano de Apelación (párr. 128) manifestó que los recursos vivos son tan finitos como el petróleo, el mineral de hierro y otros recursos inertes, de modo que:

Una lección que nos enseñan las modernas ciencias biológicas es que las especies vivientes, aunque en principio sean capaces de reproducirse y en tal sentido sean ‘renovables’, de hecho, en ciertas coyunturas pueden estar expuestas a la disminución, el agotamiento y la extinción, como resultado a menudo de las actividades humanas.

Con esta interpretación, el Órgano señala que los términos del apartado g) deben ser leídos “a la luz de las preocupaciones contemporáneas de la Comunidad de naciones por la protección y conservación del medio humano” (Estados Unidos - Camarones, párr. 129). Partiendo de este razonamiento, con base en acuerdos internacionales como la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES, 1983), el Convenio sobre la Diversidad Biológica (ONU, 1992) y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (ONU, 1982), así como a las opiniones de expertos en medioambiente, declaró que las tortugas son recursos agotables (párr. 132-134).

En “Estados Unidos - Gasolina” el alcance del término recursos naturales agotables se abordó de forma similar. El objeto de la diferencia era la reglamentación promulgada por la Agencia de Protección del Medioambiente de los Estados Unidos en aplicación de la Ley de Protección de la Calidad del Aire de 1990, con el fin de controlar la contaminación provocada por la combustión de la gasolina importada.

En esta ocasión, el Grupo Especial (párr. 6.37) interpretó el término en sentido amplio, alegando que, aunque el aire puro fuera un recurso renovable, se podía considerar agotable. La interpretación tiene como base las diferencias “Canadá - Arenque y Salmón” y “Estados Unidos – Atún México y CEE”, en las cuales se reconoció que las existencias renovables de salmón y delfines podrían ser finitas.

Respecto de la relación que la medida debe guardar con conservación de los recursos naturales agotables, en “Estados Unidos - Gasolina” (sección III.C) el Órgano de Apelación estableció que, para calificarse bajo el apartado g) del artículo XX, una medida debe exhibir un vínculo sustancial con la conservación de los recursos naturales, y no estar accidental o inadvertidamente dirigida a este objetivo. En esta diferencia se constató que la Ley de Protección de la Calidad del Aire de Estados Unidos se destinaba expresamente a alcanzar el objetivo de conservar el aire limpio, de modo que se podría incluir en el ámbito de la restricción al comercio internacional prevista en el apartado.

Además, el apartado g) del artículo XX del GATT somete expresamente la legalidad de las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables a la condición de que se apliquen “juntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales”. Se trata de un requisito de ecuanimidad e imparcialidad, que impide a los países importadores la práctica del uso de un duplo estándar en sus relaciones comerciales (Órgano de Apelación, “Estados Unidos - Gasolina”, sección III.C).

A tal fin, siempre que las restricciones a los productos importados no se extiendan a los productos similares de origen nacional, no cabe comprobar si la medida está relacionada con la

protección de los recursos naturales agotables, porque se trata de una clara discriminación proteccionista. Por ello, mientras que para que una medida esté comprendida en la excepción del apartado b) del artículo XX se debe demostrar que es “necesaria” para “proteger la salud humana, animal o la vida o la salud vegetal”, respecto del apartado g), se requiere la comprobación de que la misma es “relativa a la conservación de los recursos naturales no renovables”, y que no discrimina entre productos importados y nacionales.

En esta línea, el caso de la Directiva 2009/28/CE encuentra similitudes con los precedentes de las diferencias “Estados Unidos – Gasolina” y “Estados Unidos - Camarones”, teniendo en cuenta que la Política Energética Europea y el meta-estándar de sostenibilidad de la Directiva se relacionan directamente con la conservación de determinados recursos naturales no renovables. El objetivo de reducir las emisiones de GEI, por ejemplo, se vincula a la conservación del aire limpio en el mismo contexto de la diferencia “Estados Unidos - Gasolina”, ya que la contaminación de este recurso natural implica en su inadecuación para la manutención de las formas de vida aerobias, en las que se incluye gran parte de los seres vivos.

Asimismo, en “Estados Unidos - Camarones” se determinó que las tortugas marinas eran recursos naturales no renovables porque sus poblaciones se podrían extinguir. Extendiendo esta interpretación a la conservación de la biodiversidad, es posible afirmar que cada una de las especies animales y vegetales amenazadas por la producción de biocarburantes también podría dejar de existir. Además, es oportuno considerar que unos de los objetivos de la Política Energética Europea es la seguridad del abastecimiento de petróleo, de modo que la utilización de los biocarburantes responde directamente al carácter finito de este recurso natural.

Finalmente, complementando el análisis de la adecuación de la Directiva ala excepción prevista apartado g) del artículo XX, destaca que los criterios establecidos en el artículo 17 afectan tanto a los Estados miembros como a los terceros países. Esta disposición se refleja en el artículo 18.3, que determina que “se aplicarán tanto si los biocarburantes o biolíquidos son producidos en la Comunidad como si son importados”. Por tanto, la normativa europea no discrimina entre productos importados y nacionales.

4. PREVENCIÓN DE RESTRICCIONES ENCUBIERTAS AL COMERCIO INTERNACIONAL

El Preámbulo del artículo XX del GATT prohíbe que una medida se aplique “en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional”. Estos requisitos son independientes y adicionales a los previstos en las excepciones b) y g) del artículo XX. De

acuerdo con el Órgano de Apelación (“Estados Unidos - Gasolina”, sección IV), regulan solamente el empleo de las medidas y no el contenido de las mismas.

Condicionar la exportación de un producto al cumplimiento de una política unilateralmente prescrita por el importador consiste en un aspecto común de las medidas previstas en los apartados del artículo XX, razón por la cual es relevante que se lleven a cabo de modo abierto y transparente, con la debida publicación y notificación de los países miembros (Órgano de Apelación, Estados Unidos – Camarones, párr. 121). Por esta razón, las decisiones del SSD enfatizan la importancia de que los países miembros participen de negociaciones previas a la promulgación de cualquier medida que pueda limitar el comercio internacional.

El artículo 2.2 del OTC refuerza este precepto al establecer que el proceso de elaboración de los estándares se debe basar en normas y acuerdos internacionales vigentes o, si esto no fuera posible o conveniente, involucrar a otros países de manera abierta y activa en los debates previos a la elaboración y aplicación de los nuevos estándares (OTC, artículo 2.9.4). Por esta razón, según el Órgano de Apelación (Estados Unidos – Camarones 21.5, párr. 149), “las medidas deben estar diseñadas de tal modo que exista un grado suficiente de flexibilidad para poder tener en cuenta las condiciones específicas que prevalezcan en cualquier miembro exportador”, con el fin de evitar una discriminación entre países.

La prohibición de la discriminación arbitraria o injustificable conlleva el análisis de si las medidas comerciales se aplican con suficiente flexibilidad para abarcar las condiciones particulares de otros países. Al analizar esta flexibilidad, el Órgano de Apelación (Estados Unidos – Camarones, párr. 144) estableció que existe una importante diferencia entre condicionar el acceso al mercado a la adopción de una medida específica, y condicionarlo a la adopción de una medida de eficacia comparable:

El hecho de autorizar a un miembro importador a condicionar el acceso al mercado a que los exportadores pongan en vigor programas reguladores comparables en eficacia al del miembro importador deja al exportador un grado de discrecionalidad suficiente en lo que respecta al programa que puede adoptar para conseguir el grado de eficacia necesaria y le permite adoptar un programa regulador que sea adecuado a las condiciones específicas que prevalecen en su territorio.

En la diferencia “Estados Unidos - Camarones”, el Órgano de Apelación (párr. 161-164) constató que la medida “establecía una norma rígida e inflexible, que no tenía en cuenta otras políticas y medidas concretas que podrían haber sido adoptadas por un país exportador para la protección y la conservación de las tortugas marinas”. De este modo, determinó que, para evitar una discriminación arbitraria o injustificable, no sería “aceptable exigir que otros países miembros adoptaran esencialmente el mismo programa reglamentario integral”.

Con base en estas consideraciones, se determinó que, aunque la medida adoptada por

Estados Unidos reuniera las condiciones para acogerse a las disposiciones del apartado g), no cumplía los requisitos del Preámbulo, porque discriminaba de forma injustificable y arbitraria entre países en los que prevalecían las mismas condiciones. A tal fin, recomendó que Estados Unidos proporcionara a todos los países exportadores oportunidades similares a las exigidas en la medida (Estados Unidos - Camarones 21.5, párr. 2).

Por otra parte, en “Estados Unidos - Atún Canadá”, Estados Unidos estableció una prohibición a las importaciones de atún y sus derivados procedentes de Canadá. En esta ocasión, el Grupo Especial (párr. 4.8) consideró que la discriminación contra Canadá “podía no ser necesariamente arbitraria ni injustificada”, porque “la prohibición estadounidense de las importaciones de atún y productos de atún procedentes de Canadá se había tomado en tanto que medida comercial y se había anunciado públicamente como tal”.

A este respecto, al prohibir que la medida represente una restricción encubierta al comercio internacional, el Preámbulo del artículo XX del GATT determina que se faculte a los países miembros la posibilidad de cooperar y participar en negociaciones relacionadas con el desarrollo y la aplicación de las medidas que puedan limitar el libre tránsito de mercancías. Teniendo en cuenta los efectos extraterritoriales de estas medidas, la oportunidad de que los interesados puedan participar en su desarrollo facilita el proceso de análisis e incorporación de las particularidades de los potenciales exportadores.

Por esta razón, la UE ofreció a los países interesados en el comercio de biocarburantes con sus Estados miembros la oportunidad de colaborar y participar en todo el proceso de investigación y debates previos que resultaron en la redacción de la Directiva 2009/28/CE. En particular, las cuestiones que antecedieron a la propuesta de la normativa se centraron “en los obstáculos para el desarrollo de usos de las energías renovables, la sostenibilidad de los biocarburantes y las medidas de flexibilidad para cumplir los objetivos nacionales en materia de energías renovables” (COM 2008, p. 5).

Dichas cuestiones se deliberaron en el Programa de trabajo de la energía renovable (COM 2006b) y en la consulta pública sobre el Libro Verde de la energía (COM 2006a) entre 2006-2007. Además, en este período se celebraron consultas con los Estados miembros, los ciudadanos, grupos de interesados, organizaciones de la sociedad civil, ONG y asociaciones de consumidores, conforme a lo que se observa en la tabla 1.

Tabla 1. Consultas públicas que antecedieron a la Directiva 2009/28/CE

Abril-julio/2006	Consulta pública sobre la revisión de la Directiva sobre biocarburantes;
Agosto-octubre/2006	Consulta pública sobre el fomento de la calefacción y la refrigeración a partir de fuentes de energías renovables;

Marzo-abril/2007	Consulta pública sobre los obstáculos administrativos para el desarrollo de recursos renovables en el sector de la electricidad;
Abril-junio/2007	Consulta pública sobre aspectos relacionados con los biocarburantes en la nueva legislación relativa al fomento de las energías renovables.

Fuente: COM 2008, p. 5-7

La propuesta final de la Directiva 2009/28/CE (COM 2008, p. 5-7), presentada a principios de 2008, incluye un resumen de las respuestas y el modo en que se han tenido en cuenta en los preceptos de la normativa. Además, en el mismo año se notificó la propuesta al Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio (G/TBT/N/EEC/200, 2008).

En lo que concierne a la flexibilidad de la aplicación de la normativa, cabe señalar que la previsión de verificación de los criterios de sostenibilidad previstos en el artículo 17 por medio de regímenes voluntarios de certificación permite tanto que un país desarrolle su propio sistema de certificación – que debe ser reconocido por la Comisión Europea –, como que participe en el proceso de desarrollo de los regímenes derivados de las iniciativas internacionales y gubernamentales, lo que posibilita la intervención de una amplia gama de partes interesadas.

Asimismo, es conveniente observar que la normativa también fomenta el desarrollo de acuerdos multilaterales y bilaterales con terceros países como mecanismo de verificación. Sobre este particular, la obligación expuesta en el Preámbulo del artículo XX solamente exige la previsión de un enfoque multilateral para la aplicación de la medida, y no la consolidación del mismo (Órgano de Apelación, Estados Unidos - Camarones 21.5, párr. 124).

Sin embargo, existen algunas potenciales debilidades en el meta-estándar de la Directiva 2009/28/CE que podrían generar controversias acerca de la flexibilidad de su aplicación. La primera se refiere a la obligación de trato de la nación más favorecida⁵. Mitchell y Tran (2010, p. 33) afirman que, si bien la Directiva por sus términos no discrimina entre el origen de los biocarburantes, se debe tener en cuenta que la mayoría de las tierras con elevadas reservas de carbono y de biodiversidad se encuentra fuera de la UE, en especial en los países con un alto interés en la exportación, por lo que, en la práctica, la exigencia del cumplimiento de los criterios de sostenibilidad se podría configurar una discriminación arbitraria o injustificable entre productos similares.

En sentido contrario, Weiß (2011, p. 188) afirma que “la concentración de estas tierras en terceros países no puede eximirlos de la aplicación de medidas motivadas por intereses objetivos de sostenibilidad, porque la conservación es un reto que no puede ser abordado de una forma neutral”. Al respecto, el Órgano de Apelación en “Estados Unidos – Camarones” (párr. 121), establece que “condicionar el acceso al mercado interno de un miembro a que el país exportador cumpla o adopte una política unilateralmente prescrita es un aspecto común de las medidas comprendidas en los

apartados del artículo XX”.

Desde este punto de vista, es necesario entender la “flexibilidad” establecida en el Preámbulo del artículo XX del GATT como un medio de posibilitar que los exportadores se puedan adecuar a las exigencias de la medida. Esta posibilidad depende de que la medida goce, en primer lugar, de suficiente publicidad y, en segundo, que permita la participación de los interesados en su proceso de desarrollo e implementación. En el desarrollo de la Directiva 2009/28/CE, la Comisión Europea dedicó especial atención a estas exigencias.

Sin embargo, lo mismo no se observa en cuanto a la segunda potencial debilidad identificada en la Directiva 2009/28/CE. Esta se relaciona con uno de los requisitos de su meta-estándar de sostenibilidad que se revela significativamente problemático en cuanto a su objetividad, consistente en los niveles de reducción de GEI establecidos en el artículo 17.2:

La reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero derivada del uso de biocarburantes y biolíquidos considerados para los fines contemplados en el apartado 1, letras a), b) y c), será de un 35% como mínimo. Con efectos a partir del 1 de enero de 2017, la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero derivada del uso de biocarburantes y biolíquidos considerados para los fines contemplados en el apartado 1, letras a), b) y c), será de un 50% como mínimo. A partir del 1 de enero de 2018, dicha reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero será del 60% como mínimo para los biocarburantes y biolíquidos producidos en instalaciones cuya producción haya comenzado a partir del 1 de enero de 2017.

Se aprecia que no existe un criterio objetivo por detrás de los valores establecidos para la reducción de GEI. En este aspecto, para Swinbank (2009, p. 501), “sería difícil afirmar que un biocarburante que supone un ahorro de emisiones de gases de efecto invernadero del 34%, puede proteger menos la vida o la salud humana que un biocarburante que entrega un ahorro del 35%”. En el mismo sentido, Swinbank y Daugbjerg (2012, p. 19) afirman que “decir que el objetivo del meta-estándar es reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, para luego afirmar que una reducción inferior al 35% no cumple con esta determinación, puede resultar en una restricción al libre comercio”.

En consecuencia, la ausencia de objetividad y base científica en el establecimiento de los porcentuales de reducción de GEI podría constituir “un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones”, en los términos del Preámbulo del artículo XX. La referida discriminación se ve reforzada en el artículo 2.2 del OTC, que determina que “para que una medida tenga como objetivo legítimo la protección de la salud o la seguridad humana, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medioambiente, al evaluar los riesgos se debe tomar en consideración la información científica y técnica disponible”.

Por ello, el análisis de la adecuación de la Directiva 2009/28/CE a las excepciones al libre

comercio previstas en el GATT y el OTC, revela que la Comisión Europea no ha tenido en consideración lo dispuesto en el Preámbulo del artículo XX del GATT, así como en el artículo 2.2 del OTC, a la hora de definir un criterio objetivo para el establecimiento de los valores de reducción de GEI. Esta disposición podría suscitar en el sistema de solución de diferencias un contencioso por discriminación arbitraria.

CONCLUSIONES

El efecto extraterritorial de la Directiva 2009/28/CE se relaciona con la exigencia del cumplimiento de criterios de sostenibilidad medioambiental relativos a la reducción de las emisiones de GEI y la protección de la biodiversidad. Considerando que no existe en el GATT y el OTC un precepto específico que permita diferenciar a los biocarburantes solamente con base en la “producción sostenible”, las imposiciones de la Directiva configuran una discriminación entre productos similares, infringiendo el Principio de Trato Nacional (GATT, artículo III; OTC, artículo 2.1)⁵. Sin embargo, en este caso, ambos acuerdos prevén excepciones que autorizan una discriminación entre productos similares, siempre que esta discriminación se destine a alcanzar un objetivo legítimo.

En el ámbito del Comité OTC, distintos países instaron a la UE a justificar esta discrecionalidad, pero la Comisión Europea se negó a presentar una contestación, con base en la alegación de que el meta-estándar de sostenibilidad previsto en el artículo 17 de la Directiva no es un reglamento técnico. Sin embargo, los precedentes del SSD apuntan a se trata de una interpretación equivocada. El Anexo I.1 del OTC ofrece la siguiente definición de reglamento técnico:

Un documento que establece las características de los productos o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, incluidas las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

Se aprecia que la Directiva 2009/28/CE abarca un amplio espectro de lo que se entiende como “sostenible” en el caso de la producción de biocarburantes. Es decir, a través de los requisitos vinculantes del artículo 17, el meta-estándar de sostenibilidad impone una definición única y jurídicamente obligatoria de lo que se puede considerar como “biocarburante sostenible” en el

⁵ La obligación de trato de la nación más favorecida, expresada en el artículo I del GATT y el artículo 2.1 del OTC, impide que los Miembros discriminen entre sus interlocutores comerciales.

territorio de la UE. Además, fija mecanismos de observancia concretos, estableciendo las herramientas y los métodos de verificación que se deben emplear en el reconocimiento de esta sostenibilidad (artículos 18-23).

Destaca que estos requisitos no pueden ser modificados o ampliados por los Estados miembros (artículo 18.1), y que los regímenes de certificación y los acuerdos multilaterales o bilaterales utilizados en su verificación deben demostrar “que las partidas de biocarburantes cumplen los criterios de sostenibilidad establecidos en el artículo 17, apartados 3 a 5” (artículo 18.4).

En “Estados Unidos - Atún (México)” (párr. 196) el Órgano de Apelación estableció que una medida constituye un reglamento técnico en virtud del Anexo I.1 siempre que cualquier productor, importador, exportador, distribuidor o vendedor de productos de atún se encuentren obligados a observar la normativa específica para poder hacer declaraciones relativas a la condición que el reglamento otorga. De ese modo, el término “obligación”, utilizado en la definición de reglamento técnico, se refiere a las condiciones de etiquetado del producto, y no a la potencial restricción comercial que genera.

Por tanto, con fundamento en esta decisión es posible considerar que el meta-estándar de sostenibilidad de la Directiva 2009/28/CE consiste en un reglamento técnico, de acuerdo con el Anexo I.1 del OCT, porque establece criterios y métodos de verificación vinculantes para indicar la sostenibilidad de un biocarburante en el ámbito de la UE. Como consecuencia, la Directiva se debe someter al artículo 2 del OTC, relativo a la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central.

El efecto práctico de esta interpretación consiste en que la normativa analizada, al imponer criterios relacionados con la protección de recursos agotables como la vida y la salud de los animales y plantas, estaría comprendida en las excepciones previstas en el artículo 2.2 del OTC, además de los apartados b) y g) del artículo XX del GATT. Sin embargo, la ausencia de objetividad y base científica en el establecimiento de uno de los criterios fundamentales del meta-estándar, referente a la reducción de GEI, representa un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalecen las mismas condiciones, por lo que la Directiva fracasa en cumplir con la determinación del Preámbulo del artículo XX. En este aspecto, la medida de la Unión Europea representa una barrera al comercio internacional de biocarburantes.

REFERÊNCIAS

ACUERDO OTC. **Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio**. Organización Mundial del Comercio. 1955.

AFIONIS, S., & STRINGER, L. C. (2012). European Union leadership in biofuels regulation: Europe as a normative power? **Journal of Cleaner Production**, n.32, pp.114-123

AIE (2016). Key world energy statistics. **Informe de la Agencia Internacional de Energía**.

AL-RIFFAI, P.; DIMARANAN, B.; LABORDE, D. **Global trade and environmental impact study of the EU biofuels mandate**, v. 125. Washington, DC: IFPRI. 2010.

BERNASCONI OSTERWALDER, N., MAGRAW, D., OLIVA, M. J., ORELLANA, M. & TUERK, E. **Environment and trade: a guide to WTO jurisprudence**. Earthscan. 2012.

BRASIL - NEUMÁTICOS RECAUCHUTADOS (2005). **DS332: Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados**. Organización Mundial del Comercio.

BURGOS SILVA, J. G. (2011). **El mecanismo de solución de diferencias de la OMC: una caracterización**. El acceso al derecho global. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, v. 18, n.1, pp. 213-239.

CANADÁ - ARENQUE Y SALMÓN (1988). **Los Estados Unidos contra el Canadá: prohibición de las exportaciones de pescado**. Organización Mundial del Comercio.

CANADA. Privy Council Office. (2003). **A Framework for the application of precaution in science-based decision making about risk**. Bureau du conseil privé.

CITES (1983). **Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres**.

COM. 105 finales. Comisión de las Comunidades Europeas. Libro Verde. **Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura**. Bruselas, 8.3.2006a.

COM. 848 finales. Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Programa de trabajo de la energía renovable. **Las energías renovables en el siglo XXI: construcción de un futuro más sostenible**. Bruselas, 10 an.2007. 2006 b.

COM. 19 final. Comisión de las Comunidades Europeas. **Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del consejo relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables**. Bruselas, 23 an. 2008.

COREA. CARNE VACUNA (1999). **DS161: Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada**. Organización Mundial del Comercio.

DE SOUZA, R. R., SCHAEFFER, R., & MEIRA, I. Can new legislation in importing countries represent new barriers to the development of an international ethanol market? **Energy Policy**, v. 39, n.6, pp. 3154-3162. 2011.

DIRECTIVA 2009/28/CE. Parlamento Europeo y el Consejo de 23 de abril de 2009 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE. **Diario Oficial de la Unión Europea**. L 140/16. 5.6.2009

ESTADOS UNIDOS - ATÚN CEE. Estados Unidos - **Restricciones a la importación de atún**. Organización Mundial del Comercio. 1994.

ESTADOS UNIDOS - ATÚN II. DS381: Estados Unidos - **Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún**. Organización Mundial del Comercio. 2008.

ESTADOS UNIDOS - ATÚN MÉXICO. Estados Unidos - **Restricciones a la importación de atún**. Organización Mundial del Comercio. 1991.

ESTADOS UNIDOS - GASOLINA. DS2: Estados Unidos -**Pautas para la gasolina reformulada y convencional**. Organización Mundial del Comercio. 1996.

ESTADOS UNIDOS - ATÚN CANADÁ. Estados Unidos -**Prohibición de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá**. Organización Mundial del Comercio. 1982.

ESTADOS UNIDOS - ATÚN CANADÁ.DS381: Estados Unidos -**Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún**. Organización Mundial del Comercio. 2008.

ESTADOS UNIDOS - CAMARONES. DS58: Estados Unidos -**Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos**. Organización Mundial del Comercio. 1998.

ESTADOS UNIDOS - CAMARONES. 21.5. DS58: Estados Unidos -**Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos**. Organización Mundial del Comercio. 2001.

G/TBT/N/EEC/200. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. Notificación de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, **COM.**, pp.19 final-61. 11 jul. 2008.

GALLAGHER, E., 2008. **The Gallagher review of the indirect effects of biofuels production**. Renewable Fuels Agency.

GATT de 1947. **Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio**.

GATT de 1994. **Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994**.

GRINSVEN, A. **Towards a sustainable biofuel trade an analysis of trade barriers and WTO-consistency of certification schemes for biofuels as currently being developed in the EU**. Tesis doctoral. Wageningen University, Wageningen, Países Bajo. Disponible en: https://www.wur.nl/upload_mm/d/6/b/04998605-ac22-408c-a3d4-deedb126c6a6_MSthesisTowardsasustainablebiofueltrade.pdf. 2009. Acceso en: 10 an. 2021.

MARTÍNEZ-CARRETERO, E. Recursos naturales, biodiversidad, conservación y uso sustentable. **Multequina**, n.1, pp.11-18, 1992.

MITCHELL, A.; TRAN, C. (2010). The Consistency of the European Union Renewable Energy Directive with World Trade Organization Agreements: The Case of Biofuels. **Renewable Energy L. & Pol'y Rev.**, v. 33.

OMC. **Decisión Ministerial de Marrakech sobre Comercio y Medioambiente de 1994**. 2004.

OMC. **Understanding the WTO**. 5. ed. Suiza. Disponible en: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/understanding_e.pdf. 2015. Acceso en: 10 an. 2021.

ONU. **Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar**. Disponible en: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar.es.pdf. Acceso en: 10 mayo. 2021. 1982.

ONU. **Convenio sobre la diversidad biológica. Texto y Anexos**. Disponible en: http://www.conabio.gob.mx/institucion/cooperacion_internacional/doctos/informeoficialCOP8.pdf. Acceso en: 10 fev. 2021. 1992 p.

PARLAMENTO EUROPEO. **Fichas técnicas sobre la Unión Europea. La política energética: principios generales**. 2017. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.7.1.html. Acceso en: 10 jun. 2021.

PORTOCARRERO, I. R.; FERRAZ, D. A.; OLIVEIRA, L. P. S. (2019). Los Biocarburantes Sostenibles: un análisis del marco regulatorio de la Unión Europea. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 16, n.36, pp. 67-89.

SÁNCHEZ-MACÍAS, J. I.; RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., CALERO PÉREZ, P.; DÍAZ RINCÓN, F. J. (2006). **Desarrollo agroindustrial de biocombustibles en Castilla y León. Consejo Económico y Social de Castilla y León**. Colección de Estudios.

SWINBANK, A. (2009). EU Policies on Bioenergy and their Potential Clash with the WTO. **Journal of Agricultural Economics**, v. 60, n.3, pp.485-503.

SWINBANK, A. & DAUGBJERG, C. Improving the RED? Biofuels, greenhouse gas emissions, sustainability, efficiency, and WTO compatibility. En International Conference on Governing Sustainable Biofuels: Markets, Certification and Technology. **Conferencia organizada por Copenhaguen Biofuels Research Network**, Copenhaguen - Dinamarca. 2012.

TAILANDIA - CIGARRILLOS. Tailandia - **Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos**. Organización Mundial del Comercio. 1990.

WEIß, W. **Biofuels and WTO Law**. In European Yearbook of International Economic Law 2011 (pp. 169-203). Springer Berlin Heidelberg. 2011.

AUTORA:

Izabel Rigo Portocarrero

Coordinadora del Máster Universitario en Derecho Ambiental de la Universidad Internacional de la Rioja, y profesora en la misma casa de las asignaturas Derecho Internacional, Derecho de Aguas, Servicios Ambientales del Territorio y Marco Jurídico y Evolución Normativa de la Protección

Ambiental en España y Colombia. Es doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, y cuenta con un Máster en Gestión de Proyectos SAP por la Universitat Politècnica de València, además de un Diploma de Estudios Avanzados en Derecho por la Universidad de Salamanca. Ha trabajado previamente como profesora y como investigadora postdoctoral en la Universitat de València, la Universidad Internacional de Valencia, la Universidad Complutense de Madrid y el Centro Universitário de Brasília. Dentro del Derecho Internacional Público y Privado, sus líneas de investigación principales se centran en la Organización Mundial del Comercio, el desarrollo sostenible y la política de transición energética de la Unión Europea.

E-mail: izabel.portocarrero@unir.net

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2267-9902>

TRABALHO, IDENTIDADE E EXISTÊNCIA GLOBALIZADA NO TERCEIRO MILÊNIO

Gilvan Hansen

Universidade Federal Fluminense

RESUMO

O desenvolvimento da espécie humana ao longo da história se tornou viável em face da capacidade racional e sua especificação na forma da linguagem, da reflexão e da ação. Se o ser humano foi capaz de sobreviver na natureza e construir coletividades, a ponto de edificar civilizações, isso se deu primordialmente pela transformação da natureza através da ação, mediante a atividade laboral. Neste sentido, o trabalho é constitutivo do acontecer humano no mundo e faz parte decisiva entre os elementos viabilizadores da condição identitária do humano. A presente reflexão se volta para a discussão do trabalho como elemento viabilizador da formação da identidade humana, situando-o em suas funções sociais, especialmente na modernidade. E o coroamento da análise aqui proposta ocorre pela abordagem, em último momento, do papel que o trabalho possui contemporaneamente, num cenário de globalização e reconfiguração das instituições sociais, dos mercados e das atividades laborais. Apontamos, a partir do diagnóstico do tempo presente e das características do ambiente laboral atual, possíveis alternativas para a superação das crises que atingem o mundo do trabalho em nível planetário. A metodologia subjacente é inspirada na teoria crítica da sociedade, com base nas concepções da Escola de Frankfurt, mais especificamente na versão discursiva que esta recebe a partir de Jürgen Habermas.

Palavras-chave: Trabalho. Identidade. Globalização.

WORK, IDENTITY AND GLOBALIZED EXISTENCE IN THE THIRD MILLENNIUM

ABSTRACT

The development of the human species throughout history became viable due to rational capacity and its specification in the form of language, reflection and action. If human beings were able to survive in nature and build collectivities, to the point of building civilizations, this occurred primarily through the transformation of nature through action, through labor activity. In this sense, work is constitutive of the human happening in the world and is a decisive part among the elements that enable the human identity condition. This reflection turns to the discussion of work as an enabling element in the formation of human identity, placing it in its social functions, especially in modernity. And the culmination of the analysis proposed here occurs through the approach, at the last moment, of the role that work has at the same time, in a scenario of globalization and reconfiguration of social institutions, markets and labor activities. Based on the diagnosis of the present time and the characteristics of the current work environment, we point out possible alternatives for overcoming the crises that affect the world of work at a global level. The underlying methodology is inspired by the critical theory of society, based on the Frankfurt School's conceptions, more specifically on the discursive version it receives from Jürgen Habermas.

Keywords: Work. Identity. Globalization.

Recebido em: 27/06/2021

Aceito em: 03/07/2021

INTRODUÇÃO

O trabalho é uma categoria que acompanha a reflexão sobre o sentido da existência humana ao longo da história, posto estar conectado ao processo de constituição da própria identidade individual e coletiva que define as pessoas e as instituições por ela criadas ao longo do tempo. A presente reflexão se propõe a analisar, em linhas gerais, o significado do trabalho na existência humana, especialmente no terceiro milênio, marcado pela faceta globalizada em amplitude planetária do acontecer humano na terra. Neste intuito, num primeiro momento, propõe-se no texto uma reflexão sobre a relação entre trabalho e construção da identidade humana. Na sequência, procura-se situar o papel do trabalho na modernidade, analisando especialmente as transformações ocorridas a partir de meados do século XIX até a atualidade. Em continuidade, apontam-se alguns dados e características das relações laborais contemporâneas, no intuito de compreender os principais elementos que influenciam o *status* social do trabalho hoje. Para finalizar, são sinalizadas algumas perspectivas de compreensão do fenômeno laboral e a imbricação deste na garantia da existência humana.

1. TRABALHO E IDENTIDADE

Quando falamos em identidade, referimo-nos a uma categoria segundo a qual um ser racional, dotado de capacidade reflexiva, de linguagem e de ação, é capaz de reconhecer os elementos que o tornam único e os que o diferenciam ou aproximam dos demais seres no mundo. Dentre estes elementos se situam as experiências, o parentesco, os conhecimentos, os desejos, os sentimentos, os valores, as crenças, as convicções, as ações, o modo de se expressar, a maneira de se relacionar.

Ademais, quando um indivíduo assume uma identidade como definidora de si, torna-se *persona*, pessoa, e passa a se diferenciar ou a se aproximar de outros indivíduos igualmente possuidores de identidade. Ao encontrar afinidades ou proximidades, tende a construir um senso de pertencimento a algo maior e inclusão num grupo de pessoas que passam a formar uma identidade coletiva; o inverso se observa quando a pessoa reage com estranhamento às identidades de outros, e a tendência é o afastamento e o sentimento de não pertencimento ou exclusão.

E como se conecta o trabalho com a construção da identidade pessoal e coletiva?

O trabalho, ao longo da história, se revelou como instrumento importante para a ação humana em coletividades formadas em torno de identidades partilhadas. Pelo trabalho, as pessoas geravam as condições de subsistência e de crescimento individual e coletivo, atuando em atividades nas quais eram úteis, necessárias ou possuíam maiores habilidades.

O trabalho é o meio pelo qual o sujeito efetiva a satisfação das necessidades no âmbito da sobrevivência e, mais que isso, distingue-se da natureza enquanto espírito, à medida que faz uso da astúcia para poder melhor manipular a natureza, criando para isso instrumentos eficazes. Esses instrumentos são como que categorias do trabalho, pois além de serem a prova material do mesmo, permitem que outras pessoas possam, sob condições similares e em face do seu uso repetitivo, desenvolver atividades cujo resultado é semelhante ao obtido inicialmente. (HANSEN, 2020, p. 152).

À medida que as atividades foram se diferenciando e se complexificando, as comunidades passaram a atribuir significados distintos aos esforços laborais levados a cabo pelos seus membros. Isso explica, grosso modo, porque determinadas atividades, com o tempo, passam a ser consideradas nobres, enquanto outras são consideradas indignas para a identidade das pessoas e, portanto, atribuídas a escravos.

Essa é a reflexão que Hannah Arendt (2007) propôs, chamando a atenção para o fato de que somente as atividades que diferenciavam o homem de outros entes da natureza eram consideradas dignas, razão pela qual o trabalho devia ser desempenhado por escravos ou indivíduos humanos que não tinham sua identidade como pessoas reconhecida.

A opinião de que o labor e o trabalho eram ambos vistos com desdém na antiguidade pelo fato de que somente escravos os exerciam é um preconceito dos historiadores modernos. Os antigos raciocinavam de outra forma: achavam necessário ter escravos em virtude da natureza servil de todas as ocupações que servissem às necessidades de manutenção da vida. Precisamente por este motivo é que a instituição da escravidão era defendida e justificada. Laborar significava ser escravizado pela necessidade, escravidão esta inerente às condições da vida humana. Pelo fato de serem sujeitos às necessidades da vida, os homens só podiam conquistar a liberdade subjugando outros que eles, à força, submetiam à necessidade. A degradação do escravo era um rude golpe do destino, um fado pior que a morte, por implicar a transformação do homem em algo semelhante a um animal doméstico. (ARENDR, 2007, p. 94).

E isso, segundo ela, é observado não apenas na antiguidade, mas também ao longo do período medieval. Somente na modernidade é que a atividade laboral e sua exploração adquire, no entender de Arendt, as configurações de expropriação da força de trabalho com vistas ao lucro, nos moldes descritos por Karl Marx em suas obras.

Ao contrário do que ocorreu nos tempos modernos, a instituição da escravidão na antiguidade não foi uma forma de obter mão de obra barata nem instrumento de exploração para fins de lucro, mas sim a tentativa de excluir o labor das condições da vida humana. Tudo o que os homens tinham em comum com as outras formas de vida animal, era considerado inumano. (ARENDR, 2007, p. 95).

Ora, no imaginário social contemporâneo ainda persistem traços identitários que, brotados na modernidade e cultivados ao longo do século XX, vinculam o sentido do existir de um ser humano ao fato deste possuir um emprego, desenvolver um trabalho, executar atividade laboral.

Nossos antepassados mais recentes (bisavós, avós, pais), por mais que cometessem equívocos ou injustiças neste tipo de procedimento, tinham o trabalho como elemento avaliador de caráter de uma pessoa e definidor valorativo da sua importância social. Trabalhar era sinônimo de ser confiável, ser produtivo na comunidade e digno de inserção na coletividade; não trabalhar era uma prerrogativa aceita para crianças de tenra idade, para idosos ou pessoas doentes; sobre os demais não trabalhadores pairava a pecha de serem preguiçosos, oportunistas, marginais, visto que não contribuía para o desenvolvimento da sociedade ao não gerar riquezas através de atividades laborais.

E essa marca persecutória sobre os não trabalhadores adquire, ao longo do século XX, em diferentes países, uma previsão legal de punição, na forma de criminalização da vadiagem. No Brasil, por exemplo, o Código Penal de 1890 previa penas para aqueles que não trabalhassem, estando aptos para isso, seja pela mendicância ou pela vadiagem.

Art. 391. Mendigar, tendo saúde e aptidão para trabalhar:

Pena - de prisão celular por oito a trinta dias.

Art. 399. Deixar de exercer profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes:

Pena - de prisão celular por quinze a trinta dias.

§ 1º Pela mesma sentença que condemnar o infractor como vadio, ou vagabundo, será elle obrigado a assignar termo de tomar occupação dentro de 15 dias, contados do cumprimento da pena.

§ 2º Os maiores de 14 annos serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, onde poderão ser conservados até á idade de 21 annos.

Art. 400. Si o termo for quebrado, o que importará reincidencia, o infractor será recolhido, por um a tres annos, a colonias penaes que se fundarem em ilhas maritimas, ou nas fronteiras do territorio nacional, podendo para esse fim ser aproveitados os presidios militares existentes.

Parapho unico. Si o infractor for estrangeiro será deportado.

Art. 401. A pena imposta aos infractores, a que se referem os artigos precedentes, ficará extincta, si o condemnado provar superveniente aquisição de renda bastante para sua subsistencia; e suspensa, si apresentar fiador idoneo que por elle se obrigue. Parapho unico. A sentença que, a requerimento do fiador, julgar quebrada a fiança, tornará effectiva a condemnação suspensa por virtude della.

Em 1940, a mendicância e a vadiagem foram retiradas do novo Código Penal, mas incorporadas na Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688/1941).

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:
Pena - prisão simples, de quinze dias a três meses.
Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

Todavia, a ênfase no elemento trabalho fica presente na ideia de ociosidade, pois somente quem trabalha possui status de cidadania e se encontra em cumprimento dos dispositivos legais. Aquela pessoa que não trabalha se sujeita às sanções coletivas imputadas através das instituições estatais responsáveis pela administração da justiça. Daí que, em longos períodos da história brasileira, no século XX, a Carteira de Trabalho era documento mais importante de ser levado com a pessoa do que a própria Carteira de Identidade, visto que, ante uma abordagem policial, a pessoa teria de provar estar com trabalho formalmente registrado, sob risco de, em não o fazendo, ser detida e conduzida ao cárcere. Esse contexto talvez nos ajude a compreender por que há no Brasil uma percepção de identidade individual ligada à inserção no mundo do trabalho e não à noção de cidadania.

O problema hoje observado é que, se a identidade das pessoas está atrelada ao exercício de atividades laborais, não possuir emprego ou executar atividades laborais implica, de certa maneira, uma forte ruptura da identidade de grande parte da população, ocasionando o surgimento de uma depreciação da existência e do sentido que esta possui para muitos membros da sociedade, brasileira ou mundial.

Para melhor compreendermos as configurações contemporâneas do trabalho e do seu significado social, primeiro devemos explicitar o cenário que deu ao trabalho um papel posicional diferenciado ao longo da modernidade.

2. O PAPEL DO TRABALHO NA MODERNIDADE

O trabalho possui um papel posicional fundamental na vida dos seres humanos na contemporaneidade, posto que dele depende a subsistência e a sobrevivência de grande parte da humanidade.

Em 1997, quando escrevemos o texto-base que vai dar origem ao livro **Modernidade, utopia e trabalho**, publicado como livro em 1999 (primeira edição) e republicado em 2020 (segunda edição), já tínhamos presente essa importância. Chamávamos a atenção, na ocasião, para a dimensão instrumental do trabalho, especialmente na modernidade, como meio de realização da utopia de um mundo melhor para todos. Projetos utópicos de sociedade, com diferentes matizes ideológicas ou políticas, traziam em comum esse papel do trabalho como viabilizador das expectativas de vida

segura, com qualidade e estabilidade, que pudesse contemplar a todos e a cada um; o trabalho geraria a riqueza e esta tornaria a vida boa para todas as pessoas.

A utopia da sociedade do trabalho gestada no interior da Modernidade calcava-se na noção de trabalho autônomo e na emancipação decorrente do exercício eficaz e eficiente das atividades produtivas. Variava apenas, em decorrência das diversas propostas de estruturação social (social-democracia, liberalismo, fascismo, nacional-socialismo, socialismo), quanto ao controle dos meios de produção e o modo de organização e distribuição da produção. (HANSEN, 2020, p. 162).

Nesses pouco mais de quinhentos anos de modernidade, todavia, parece que as expectativas depositadas no trabalho não se cumpriram, pois o número de seres humanos em miséria extrema no planeta, a desigualdade de distribuição da riqueza e a exploração de milhares de pessoas em sua atividade laboral são indicativos de uma frustração dos ideais utópicos ligados ao trabalho. E esse desencanto com relação ao trabalho se tornou mais forte a partir de meados do século XIX, chegando a um pessimismo muitas vezes conformista.

Parece que a noção de trabalho como “*tri-palium*” se tornou preponderante sobre a noção de “labor”, de sorte que se vê hoje o trabalho não como um veículo de realização pessoal e de construção de felicidade, mas como um mal necessário, como um instrumento de tortura ao qual nos submetemos em troca de dinheiro que nos viabilize a sobrevivência.

Ao mesmo tempo, milhões de pessoas sequer tem acesso a essa submissão, já que estão alijados do mercado de trabalho. E outros tantos são incorporados ao mercado de trabalho de maneira precária, com atividades informais ou com subempregos e remunerações irrisórias.

Como, enfim, chegamos a essa situação?

Para responder de maneira minimamente satisfatória a essa questão vamos fragmentar nosso diagnóstico da modernidade em três momentos: o primeiro, que vai de meados do século XV até o século XVIII; o segundo, que abrange o século XIX; o terceiro, que abrange os séculos XX e XXI.

2.1. O trabalho e seu papel social: de 1450 a 1800

O advento da modernidade traz consigo alguns fenômenos importantes que vão impactar a estruturação das sociedades e o modo como o trabalho passará a ser empiricamente vivenciado.

Vários pensadores significativos da modernidade expuseram, em seus escritos, projetos utópicos no qual o trabalho era o denominador comum para a construção de uma sociedade justa e feliz, viabilizando uma vida melhor para todos. Esse é o caso de Thomas More (1478-1535), em sua obra *Utopia* (1516), Giovanni Domenico Campanella, conhecido por Tommaso Campanella (1568-1639), em sua obra *A Cidade do Sol* (1602), Francis Bacon (1561-1626), em sua *Nova Atlântida*

(1624) e, mesmo que com um tom crítico e libertário, também Karl Marx (1818-1883), no *Manifesto Comunista* (1848).

No entanto, o que se observou na prática foi uma exploração brutal das pessoas no desenvolvimento das atividades ligadas ao trabalho, que se estendeu por mais de três séculos.

O colapso gradativo do feudalismo na Europa, como reflexo inicial das Cruzadas, mas depois também das guerras intraeuropeias, provocou uma concentração de terras nas mãos de poucos proprietários rurais nobres, os quais romperam os pactos de vassalagem e servidão existentes no feudalismo, expulsando milhares de pessoas dos campos, que para tentar sobreviver tiveram de se acostar nos vilarejos e cidades existentes. Esse processo de urbanização forçado começará a gerar um caos nas vilas e cidades, pois as condições sanitárias, alimentares e de infraestrutura urbana, que já eram precárias, agora já não são suficientes para receber um enorme contingente populacional advindo das migrações.

Os postos de trabalho, que eram restritos e com uma remuneração que garantia a subsistência, passam agora a ser disputados por muitíssimas mais pessoas, de sorte que são igualmente precarizados: será contratado quem exigir menos, em termos de condições de trabalho e de remuneração; e quem não aceitar, sai da fila porque há dezenas disputando essa mesma vaga, na esperança de ganhar algum dinheiro que lhe permita comer e morar.

À medida que as relações comerciais se ampliam, ao longo dos séculos XVI e XVII, surgem mais postos de trabalho e, com isso, melhorias pontuais. Mas as guerras europeias geram destruição e desfazem eventuais conquistas laborais ocasionais.

No século XVIII, além do cenário supra descrito, surge ainda um novo “inimigo” a eliminar os postos de trabalho: as máquinas, que passam a substituir a mão de obra humana, especialmente na Inglaterra e sua Revolução Industrial.

O desenvolvimento de novas tecnologias permitiu a produção de máquinas capazes de produzir em maior escala, além de serem operadas por poucas pessoas e com um funcionamento simplificado, de sorte a poder ser operado por diversas pessoas, sem que houvesse um treinamento sofisticado capaz de justificar remuneração muito alta. Essas máquinas são introduzidas nas manufaturas e aos poucos passam a compor o cenário de produção nas diferentes áreas, de padarias a tecelagens, de ferrarias a tipografias, de bares a pequenos comércios.

Em todas as formas de trabalho, desde esculpir a servir refeições, as pessoas se identificam com tarefas que as desafiam, as tarefas difíceis. Mas nesse local de trabalho flexível, com seus trabalhadores políglotas sempre indo e vindo, e ordens radicalmente diferentes a cada dia, a maquinaria é o único verdadeiro padrão de ordem, e por isso tem de ser fácil para qualquer um, não importa quem, operar. A dificuldade é contraprodutiva num regime flexível. Por um terrível paradoxo, quando

diminuímos a dificuldade e a resistência, criamos as condições mesmas para a atividade acrílica e indiferente por parte dos usuários. (SENNETT, 2009, p.84)

Para conseguir se tornarem ainda menos custosas do que o investimento em maquinaria, a ponto dos donos dos negócios optarem pela sua contratação ao invés de comprarem máquinas, as pessoas se submetiam a condições subumanas, em termos de jornada de trabalho diária e em termos de remuneração recebida por ela.

Com isso, encontramos relatos dramáticos de exploração das pessoas no trabalho, onde mulheres e crianças trabalham nas mesmas atividades e sob a mesma jornada excessiva dos homens (até 16 horas diárias), mas recebem bem menos que estes como remuneração. E as reações se fazem sentir, ainda de que maneira esparsa, na forma de revoltas e greves de trabalhadores, que são reprimidas pelas autoridades policiais à mando dos governantes e em defesa dos interesses patronais e empresariais.

Algumas destas revoltas atingem êxito, parcial ou total, de modo que começam a incentivar a organização dos trabalhadores na luta por melhores condições de trabalho e remunerações mais dignas. E começam a se formar sindicatos e associações congêneres para articular a defesa, no âmbito nacional, europeu e mundial, dos interesses dos trabalhadores.

2.2. O trabalho e seu papel social: de 1800 a 1900

A Revolução Francesa (1789) marca a eclosão das insatisfações populares em relação ao modo como a nobreza e os reis tratam os seus cidadãos; e neste movimento estão contempladas, em grande parte, também os descontentamentos atinentes às relações de trabalho. E tal movimento sinaliza para uma necessária e urgente mudança nas configurações laborais, que vai ter efeitos significativos no século XIX.

A chegada de Napoleão Bonaparte ao poder na França e a compilação de direitos que este promove pela positivação das leis em Códigos, entre 1804 e 1807, não são suficientes para garantir melhores condições aos trabalhadores.

A nobreza europeia, sacudida pelos ventos revolucionários franceses, rapidamente esquece as ameaças libertárias e volta as suas velhas práticas de exploração. Victor Hugo, por exemplo, com sua obra **Os miseráveis** (1862), retrata essa atitude da elite francesa entre 1815 e 1832, período ao qual se refere seu escrito.

Mas os ares revolucionários exalados a partir da França fortificaram a articulação do proletariado em termos europeus, com o movimento da internacional socialista se fortalecendo e se

articulando, inclusive em termos partidários, em várias das nações europeias. Karl Marx terá aqui um papel significativo, ao lado de outros tantos militantes da causa trabalhadora.

As reivindicações dos trabalhadores, através de greves, protestos e revoltas, regadas a sangue e drama, trazida à instância política por via partidária, gera efeitos significativos, por exemplo, na Alemanha, quando Bismarck (1815-1890), para se contrapor ao movimento socialista, assume bandeiras deste e instaura, em finais da década de 1870, o primeiro sistema de seguridade social que passa a beneficiar aos trabalhadores. Isso servirá de referência para outras nações, nas décadas seguintes, rumarem na mesma direção e começarem a estabelecer as bases de um estado de bem-estar social, que emerge no século XX.

2.3. O trabalho e seu papel social: de 1900 aos nossos dias

Habermas (2001), ao falar sobre a fisionomia do nosso breve século, que alguns autores dizem ter começado em 1914 (início da Primeira Guerra Mundial) e terminado em 1989 (Queda do Muro de Berlim), aponta algumas características que penso ser importantes para compreendermos o significado do trabalho nos séculos XX e XXI.

Num capítulo que tem como título, bem sugestivo para o momento que vivemos, “Aprender com as catástrofes? Um olhar diagnóstico retrospectivo sobre o breve século XX”, Habermas vai destacar três principais aspectos que precisamos levar em conta para entender os nossos tempos: a) O desenvolvimento demográfico; b) A mudança estrutural do trabalho; c) O *curriculum* dos progressos científico-tecnológicos.

a) As pesquisas e descobertas no campo da medicina, desde o século XIX, tornaram os índices de mortalidade menores e aumentaram a expectativa de vida das populações. A humanidade levou todo o período de sua existência no planeta para chegar ao primeiro bilhão de indivíduos em torno de 1804; em apenas 123 anos, em 1927, atingimos uma população de 2 bilhões de habitantes; tornamo-nos 3 bilhões em 1960, quatro bilhões em 1975, 5 bilhões em 1987, 6 bilhões em 1999, 7 bilhões em 2012 e a previsão é de que seremos 9 bilhões em 2054. Essa explosão demográfica implica na necessidade de recursos planetários muito acima da capacidade de regeneração do planeta, especialmente com essa mentalidade consumista e descartável que nos é instigada pelo marketing capitalista.

A presença de corpos reunidos, postos em marcha ou em uma cerca, é dissolvida pela inclusão simbólica das consciências em redes de comunicação cada vez mais abrangentes: a massa concentrada transforma-se no público disperso das mídias de massas. Os congestionamentos e fluxos de trânsito físicos continuam a inchar enquanto a rede eletrônica das conexões individuais torna anacrônicas as massas

aglomeradas nas ruas e praças. Todavia, a mudança da percepção social não afeta a continuidade de base do crescimento populacional. (HABERMAS, 2001, p. 54-55).

b) A mudança estrutural do trabalho ocorre pela transformação do próprio objeto do mesmo: se até a modernidade, a mão de obra estava no setor primário (agricultura), com a revolução comercial e industrial essa se deslocou para o setor secundário (indústria de bens de consumo) e terciário (comércio, transporte e prestação de serviços); atualmente, porém, a necessidade de mão de obra se desloca para o setor quaternário, baseado no saber (indústrias *high tech*, serviços de saúde, bancos, administração pública), os quais dependem de novas informações através de pesquisa e inovação. As sociedades pós-industriais precisaram erradicar o analfabetismo, ampliando a rede de educação secundária e terciária. As universidades, que até o início do século XX era formadoras de pessoas nas chamadas Humanidades, foram convertidas gradativamente em centros de formação de mão de obra especializada.

O declínio da situação dos camponeses também revolucionou a relação tradicional entre a cidade e o campo. Hoje mais de quarenta por cento da população mundial mora nas cidades. O processo de urbanização destrói a própria cidade juntamente com as formas de vida urbanas nascidas na antiga Europa. Se Nova York, mesmo no seu núcleo metropolitano de Manhattan, recorda apenas longinquamente a Londres e Paris do século XIX, por outro lado as regiões urbanas transbordantes de Cidade do México, Tóquio, Calcutá, São Paulo, Cairo, Seul ou Xangai explodiram as dimensões habituais da "cidade". Os perfis confusos dessas megalópoles - apenas desde há duas ou três décadas pululantes - brindam-nos com uma imagem para a qual nos faltam ainda os conceitos. (HABERMAS, 2001, p. 56)

c) A velocidade e amplitude do desenvolvimento tecnológico ao longo do século XX, na medicina, na agricultura, nos transportes, nas comunicações etc. geraram uma drástica alteração nos nossos padrões de vida. Podemos ser especialistas em alguma coisa, mas ao mesmo tempo sermos analfabetos funcionais diante de novas tecnologias que não são parte do nosso cotidiano. O espaço e o tempo foram comprimidos, e vivemos um turbilhão que atinge todo o nosso modo de ser (valores, hábitos alimentares, comportamentos sociais, atitudes institucionais).

As estruturas do mundo da vida carregadas de tecnologia exigem de nós, laicos, agora como antes, a relação inocente com aparelhos e dispositivos enigmáticos, uma confiança habitual no funcionar de técnicas e comutadores opacos [*Undurchschau*]. Em sociedades complexas todo especialista torna-se um laico diante de todos os demais especialistas. (HABERMAS, 2001, p. 57).

Os elementos acima sinalizam na direção de uma drástica mudança na fisionomia do nosso tempo e indicam modificações significativas no modo como as pessoas se apercebem do seu existir, ou seja, de como constroem e reconhecem a sua identidade. Analisemos, pois, as características do trabalho no século XXI, onde a globalização assume dimensões planetárias.

3. CARACTERÍSTICAS DO TRABALHO NO SÉCULO XXI

Uma das características com relação ao trabalho no século XXI é a sua volatilidade: postos que existiam há algumas décadas desapareceram para não voltar, e outras possibilidades laborais antes inimagináveis tornam-se realidade, com prazo de durabilidade igualmente imprevisível. Quem imaginaria, há 40 anos, que ser datilógrafo se tornaria ocupação extinta? Quem de nós se preparou, por exemplo, para ser influenciador digital?

O desenvolvimento tecnológico numa velocidade e amplitude sem precedentes tem tornado obsoletas determinadas atividades laborais e os profissionais que nelas atuavam são repentinamente abalroados com o desaparecimento de seus empregos.

Ao mesmo tempo, essa mesma tecnologia faz brotar novas ocupações, as quais exigem habilidades e conhecimentos nem sempre presentes em profissionais inseridos no mercado de trabalho, obrigando a quem quiser atuar ali a se “reciclar”, a renovar suas aptidões para atuar em ramos laborais de vanguarda.

Outra característica é a tendência à precarização das relações laborais, pelas pressões das grandes corporações internacionais: um ataque permanente aos direitos trabalhistas consignados nas legislações nacionais é promovido junto aos governos e parlamentos, com alterações que significam grave ameaça às condições de seguridade, estabilidade, remuneração, aposentadoria etc. Além disso, uma pressão pela transformação da força de trabalho em pessoa jurídica, para burlar obrigações sociais por parte das empresas. Muitas vezes essas práticas vêm acompanhadas de propagandas romantizadas de empreendedorismo e outras nomenclaturas similares.

Ademais, há o que se poderia denominar de vulnerabilidade produzida de massa trabalhadora: um contingente de pessoas simplesmente excluídas do mercado de trabalho e disponíveis, como peças de reposição, toda a vez que alguém ousar reivindicar melhores condições laborais. Dados da OIT de 27/05/2020 apontam para o fato de que 1 a cada 5 jovens estava fora do mercado em finais de 2019; agora, após seis meses sob os efeitos da pandemia, a situação se agravou (cerca de 135 milhões perderam o emprego no primeiro trimestre e a previsão é de 305 milhões a mais de desempregados no segundo trimestre de 2020).

En 2019, la tasa de desempleo juvenil de 13,6 por ciento era ya más alta que la de cualquier otro grupo poblacional. Había alrededor de 267 millones de jóvenes - o uno de cada cinco a nivel mundial - que no trabajaban, ni seguían una educación o formación profesional (nini). Los jóvenes de entre 15 y 24 años que estaban empleados tenían además mayores probabilidades de estar en formas de trabajo que los hacía más vulnerables, como ocupaciones mal remuneradas, en la economía informal, o como trabajadores migrantes.

Mas a OIT está preocupada também com o trabalho dos pequenos e microempresários, igualmente afetados pela pandemia. Enquanto em alguns países onde vigora o estado de bem-estar social há uma proteção e ajuda do Estado a essas pessoas, em países onde não há tal configuração, os governantes desprezam a situação destes trabalhadores e canalizam os recursos para as grandes empresas, os bancos e setores do grande capital internacional.

Las pequeñas empresas son muy importantes, tanto en el plano social como en el económico. En 2019 la OIT publicó el informe, *Small Matters* [Lo pequeño también cuenta], en el que se pone de manifiesto que las pequeñas unidades económicas que emplean hasta 49 personas generan alrededor del 70% del empleo en el mundo. Su contribución al PIB es notable. Ello demuestra que, en efecto, lo pequeño también cuenta. (Dragan Radic, Jefe, Unidad de pequeñas empresas de la OIT).

Há, finalmente, uma nova expressão da instabilidade das relações de trabalho que se dá através de empresas de entregas, de transportes de pessoas ou mesmo de teletrabalho, e mesmo alguns casos de *home office*, onde o trabalhador corre todos os riscos e não possui proteção alguma nem direitos trabalhistas reconhecidos. Felizmente o Poder Judiciário de algumas nações tem acolhido os pedidos de reconhecimento de vínculo empregatício de trabalhadores ligados a essas atividades.

[...] o capitalismo inicial se firmou como exploração do trabalho; o de hoje se apóia na exploração da responsabilidade. Antigamente, os trabalhadores tinham que construir juntos o objetivo do trabalho; hoje, eles têm que construir o resultado do negócio. Antes, eles tinham apenas que trabalhar juntos, agora eles participam nos planos e nos riscos. Antes, eles estavam subordinados ao processo de produção como uma peça da engrenagem; agora, o processo de produção é subordinado ao seu engajamento. A sempre precária exploração alheia, que gera resistência, é substituída pela autoexploração sem limites. (BECK, 1999, p. 261)

4. PERSPECTIVAS PARA O TRABALHO E A EXISTÊNCIA HUMANA NO SÉCULO XXI

Diante deste cenário pouco alentador, há perspectivas que se possam apontar?

Algumas reflexões têm sido trazidas mais recentemente sobre o papel do trabalho nas sociedades, e convém mencioná-los.

Domenico De Masi, sociólogo italiano, autor de obras como **O ócio criativo**, sinaliza para a tendência observada na Europa de redução da jornada de trabalho, para que o mercado possa absorver um contingente populacional que hoje está fora do mercado: grosso modo, se eu e meu colega trabalhamos 48 horas semanais cada, ocupamos dois postos de trabalho; se passarmos a trabalhar 32 horas, abrimos a possibilidade de contratação de mais uma pessoa. Acontece que fomos domesticados na mentalidade de ocupar o nosso tempo no trabalho; daí que, à moda dos gregos clássicos, devemos aprender a usar com qualidade o nosso tempo de ócio.

Alguns problemas parecem-me aqui intransponíveis: primeiro, as empresas estariam dispostas e em condições de viabilidade para bancar esses custos extras? Ou isso implicaria redução de remuneração proporcional à da jornada de trabalho? Em suma, como se paga essa conta?

Na esteira de discussões econômicas trazidas à tona pela pandemia SARS-CoV-2, pesquisadores holandeses já falam em um mundo que precisa se preparar para o desacelerar da economia, com a adoção de medidas políticas, jurídicas, ambientais e econômicas que levem a adoção de um estilo de vida mais frugal, de menor consumismo, de viver com poucos recursos, etc. e atrelado a isso reaparecem as propostas de implantação de uma renda básica universal, que seria muito menos onerosa aos Estados do que a adoção ou a manutenção de Estados de bem-estar social onde boa parte não contribui com impostos por estar alijada da obtenção de receita através do trabalho. Um exemplo disso é Rutger Bregman, com sua obra **Utopia para realistas**.

Bregman (2017, p. 132) defende a diminuição da jornada de trabalho semanal como uma das soluções significativas para a melhoria das condições de vida das pessoas em âmbito global. Isso, segundo ele, reduz o estresse e melhora a sensação de qualidade de vida, além de interferir nas mudanças climáticas, visto que a diminuição das horas trabalhadas gera diminuição de emissão de gases poluentes e danifica menos o meio ambiente. Acrescenta ainda que os acidentes advindos das jornadas excessivas de trabalho diminuem consideravelmente, gerando maiores benefícios para os trabalhadores e para as empresas.

Muchos estudios han demostrado que quienes trabajan menos están más satisfechos con su vida. En una encuesta reciente llevada a cabo entre mujeres trabajadoras, unos investigadores alemanes incluso cuantificaron el «día perfecto». La fracción de minutos más grande iría a las «relaciones íntimas». Las «relaciones sociales», «relajarse» y «comer» también puntuaron alto. Al final de la lista estaban «cuidar de los hijos», «trabajar» y los «desplazamientos al trabajo». Los expertos señalaron lacónicamente que «en la mejora del bienestar, es probable que el trabajo y el consumo (que incrementan el PIB) vayan a desempeñar un papel más pequeño que el actual en la actividad diaria de la gente». (BREGMAN, 2017, p.132).

Além dos itens acima, e igualmente embasado em dados, Bregman (2017, p.132-134) aponta outros fatores nos quais a redução da jornada de trabalho contribui: na diminuição do desemprego, no aumento de oportunidades laborais para as mulheres, na redução das desigualdades e no aumento da expectativa de vida pela melhoria das condições laborais.

Los países con las mayores desigualdades en el nivel de renta son precisamente aquellos con las semanas laborales más largas. Mientras que los pobres trabajan cada vez más horas para salir adelante, a los ricos les resulta cada vez más «caro» tomarse tiempo libre en la medida en que sus horas están cada vez mejor retribuidas. (BREGMAN, 2017, p.134)

Essa é uma perspectiva interessante, mas com profundas dificuldades de implementação em termos planetários, onde marcadamente existem seres humanos que acham natural que tenham acesso a bens e consumo, enquanto a outro sequer reconhecem status de humanidade. Ademais, isso mexe visceralmente no modo com que nos moldamos enquanto identidade individual e coletiva até o momento, na modernidade.

O trabalho perde seu poder de realização e construção da identidade humana, pois já não importa como critério de valorização pessoal aquilo que cada um produz. O que passa a ser tomado como modelo de indivíduo digno, realizado e feliz é aquele personagem ficcional criado pela mídia e que catalisará, enquanto arquétipo, as aspirações individuais. Assim, a biografia das pessoas deixa de ser gerada a partir de impulsos internos do sujeito para ser organizada com base nos meios de comunicação social; a pessoa não mais se identifica a partir de um determinado contexto real vivido comunicativamente, mas passa a uma situação de aparente indiferença social e apatia moral, típicas de quem age como espectador imparcial de acontecimentos distantes de si. (HANSEN, 2020, p. 174)

Especialmente em países como o Brasil, as pessoas têm sua identidade vinculada a questão laboral, até por questões históricas e jurídicas pregressas; antes de sermos cidadãos ou nos reconhecermos enquanto tal, identificamo-nos como trabalhadores. Haveria a necessidade, portanto, de um processo educacional regular, massivo e duradouro, para que nos reconfigurássemos quanto ao sentido da nossa condição existencial e nos percebêssemos enquanto cidadãos do mundo; atrelados a esse aprendizado teríamos de desenvolver valores como o respeito à diversidade, a pluralidade, a democracia.

Se quisermos ultrapassar modelos laborais míopes e comandados pelas corporações empresariais, necessitamos trabalhar articuladamente na educação das populações mundo afora para valores como solidariedade, justiça social, igualdade, pluralidade, cidadania participativa e cosmopolita. E isso só se faz possível em ambientes de democracia, que hoje é mais do que uma mera forma de organização política, mas se coloca como condição de possibilidade da sociabilidade e de viabilização da existência humana em harmonia com o existir de outros no planeta.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Roberto Raposo (Trad.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo: respostas a globalização. André Carone (Trad.). São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BREGMAN, Rutger. **Utopia para realistas**. Barcelona: Salamandra, 2017.

DI MASI, Domenico. **O ócio criativo**. Léa Manzi (Trad.). Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Raul Fiker (Trad.). São Paulo: UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. 6. ed. Maria Luiz X. de A. Borges (Trad.). Rio de Janeiro: Record, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. George Sperber; Paulo Astor Soethe (Trad.). São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Márcio Seligmann-Silva (Trad.). São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Flávio Beno Siebeneichle (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II (Biblioteca Tempo Universitário, 101 e 102).

HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. 2. ed. Carlos Nelson Coutinho (Trad.). São Paulo: Brasiliense, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Guido Antônio de Almeida (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 - Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência. In: **Novos estudos**. São Paulo: CEBRAP, n. 18, set. 1987a, p. 103-114.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Artur Morão (Trad.). Lisboa: Edições 70, 1987b.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Flávio Köthe (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. (Biblioteca Tempo Universitário, 76 - Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Vamireh Chacon (Trad.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980. (Biblioteca Tempo Universitário, 60 - Série Estudos Alemães).

HANSEN, Gilvan Luiz. **Modernidade, utopia e trabalho**. 2. ed. Londrina: Engenho das Letras, 2020.

KANT, Immanuel. **Ideas para uma história universal em clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la História**. 2. ed. Concha Roldan Panadero; Roberto Rodriguez Aramayo (Trad.). Madri: Alianza Editorial, 1994b.

KANT, Immanuel. **Antropología en sentido pragmático**. José Gaos (Trad.). Madri: Alianza Editorial, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1988.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é o Esclarecimento? In: KANT, Immanuel. **Immanuel Kant**: textos seletos. 2. ed. Introdução de Emmanuel Carneiro Leão; Floriano de Sousa Fernandes (Trad.). Petrópolis: Vozes, 1985.

ROUANET, Sergio Paulo. **Interrogações**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter**: as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo. 14. ed. Marcos Santarrita (Trad.). Rio de Janeiro: Record, 2009.

AUTOR:

Gilvan Hansen

Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense. Atua na Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios e na Pós-Graduação em Sociologia e Direito. Coordena o Grupo de Pesquisa Democracia, Cidadania e Estado de Direito.

E-mail: gilvanluizhansen@id.uff.br

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0785-5752>

LA GOBERNANZA DEL SISTEMA MUNDIAL DE ALIMENTOS Y LOS LÍMITES DE LA AGENDA 2030

Kattya Cascante Hernández
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

El número de personas hambrientas ha aumentado por primera vez desde la crisis de 2007. Junto a más de 821 millones de personas desnutridas hay que añadir 2.435 millones de personas con sobrepeso y obesidad en un avance de la malnutrición sin precedentes. El marco dado por la Agenda 2030 parece no ser suficiente para mejorar el acceso de todas las personas a una alimentación adecuada y sostenible. En este artículo se analiza, en primer lugar, la globalización del sistema mundial alimentario y la configuración de estructuras internacionales a partir de los principales desafíos que genera su gobernanza alimentaria. En segundo lugar, se cuestiona el modelo de desarrollo sostenible propuesto por la Agenda 2030, ya que, al no superar los marcos dominantes, no permite una gobernanza en consecuencia y suficiente para la promoción del alimento para todos.

Palabras clave: Seguridad alimentaria. Globalización. Gobernabilidad.

THE WORLD FOOD SYSTEM GOVERNANCE AND THE 2030 AGENDA LIMITS

ABSTRACT

The number of hungry people has increased for the first time since the 2007 crisis. To the 821 million undernourished people, we have to add the 2.4 billion overweight and obese people reflecting an unprecedented increase in malnutrition. The Agenda 2030 framework does not sufficient to improve access to adequate and sustainable food for all people. This article analyzes, first, the globalization of the world food system and the international structures responsible for its governance. Secondly, it puts into question the capacity of the Agenda 2030 sustainable development to consider foods provision for everybody.

Keywords: Food Security. Globalization. Governance.

Recebido em: 17/06/2021
Aceito em: 03/07/2021

INTRODUCCIÓN

Por primera vez, desde la crisis de 2007, ha aumentado el número de hambrientos en el mundo. En el informe de 2019 sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ya se elevaba a 821 millones¹ el número de personas que pasan hambre y a 2.480 millones aquellas que padecen sobrepeso y obesidad (WORLDOMETER, 2021; OMS, 2018). Con la Covid-19, el impacto es más negativo. La inseguridad alimentaria ha aumentado debido a la reducción del suministro, el parón del comercio mundial de alimentos, la caída de los ingresos y la reducción de la disponibilidad de alimentos durante el confinamiento. A esto hay que añadir el aumento del desperdicio debido a la incidencia sobre el transporte y la menor disponibilidad de mano de obra, así como un empeoramiento de la malnutrición debido a la interrupción de las comidas escolares (Sachs et al., 2020). Todo ello, sobre una oferta real de alimentos que, en 2019, ya se reducía casi a un 70% debido a que las pérdidas y los desperdicios superaban un tercio de la producción alimentaria. Se pone en relieve, por tanto, que el incremento de la producción alimentaria no elimina la pobreza ni el subconsumo, ni hace que la alimentación sea adecuada.

En este artículo, el desafío del hambre se vincula al fenómeno de la globalización, generador de un sistema productivo y comercial que, a pesar de no registrar escasez, asevera la inequidad en el acceso de los alimentos. Por un lado, la capacidad y control del Estado sobre los alimentos (seguridad alimentaria) es más limitada, favoreciendo al mercado y otros actores, con lógicas diferentes, alejar los alimentos de su función principal y necesaria para garantizar la vida. Por otro lado, el incremento de la disposición internacional del capital para invertir en títulos financieros ha hecho posible la aparición de un mercado global que responde a criterios propios de rentabilidad financiera y, tal y como se puede comprobar en la crisis financiera de 2008, ha convertido en activos financieros los alimentos, provocando consecuencias ajenas al comportamiento del sistema productivo. Estas dos cuestiones orbitan alrededor de la Agenda 2030 que, a pesar de su vocación de compensar los desequilibrios que el fenómeno de la globalización haya podido causar en las últimas décadas y la explícita referencia a los derechos humanos (DDHH) en cada ODS, omite reivindicar el derecho a la alimentación y considerar este desafío más allá del incremento productivo y del libre comportamiento del sistema financiero. Una omisión que, en los inicios de 2021, tiene un mayor impacto sobre muchos países en desarrollo que son masivamente importadores de alimentos y que no solo están viendo caer en picado su moneda a tiempo en que se produce un fuerte aumento interno (y real) de los precios de los alimentos importados (FAO, 2020; IFPRI, 2020). También son países que van a perder una

¹ Esta cifra ha avanzado desde la publicación de este informe, superando los 845 millones de personas en enero de 2021 (Worldometer, 2021).

proporción sustancial de sus ingresos en divisas, agudizando las consecuencias de la Covid-19 sobre sus políticas sociales y, su acceso al alimento suficiente y adecuado.

Para analizar la cuestión alimentaria, en la primera parte de este artículo, se advierte un cambio del poder del Estado sobre las decisiones de acceso a los alimentos y su comportamiento en el avance de la globalización. La transnacionalización y la seguridad alimentaria interactúan con mensajes contradictorios hacia el Estado globalizado. Para entender el comportamiento de este poder se considera la Ciencia Política, pero para analizar las estructuras internacionales donde este poder emerge, su naturaleza, difusión y redistribución entre los múltiples actores que operan en el sistema, se acude a la disciplina de las Relaciones Internacionales. Por último, la Economía Política Internacional permitirá añadir a nuestro análisis las variables económicas de los actores y de las relaciones transnacionales en ámbitos como la producción, el comercio, las finanzas, el desarrollo económico y la regulación política - o gobernanza - de la economía internacional. Todas estas disciplinas permiten analizar los límites de la Agenda 2030 en el planteamiento de un modelo de desarrollo sostenible.

1. LA GLOBALIZACIÓN DEL SISTEMA MUNDIAL DE ALIMENTOS

El sistema alimentario es “la forma en que los sujetos se organizan para obtener y para consumir su comida” (MALASSIS, 1996). Este sistema comprende el conjunto de actividades relacionadas con la función de alimentación en una sociedad. La naturaleza y las cantidades de alimentos disponibles, así como la distribución social de estas disponibilidades, es decir, los modelos de consumo caracterizan también los sistemas alimentarios. Desde la aparición de la agricultura, este sistema ha evolucionado en paralelo a la evolución de las sociedades humanas. Con el fenómeno de la globalización este sistema se internacionaliza bajo estructuras transnacionales dominantes donde el Estado cada vez tiene menos control sobre los alimentos. Desde la crisis alimentaria de 1973, la mayor transformación sobre la alimentación vino impulsada precisamente por la internacionalización del Estado (COX, 1993) y su pérdida de agencia sobre los alimentos.

1.1. El papel del Estado en la transnacionalización del alimento

El fenómeno de la globalización cuestiona la capacidad de los Estados para regular las dinámicas económicas, políticas y sociales y para, en la medida que transforman al Estado y redefinen sus funciones y sus formas históricas, garantizar niveles aceptables de bienestar para su ciudadanía (SANAHUJA *et al.*, 2005). La sociedad internacional ya no responde al concepto tradicional de

Estado y soberanía. La transición de un modelo estatocéntrico a otro multicéntrico, con un mayor número de actores no estatales, y la paulatina desestatización de distintos ámbitos de las relaciones sociales según avanza la globalización, ha acabado con el monopolio del Estado sobre los problemas de seguridad, la regulación de la vida económica y la garantía de asegurar el bienestar y la cohesión social (SANAHUJA, 2008; DEL ARENAL, 2009). Se transita de un marcado protagonismo del Estado para el mantenimiento de la paz, la defensa interna y establecimiento de las condiciones de funcionamiento del mercado, unido a una sociedad civil a través de relaciones de contrato y mercado, a un Estado más ausente, con una relación con la sociedad civil interpenetrada donde las entidades burocráticas compiten en densas redes económicas transnacionales que caracterizan las relaciones de interdependencia (HELD, 1997).

Desde la disciplina de la Ciencia Política, la interpretación del papel del Estado se vincula al ejercicio del poder. En este sentido, autores como Krasner (2001) al analizar el fenómeno de globalización, considera que los Estados restringen su capacidad de actuación asociada a la soberanía denominada westfaliana (*Ibid.*, p.12) y se someten a la lógica que plantea el sistema internacional siempre y cuando los gobernantes (como actores que toman decisiones) puedan seguir satisfaciendo a sus electores, es decir, garantizando los alimentos a su ciudadanía. Pero defender el derecho a la alimentación puede ser parte de una estrategia nacional (soberana) reconocida (con igualdad jurídica) y necesaria (soberanía legal) que permitiese mejorar la alimentación por encima de todo o no, si hubiera la posibilidad de conseguir mayores beneficios a través de otros recursos. Y es que tal y como se defiende la alimentación desde el Derecho Internacional Público se pone en evidencia la decadencia del sistema westfaliano y hace que la coraza de la soberanía nacional se rompa (HAILBRONNER, citado por KRASNER, 2001, p. 24), más aún si se consideran los casos de coerción y sus sanciones económicas (no siempre efectivas, pero siempre generadoras de tensiones).

Desde posiciones teóricas cosmopolitas y críticas, el papel del Estado transita hacia un modelo transnacional cooperativo basado en el ejercicio mancomunado de la soberanía (Beck, 2005) que permite adaptarse a la nueva realidad internacional. La sociedad internacional establece normas multilaterales que sobrepasan las limitaciones del Estado, socavando su capacidad efectiva para regular los mercados, las relaciones sociales y garantizar el bienestar de su ciudadanía (STRANGE, 2001; DEL ARENAL, 2002; SANAHUJA *et al.*, 2005; SASSEN, 2010). Esto hace que se produzca una reducción de autonomía y agencia de los actores estatales a favor de otros actores que operan con una lógica global en un espacio globalizado donde los principios de la democracia se relajan y la toma de decisiones se traslada a ámbitos ajenos, a pesar de impactar directamente sobre la ciudadanía (HELD, 1997). Esto se traduce en una menor gobernanza democrática y una mayor “(..) libertad de movimiento de capitales como si fuera el orden natural del mundo” (RODRIK, 2011, pp. 208-9).

Esta lógica global se vincula a la lógica del mercado y ante la necesidad de alimentar a su ciudadanía, ambas propician que los Estados cedan espacio en favor de las preferencias del negocio, condicionando con nuevos elementos y actores el objetivo de erradicar el hambre en el mundo. El mercado de alimentos ha adquirido una escala global (intensificación de las relaciones de intercambio en un mercado único) mientras las políticas que garantizaban la alimentación seguían funcionando a escala nacional. Esta integración económica y comercial del mercado de alimentos no ha generado paralelamente una política a escala global que permitiese a su vez establecer las instituciones necesarias para formular políticas públicas de los Estados en una escala diferente, y así garantizar una gobernanza de la seguridad alimentaria que decidiera en beneficio de los intereses colectivos. (MCMICHAEL, 2014).

En este enfrentamiento que se produce entre la globalización de la alimentación y las políticas nacionales para la seguridad alimentaria no solo prevalece el dilema de que la globalización fortalece o debilita el papel del Estado en la alimentación, también subyace cómo afecta este proceso a cuestiones como el gasto social de un Estado para garantizarla. En primer lugar, hay que señalar que los países más globalizados son aquellos más ricos, más iguales y con sectores públicos más grandes². Los Estados del bienestar mantienen una buena relación con la globalización y la seguridad alimentaria, ya que se ofrecen condiciones favorables - inversión, una estabilidad social, poder adquisitivo de su ciudadanía, eficacia de las instituciones, etc... - siendo compatibles con altas tasas de productividad. Con ello, sería plausible pensar que las empresas transnacionales y el sector financiero (principales beneficiarios de la liberalización comercial y financiera) buscaran que la clase política de estos Estados adoptara dichas medidas.

Yendo más allá, la Teoría Crítica otorga al Estado una agencia mayor en la constitución del orden internacional, alegando que la internacionalización del Estado surge “dentro” y no “afuera”. Para Robert W. Cox (1996), los cambios geopolíticos más relevantes se vinculan a la producción y en los contextos nacionales, favoreciendo una hegemonía basada en clases dominantes.

“un orden dentro de la economía mundial asociado a un modo dominante de producción que penetra en todos los países (...) así como un complejo de relaciones sociales internacionales que conectan las clases sociales de los distintos países” (Cox, 1993, p. 62). (..) “la hegemonía mundial es una estructura social, una estructura económica y una estructura política [...] y se expresa a través de normas universales, instituciones y mecanismos que colocan reglas generales de conducta para los Estados y para aquellas fuerzas de la sociedad civil que actúan a través de las fronteras nacionales, reglas que sustentan el modo dominante de producción”. (*Ibíd.*, p.63).

²Combinación del ranking del A.T. Kearney GlobalizationIndex y el ranking del Índice de Desarrollo Humano del PNUD.

Robert Cox analiza la hegemonía como una forma de dominación donde las instituciones internacionales juegan un papel clave a través de diferentes mecanismos. En primer lugar, se considera que las instituciones tienen la facultad de regular y facilitar la expansión de los órdenes hegemónicos. En segundo lugar, estas instituciones son a su vez el producto del orden hegemónico vigente. En tercer lugar, las instituciones legitiman ideológicamente las normas del orden mundial. En cuarto orden, las instituciones cooptan a las élites de los países periféricos y, el quinto y último lugar, las instituciones absorben las ideas contra hegemónicas. (COX, 1993).

Van der Pijl (2012) también se refiere al concepto de “socialización de mercado” como las relaciones de producción transnacional entre personas sin relación directa. Unas relaciones que se dan en “estructuras profundas (escondidas) pero que sin embargo tiene asignados recursos, personas y grupos en función de sus roles, con poder real para influir (restringir y habilitar) la agencia (clase) de grupos sociales específicos”. (VAN DER APELDOORN, 2004, p.148). Las relaciones transnacionales, por tanto,

“son estructuras que vinculan la vida social a través de las fronteras, incluidas aquellas que no tienen un contacto directo, como es el caso de la clase transnacional capitalista, con una estrategia que ha construido políticamente para alcanzar la hegemonía. Para ello se necesita la agencia, para reproducir la normativa (regla) de clase como una estructura. De ahí la existencia de foros internacionales donde esta clase se socializa y busca concertar y cohesionar puntos de vista”. (*Ibid.*, p. 152).

Estas élites, integradas en las instituciones hegemónicas no son los únicos actores relevantes que reclaman la primacía de las relaciones sociales de producción transnacional. Las organizaciones de la sociedad civil (OSC) forman parte de la misma estructura que se constituye a partir de los procesos de transnacionalización del capital y de la formación de clase transnacional. De hecho, si se analiza la agencia de varios actores transnacionales se observa que dentro de la gobernanza global es necesario tener en cuenta el poder estructural del capital transnacional. Un poder que se reconoce también en aquellos actores que promocionan agendas exitosas para propiciar el cambio como son los movimientos transnacionales muy politizados, que solo pueden entenderse en un contexto de capitalismo globalizado.

El propio Estado, bajo la perspectiva de Van der Pijl se observa como:

“una estructura que se reproduce y transforma en función de las redes sociales transnacionales. Esta estructura viene determinada por la expansión del capitalismo, engendrando una regulación (mecanismos de control) que responde a los intereses de la clase transnacional y se mueve dentro de un espacio social constituido donde el Estado lucha por la hegemonía”. (VAN DER PIJL, 2012, p. 40).

Por tanto, la expansión del liberalismo implica una transnacionalización del Estado-sociedad a su vez incrustado en un mercado capitalista mundial. Esto se traduce en que ya no es factible analizar

la política nacional en un contexto nacional, ya que no se puede entender la política internacional fuera de un contexto de sociedad transnacional.

En esta línea, Stephen Gill (2014) define el fenómeno de globalización a través de tres estructuras. La primera de ellas, *el neoliberalismo* disciplinario, hace referencia a la esfera pública y privada de los alimentos, el plano local y transnacional de los mismos, así como los ámbitos macro y micro del poder que se ejercen y derivan de los alimentos, siempre al servicio de los intereses de un bloque histórico transnacional alimentario. Según este autor, habría que considerar una mirada vigilante sobre el sistema alimentario siempre presente, internacionalizando de esa manera y reproduciendo normas y valores referidos al papel del individuo, el mercado, lo público y lo privado y las relaciones de intercambio. En referencia a la segunda estructura, Gill introduce al sistema mundial de alimentos en un proceso institucionalizador en el nivel macro del poder, donde se reestructuran el Estado y sus funciones a través de las normas legales o “semilegales” de la Organización Mundial del Comercio (OMC), los tratados comerciales, la Unión Europea (UE), etc., los acuerdos *softlaw* y directrices de políticas públicas de los G-7, G-20, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) o la condicionalidad del Banco Mundial (BM). Todas estas normas adoptadas por los Estados y emanadas desde las organizaciones internacionales conforman una gobernanza alimentaria global cada vez más amplia y al servicio del neoliberalismo, a la vez que reducen el espacio político, se trataría de un “nuevo constitucionalismo”. (GILL, 2014, p. 34). Esta regulación se extiende cada vez más a la vida económica y social desde el espacio transnacional, fuera de los ámbitos de soberanía nacional, control y rendición de cuentas democrática de los Estados sobre la alimentación. Por último, la tercera estructura es la “civilización del mercado” que define como un proceso contradictorio donde la ideología neoliberal busca al mismo tiempo que la integración alimentaria a través del mercado, lógicas de desintegración y exclusión social (*ibíd.*, p. 35). Mientras el neoliberalismo busca a través del mercado único integrar a todos los países bajo un mismo sistema alimentario, propicia nuevos paradigmas que obligan a adecuar la estructura del Estado a la racionalización (eficacia y productividad alimentaria). El alimento deja de ser un derecho para interpretarse como un simple gasto. Para minimizar los costes se impone la vía de la privatización y la desregulación que facilita la entrada de nuevos alimentos (ultraprocesados)³, lo que en la

³Loa alimentos ultraprocesados no tienen ningún alimento completo sino largas listas de ingredientes con un procesamiento previo como la hidrogenación o fritura de los aceites, la hidrólisis de las proteínas o la refinación y extrusión de harinas o cereales. Están fabricados para promover su máximo consumo y para ello cuentan con características organolépticas de procedencia industrial que estimulan el apetito de manera intensa. Las sustancias con las que están elaborados no solo aportan calorías vacías, sino que son perjudiciales para la salud y crean adicción, como el chocolate, debido a nuevas asociaciones entre diferentes genes y nutrientes. Lo que genera la sensación de placer al tomar alimentos de palatabilidad alta (aquellos ricos en azúcar, grasa y sal) es la secreción de dopamina, serotonina y distintos cannabinoides en respuesta al consumo de estos alimentos, lo que llamamos la respuesta hedónica a la ingesta. La comida

actualidad constituye un prerrequisito para aumentar la competencia potencial en los mercados y así restaurar la supuesta eficiencia perdida. Solamente el mercado parece poseer la virtud de asignar eficazmente los recursos y fijar el acceso a los alimentos⁴. De este modo, desde el plano ideológico discursivo se han difundido concepciones de eficiencia y privatizadoras en función del supuesto de que la administración privada del alimento es la mejor en última instancia y que por lo tanto solo cabe el ajuste. Se podría decir que el nuevo Estado ha creado un sistema alimentario a su imagen y semejanza. (SANTOS, 1998).

Esta imposición de la lógica del mercado ha impulsado recetas de políticas y estrategias de desarrollo que suponen cambios importantes en la transnacionalización del poder sobre los alimentos. Cambios que se traducen en una diferente composición del comercio alimentario internacional, pero también del modelo productivo, que han determinado una manera muy diferente de distribuir el poder entre los actores. Estos procesos de transnacionalización explican y constituyen uno de los rasgos fundamentales de la estructura de la globalización. Este fenómeno ha configurado un cambio orgánico en las organizaciones humanas, los significados culturales, las relaciones entre los Estados y las estructuras de agencia (desplazamiento y difusión del poder). Un cambio que desde la Teoría Crítica se afronta con una imagen más amplia, de conjunto, que cuestiona las instituciones y el orden social en función de su origen (Cox, 1996) y que, tal y como se ha mencionado, conecta con el concepto de lo transnacional desarrollado desde la Escuela de Ámsterdam.

1.1.2. La globalización alimentaria y el desarrollo humano.

A través del enfoque de las capacidades planteado por Amartya Sen y Martha Nussbaum se aborda el debate que vincula el desafío de la seguridad alimentaria como un problema de desarrollo humano. Para estos autores, la seguridad alimentaria es una “capacidad⁵ para el desarrollo humano” y una “noción de libertad que aspira a superar las diferencias culturales” (Sen, 1989, p. 2; Nussbaum, 2008, p. 4). Es decir, un bien necesario. Los estudios de Sen sobre el hambre y el desarrollo, la elección social o los derechos convergen en una noción de libertad que aspira a superar las diferencias culturales. Este autor defiende que el desarrollo no termina en el aumento de la producción económica

ultraprocesada está detrás del aumento de obesidad, es más barata, fácil de conservar, sabe mejor y viene muy respaldada por el sector industrial y gubernamental (Rios, 2019).

⁴Una interpretación de la teoría del derrame (*spill-over*) que defiende que el neoliberalismo convence de que “los ajustes producirán un crecimiento de la cantidad de alimentos que cuando sea voluminoso, elevará los niveles de acceso de la población y resolverá la situación de los desfavorecidos” omitiendo que las empresas privatizadas sirven para enriquecer a las corporaciones monopolistas del agronegocio.

⁵De entre las principales capacidades que describe Amartya Sen para que el ser humano pueda funcionar está la de “evitar el hambre”, algo que solo puede traducirse como capacidad adquiriendo seguridad alimentaria donde se incorpora la elección social, los derechos y el desarrollo.

nacional, y que, por eso, su estimación mediante la renta disponible es insuficiente. El desarrollo se vincula con las cosas que las personas pueden realmente hacer o ser (los llamados funcionamientos), y así con las capacidades de que disponen, entendidas como las oportunidades para elegir y llevar una u otra clase de vida. Es este el sentido, “una sociedad desarrollada es una sociedad más libre, y el desarrollo es el camino hacia una libertad mayor”. (SEN, 1989, p. 43).

A su vez, Amartya Sen plantea la disyuntiva entre la pérdida de control con tal de conseguir logros valiosos, o, dicho de otro modo, de cuáles son los límites del paternalismo en el enfoque de las capacidades sin perder el control sobre la asequibilidad, disponibilidad, calidad nutricional y diversificación de la dieta de los alimentos que se consumen⁶. En líneas generales, el paternalismo puede definirse como “la restricción de la libertad en beneficio de aquel cuya libertad se limita y entonces hasta qué punto está justificado limitar la capacidad total (alimentarse) para conseguir que los funcionamientos sean mejores” (SEN, 1999, p. 3). El autor lo resuelve distinguiendo entre una libertad de poder y una libertad de control, siendo la primera una libertad que solo restrinja el control de la consecución de un objetivo (seguridad alimentaria, en manos de un organismo multilateral) sin que se limite la libertad en favor de ese objetivo (los alimentos que consume la ciudadanía).

Sen y Nussbaum plantean una cuestión importante con respecto a la globalización y su incidencia ante la pérdida de control de las poblaciones sobre los alimentos: ¿sigue siendo viable reclamar al Estado ese poder? La velocidad del cambio tecnológico, la burocratización y mediatización de los poderes públicos, los movimientos demográficos a escala mundial, o la heterogeneidad étnica y cultural de las sociedades impiden la libertad de controlar resultados que afectan en general a cada persona. (*Ibid.*p.7; NUSSBAUM, 2008).

1.2. La paradoja de un mercado alimentario para todos

El mercado internacional ha apostado por resolver el problema del hambre facilitando la especialización productiva de alimentos y la implantación del modelo agroalimentario global. Este modelo trajo una agricultura con una menor mano de obra y cuantiosa tecnología agroquímica y de semillas de importación pagadas en dólares. El resultado fue la imposición de una clase transnacional que actuaba como agente mercantilizador de la alimentación y el impulso a un proceso de

⁶El Índice Mundial de Seguridad Alimentaria (*Global foodsecurityindex*) mide la asequibilidad, la disponibilidad y la calidad de alimentos en un conjunto de 113 países. Es un modelo dinámico de evaluación cuantitativa y cualitativa, construido a partir de 28 indicadores únicos, que mide estos factores de seguridad alimentaria tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados. Es el primero en examinar la seguridad alimentaria de manera integral en las tres dimensiones establecidas internacionalmente. Además, el estudio mira más allá del hambre a los factores subyacentes que afectan la inseguridad alimentaria. Para aumentar su relevancia emplea un factor de ajuste trimestral para las fluctuaciones de los precios de los alimentos y así examinar el riesgo que enfrentan los países a lo largo del año (Alarcón *et al.*, 2015).

globalización donde dominaban los intereses de esta clase (Cox, 1993), es decir, los intereses de los países más industrializados sobre el resto, utilizando en su propio beneficio aquello en lo que éstos eran fuertes: trabajo abundante y cualificado en el campo, y semillas y variedades propias, acondicionadas a la climatología de sus territorios.

En lugar de acabar con el hambre, el hambre y la dependencia alimentaria de los países pobres aumentaron al tiempo que disminuyó el acceso a sus recursos. Con la apertura de los mercados locales a la alimentación básica importada a precios bajos, la presión sobre los pequeños agricultores campesinos e indígenas creció aún más. O se incorporaban a la lógica productivista, endeudándose y haciéndose dependientes de las multinacionales y sus tecnologías, o la caída de los precios de la alimentación básica les expulsaba de los mercados locales y por consiguiente de sus tierras, encaminándoles a una emigración forzosa a las ciudades. La Revolución Verde supuso en los años ochenta el desarrollo del mercado mundial de alimentos a costa del empobrecimiento de las economías campesinas, de su desarticulación cultural y territorial, de la emigración forzada y de la soberanía y la seguridad alimentarias de miles de millones de personas en el mundo (LVC, 2008).

Desde los años setenta, el poder de las empresas transnacionales sobre el sistema alimentario se vio acompañado de políticas que redefinieron las condiciones para el establecimiento de un orden alimentario corporativo que centralizaría el poder en actores transnacionales. Tanto el proceso de securitización como el de financiarización a los que ha sido sometida la alimentación permiten observar esta distribución del poder. Una distribución que como ya se ha mencionado, Stephen Gill (1914) permite detectar en los tratados de libre comercio un “nuevo constitucionalismo” que, en referencia al proceso de globalización, aparece como un proceso de dominación de intereses de las clases transnacionales sobre el resto de los seres humanos (Gill, 1995, 2008). Una trampa que puede llevar a considerar el actual modelo de seguridad alimentaria⁷ como un modelo consensuado que integra los intereses de las organizaciones sociales, cuando la realidad es que ha rehuido acuerdos vinculantes y es ambivalente respecto de los medios y responsabilidades para lograr las transformaciones necesarias que garantizan el acceso equitativo de los alimentos. Una trampa que no encuentra resistencia en la Agenda 2030.

⁷Para una aproximación al concepto de seguridad alimentaria, se observa el proceso de securitización cuya lógica tanto Buzan como Wæversitúan más allá del ámbito regional, incluyendo seis niveles de análisis: global, sistémico, civilizacional, unitario (estatal), grupal e individual (Buzan y Waeaver, 2009, p. 461). Buzan utiliza el concepto de “complejo de seguridad” para etiquetar las estructuras relevantes en un nivel de análisis determinado, y lo define como un grupo de estados cuya principal preocupación de seguridad se relaciona conjuntamente de una manera tan cercana que sus seguridades nacionales no pueden distinguirse realmente la una de la otra (Verdes-Montenegro, 2015).

2. LOS LÍMITES DE LA AGENDA 2030

Una vez revisadas las transformaciones que el fenómeno de la globalización y los actores involucrados han suscitado en el sistema alimentario, se analizan los principales retos de la ONU para el desarrollo sostenible a través de la Agenda 2030. Esta Agenda integra 17 ODS que deben perseguir todos los países para conseguir un modelo de desarrollo sostenible. Habida cuenta que ningún país presenta un modelo de desarrollo de referencia (ALONSO *et al.*, 2019; MARTÍNEZ, 2019) la oportunidad de abordar la cuestión alimentaria resulta obligada. No solo porque el ODS2 formula la alimentación para todas las personas como un desafío prioritario, sino porque este aparece directa o indirectamente vinculada a otros once ODS y 39 metas que potencialmente deben integrarse en la estrategia de promocionar el alimento (ONU, 2015). Sin embargo, en esta Agenda universal con la explícita prioridad del cumplimiento de los DDHH, se omite, por un lado, el derecho a la alimentación, y, por otro lado, potencia el cumplimiento del ODS8 - crecimiento económico - donde se insiste en aumentar la producción de alimentos para frenar el problema de la malnutrición⁸ en un planeta que ya cuenta con alimentos suficientes⁹. Estas dos cuestiones suponen una limitación entre las dimensiones política y social de la Agenda. Se aborda la segunda sin mencionar la primera.

2.1. Alimentación sin derecho

De las tres estructuras que Stephen Gill (2014) distinguía como efecto de la globalización y que se han explicado en párrafos anteriores, la civilización del mercado es la que se toma como punto de partida en este apartado. Según el autor, el mercado fuerza a que el alimento deje de ser un derecho para interpretarse como un simple gasto. Para asumir estos costes y rebajarlos, proliferan los procesos de privatización y de desregulación que, a su vez, facilitaron la entrada de nuevos alimentos (ultraprocesados)¹⁰. Esta lógica ha conseguido aumentar la competencia potencial en los mercados y

⁸ La malnutrición hace referencia tanto a la desnutrición como al sobrepeso y obesidad. La emaciación y el sobrepeso pueden coexistir en una población a niveles considerados medios a altos y se denomina "doble carga de desnutrición" (OMS, 2018).

⁹ Para la FAO (2015-30), el crecimiento anual medio de la demanda de alimentos se redujo del 2,4 por ciento, entre 1969 (FAO, 1970) y 1989 (FAO, 1990) al dos por ciento en 1999 (FAO, 2000). En los años noventa no solo hubo un descenso del consumo de las economías en transición, la tasa de crecimiento de la población mundial comenzó a disminuir después de haber alcanzado su máximo en los años sesenta. De igual modo, la demanda de alimentos bajó al concentrarse más del 60 por ciento de la población mundial en países con un consumo medio de alimentos per cápita superior a 2.700 kcal/día. Lo que significa que esta reducción del consumo a finales de los años noventa no se debió a los límites de la producción, sino a que muchos países ya habían alcanzado niveles medios y altos, más allá de los cuales hay menos margen para incrementos ulteriores que en el pasado (IFPRI, 2006).

¹⁰ Los alimentos ultraprocesados han pasado por procesos industriales muy sustanciales y cuentan con numerosos ingredientes (superan los 5) en el paquete, incluidos conservantes, edulcorantes o potenciadores del color. Entre ellos se encuentran las carnes procesadas como salchichas y hamburguesas, los cereales para el desayuno o barras de cereales, las

restaurar la supuesta eficiencia. En esta estructura se impone el mercado frente al Estado por su capacidad de asignar eficazmente los recursos y el acceso a los alimentos. De esta forma se ha construido un relato que vincula eficiencia y privatización y que margina el papel del Estado como principal garante en el acceso a los alimentos.

En esta estructura, el derecho a la alimentación¹¹ suma otra dificultad en la lucha contra la malnutrición. Integrado en la Declaración Universal de DDHH (1948), no se recoge entre los derechos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que son de exigibilidad inmediata, sino entre los derechos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que son de aplicación progresiva. Esta diferenciación coloca a estos últimos en una consideración de “derechos de segunda clase” por lo que, salvo recomendaciones y jurisprudencia, sobre todo europea, el avance ha sido tibio hasta la creación, en 2008, del protocolo facultativo del Consejo de Derechos Humanos de la ONU¹², que permite no solo que las víctimas puedan presentar una denuncia sino también que obtengan una reparación.

Sin embargo, la protección de los DESC está a expensas del desarrollo legislativo interno de los países¹³. A pesar de estar recogidos en otros convenios internacionales, instrumentos regionales, reconocido a través de otros derechos y respaldado por otros instrumentos no vinculantes¹⁴, el derecho

sopas instantáneas, bebidas gaseosas azucaradas, nuggets de pollo, pastel, chocolate, helado, pan producido en masa, muchas comidas "listas para calentar", como tartas y pizza (Moss, 2016).

¹¹ Un Derecho reconocido en 1948 en la Declaración Universal de DDHH, incorporado en los DESC, contenido en el concepto de Seguridad alimentaria (FAO, 1974) con el fin de garantizar que todos los Estados garantizan la disponibilidad de alimentos mediante la estabilización de precios. La propia meta de reducir a la mitad el número de hambrientos fue lo que propició ese giro de la Seguridad alimentaria hacia los derechos (ONU, 1996).

¹²Hasta 2013 el Protocolo no contaba con la ratificación necesaria de 10 Estados para hacerse efectivo. El 5 de febrero de ese año Uruguay se unió a Argentina, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, España, Mongolia y Portugal en la ratificación del PIDESC, cumpliéndose el requisito de que 10 de los 42 países firmantes del Pacto lo ratifiquen para que entrara en vigor.

¹³ El artículo 11 del PIDESC formula en su sección *b*) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

¹⁴ El derecho a la alimentación se reconoce en otros convenios internacionales que protegen a grupos especiales. Así se refleja en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006), entre otras. También se reconoce en algunos instrumentos regionales como el Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado “Protocolo de San Salvador” (1988); la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño (1990) y el Protocolo de la Carta Africana de DDHH y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África (2003). Implícitamente se reconoce por intermedio de otros derechos. En este sentido, la Comisión Africana de DDHH y de los Pueblos ha interpretado que el derecho a la alimentación está protegido implícitamente en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) por intermedio del derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho al desarrollo económico, social y cultural. A su vez, el Comité de DDHH, que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la protección del derecho a la vida requiere que los Estados adopten medidas positivas, como las medidas para eliminar la desnutrición. El Comité contra la Tortura, que supervisa el cumplimiento de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), ha señalado que la falta adecuada de alimentación en las prisiones puede constituir un trato inhumano o degradante. El derecho internacional humanitario protege también el acceso de los civiles y los prisioneros de guerra a la alimentación y el agua durante los conflictos armados y prohíbe que se haga padecer deliberadamente hambre a los civiles como método de hacer la guerra. Por último, el derecho penal internacional las violaciones de ese tipo de protección constituyen crímenes de guerra. El hambre provocada deliberadamente, ya sea en

a la alimentación sigue siendo subsidiario. Una vulnerabilidad que podría subsanarse si se hiciera una interpretación amplia y valiente de todos los DDHH como universales, indivisibles e interdependientes. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dado ya pasos en este sentido poniendo en relación la vulneración de los derechos económicos o sociales con la vida y la dignidad de las personas. Sin embargo, la Agenda 2030 ha omitido adquirir este compromiso frente al derecho del agua que sin embargo si se explicita entre las metas del ODS6 - derecho al agua y al saneamiento - (ONU, 2015). Desde el concierto internacional más exigente con la sostenibilidad se rehúsa respaldar un Estado regulador (protector) de los recursos económicos y temporales de los que dependen los alimentos para su producción, acceso, preparación y consumo. Se desestima, por tanto, la naturaleza constitutiva de una de las principales áreas de regulación pública encargada de mediar en los conflictos de intereses entre diferentes eslabones y actores de la cadena agroalimentaria. No garantizar el derecho a la alimentación afecta a los patrones de consumo, los estándares medioambientales, produce interferencias sobre el derecho internacional humanitario y los derechos de otros y, sus efectos desembocan en una mayor pobreza y desigualdad.

La universalidad de la Agenda 2030 se estrecha al reducir la responsabilidad de la alimentación a la legislación nacional existente. A diferencia de los derechos civiles y políticos, reconocidos en el capítulo de derechos y libertades (Art.14-38), que se pueden alegar con independencia del desarrollo normativo dado, los DESC necesitan explicitarse. Esto significa que, para exigirlos jurídicamente, es obligado agotar los recursos judiciales internos establecidos por el propio Estado¹⁵ cuyos incentivos o intereses pueden no ser sinónimos de los que se requieren internacionalmente. Para ello, se precisa del carácter político de un compromiso con la población global. Posiciones en el ámbito público internacional que contrarresten el mercado mundial de

tiempo de guerra o de paz, puede constituir también genocidio o un crimen de lesa humanidad. En su reconocimiento en varios instrumentos internacionales de DDHH no jurídicamente vinculantes son las Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional las que más destacan (FAO, 2004). Estas directrices son un instrumento práctico para ayudar a aplicar el derecho a la alimentación adecuada. Si bien no son jurídicamente vinculantes como tal, procuran reflejar las normas vigentes de derechos humanos y dar orientación útil a los Estados acerca de la forma de dar cumplimiento a sus obligaciones. Abarcan la diversidad de acciones que han de considerar los gobiernos en el plano nacional a fin de formar un entorno que permita a las personas alimentarse con dignidad y de establecer redes apropiadas de seguridad para quienes no puedan hacerlo, así como medidas para hacer responsables a los gobiernos frente a los titulares de los derechos. Se dirigen tanto a los Estados parte en el PIDESC como a los que no lo son, ya sean en desarrollo o desarrollados. Se alienta a los Estados a que las usen para formular sus estrategias y programas nacionales encaminados a luchar contra el hambre y la desnutrición; y a las ONG, para promover y reforzar la aplicación efectiva del derecho a la alimentación adecuada. De hecho, dado su amplio reconocimiento se puede considerar que la libertad del hambre es una norma de derecho internacional consuetudinario, obligatoria para todos los Estados, independientemente de que hayan ratificado tratados concretos.

¹⁵ Frente al uso indebido de esta competencia estatal caben dos salvo dos excepciones: (a) Si así lo considera el órgano de vigilancia y control de la ONU a través de la figura del Relator especial y cuando la vía interna sea ineficaz o se prolongue injustificadamente. En mayo del 2013, entró en funcionamiento el acceso a la justicia internacional para las personas cuyos DESC fueron violados y no tienen acceso a los recursos adecuados en el ordenamiento jurídico del país.

alimentos y a la propia internacionalización de las agencias públicas de regulación alimentaria. La trayectoria hacia un mundo cada vez más globalizado diluye las fronteras, lo que conlleva el abandono en el ámbito nacional o regional de los bienes públicos globales (BPG) para dar el salto a la escala global (ERLIK, 2017). La Agenda 2030, que solo hace referencia a la seguridad alimentaria focalizada en el acceso y compra de alimentos, debería responder al fundamento universalista del derecho a la alimentación, donde predomina el acceso a recursos productivos y su control para la producción de alimentos. En tanto que los ciudadanos fueran sujetos titulares de derechos en condiciones de igualdad, la referencia hacia la globalización de la alimentación respondería a una ciudadanía inclusiva y cosmopolita que trasciende más allá del Estado-nación y en la línea que Sen y Nussbaum marcaban.

Este debería ser el primer escalón hacia la construcción del alimento como un BPG¹⁶ ya que la titularidad de derechos brinda cobertura a las dos características esenciales¹⁷: la no rivalidad y la no exclusividad. La no rivalidad implica que el uso del bien no impide su utilización por otro miembro de la sociedad. La no exclusividad, o sea, el usufructo de dicho bien se refiere a que puede ser utilizado por cualquier persona independientemente de si participó en su creación o mantenimiento. Su no (o indebida) provisión acarrea externalidades negativas como puede observarse en la malnutrición y debe cumplirse el principio de no discriminación de manera intergeneracional (OLARTE, 2013).

2.2. La sostenibilidad de la producción alimentaria

Si la alimentación como BPG debe cumplir el principio de no discriminación de manera intergeneracional, tampoco la Agenda 2030 lo ha considerado. Si se lee atentamente la formulación del ODS8 - Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos – se advierten ciertas vaguedades en la focalización de la sostenibilidad como eje central.

La primera de ellas tiene que ver con la consideración de que el crecimiento económico es un componente del desarrollo. Si bien esta noción se encuentra más que cuestionada desde las posiciones del desarrollo humano hasta las críticas del movimiento ecologista, en el debate público o a la hora de producir políticas de desarrollo, sigue imponiéndose. Hay resistencias al cambio y dificultades para superar cuestiones estructurales que se ven respaldadas desde los grupos que se benefician del crecimiento económico (grandes empresas, sector financiero, etc.). En este sentido, la

¹⁶El premio Nobel de Economía, Joseph Stiglitz (2002) fue uno de los pioneros en mencionar los BPG. El economista los identificaba con la estabilidad económica, la seguridad internacional, la protección del medio ambiente, las organizaciones internacionales de asistencia humanitaria y el conocimiento como los cinco tipos existentes.

¹⁷ Estas dos características y su cumplimiento son condición suficiente pero no necesaria de manera absoluta.

Agenda 2030 reproduce fielmente el sentir general sin cuestionar el sistema, más aún cuando existe un consenso en torno a la ONU respecto a que el mayor desafío alimentario no es el aumento de la producción. Si bien la tensión entre oferta y demanda alimentaria crece con la presión demográfica y no hay que desestimar la cantidad de alimentos disponibles, resulta de primer orden considerar la calidad y su distribución.

Una segunda vaguedad, vinculada a la anterior, se relaciona con la huella ecológica¹⁸ por producción (hectárea por persona); huella ecológica por importaciones (hectárea por persona); y las emisiones de dióxido de carbono (toneladas métricas por persona). Se trata de considerar el impacto del actual sistema productivo y de la comercialización alimentaria de cada uno de los países en el sistema ecológico global. En el caso del sistema de producción alimentaria actual, la huella ecológica por importación resulta de gran relevancia dada la gran incoherencia que representa con el desarrollo sostenible. Este indicador es de resultado, en el sentido de que no muestra el comportamiento del proceso político sino, más bien, el comportamiento del conjunto de la sociedad. Las razones de la cantidad de importaciones dependen de la demanda y del tipo de bienes demandados, de la capacidad productiva del país en concreto, etc.¹⁹(ICPDS, 2019). Pero también depende de la inserción de los alimentos ultra procesados. Las características que les rodean han elevado el consumo de calorías por día. Se estima que cada persona que los consume ha aumentado en una ingesta de 500 calorías diarias debido a la facilidad de preparación, rapidez, abaratamiento del precio y sabor. Además, estos alimentos se producen y comercializan por las grandes corporaciones alimentarias con estrategias y tecnología comercial que garantizan la inserción en los mercados internacionales, extensa red de puntos de venta y enormes beneficios.

En este sentido, impulsar el crecimiento económico con un mercado tan dominante obliga a reorganizar las estructuras institucionales teniendo en cuenta los efectos externos de los patrones de consumo alimentario. En lo que concierne al comercio alimentario, los marcos que promocionan la seguridad alimentaria como se ha visto, implican a otros actores. Si bien la ONU sigue estando vinculada a través de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

¹⁸ La huella ecológica es un indicador biofísico de sostenibilidad que integra el conjunto de impactos que ejerce una cierta comunidad humana - país, región o ciudad - sobre su entorno, considerando tanto los recursos necesarios como los residuos generados para el mantenimiento del modelo de consumo de la comunidad (Edwinget *et al.*, 2008).

¹⁹ En 2018 el valor de los productos alimenticios importados en todo el mundo fue de 19.873.742 millones de dólares (BM, 2019), lo que representa un aumento de un 6% interanual (FAO, 2017) y un 8,2% del total de las importaciones mundiales. La región de mayor importación fue Oriente medio y norte de África con un 14,3% frente a la de mayores exportaciones que fue América latina con un 24%. Si se analizan los principales productos de las importaciones mundiales agropecuarias -maíz, arroz, cebada, sorgo, trigo, azúcar, soya grano, aceite y harina, además de carne de bovino, porcino y ave; y leche en polvo y descremada-, hay 19 países, incluido el bloque de la Unión Europea (UE) que concentran en conjunto 60% de las importaciones totales del mundo, de los cuales China y los países de la UE son los principales importadores de alimentos, con 11% y 10% del total mundial. Japón y México son fuertes importadores de alimentos, con 7.2% y 4.5%. También, y en menor medida, se encuentran Rusia, Canadá, Brasil y Estados Unidos, que importan algunos de los productos básicos (BM, 2019; FAO, 2018 y OMC, 2018).

(UNCTAD), es la OCDE, la OMC, las empresas transnacionales alimentarias y los mercados alimentarios de Estados Unidos y de la Unión Europea quienes proponen marcos promocionales de la seguridad alimentaria más dominantes. Marcos que responden unánimemente a la máxima de aumentar la producción y productividad alimentaria como principal estrategia.

3. CONCLUSIONES

La globalización del sistema mundial alimentario y la actual configuración de estructuras internacionales suponen un desafío para la gobernanza alimentaria en general y a través de la Agenda 2030 en particular.

El fenómeno de la globalización ha alterado el sistema mundial de los alimentos y configurado una estructura internacional diferente. Esta estructura ha disminuido la agencia sobre el control - en términos de regulación - de los Estados a favor del mercado alimentario. De igual forma, esta agencia ha cedido control - en término de democracia - de los Estados sobre el acceso a los alimentos como resultado de una mayor apertura comercial y económica. En consecuencia, la mutua constitución e interacción entre la globalización (estructura) y el Estado (agencia) ha afectado a la capacidad de acceso (disponibilidad y asequibilidad adecuada) de la población sobre los alimentos. Esto se refleja en los índices de los más pobres y hambrientos, sin conseguir, sin embargo, mejorar los indicadores de la pobreza extrema que todavía presentan más de 800 millones de personas sin acceso a los alimentos. Al mismo tiempo, permite que existan 2.434 millones de personas con sobrepeso. Una mayor apertura del mercado de alimentos en algunos países ha provocado una limitación en la capacidad redistributiva y adecuada en el ámbito nacional, dado que las políticas que estas instituciones formulan no garantizan una seguridad alimentaria global.

La globalización de la alimentación no es la consecuencia de la dinámica económica mundial, sino la causa de que dicha dinámica adquiera esta forma (COX, 1993). Es decir, la ideología neoliberal ha causado el auge del sistema alimentario industrial y no la propia dinámica de la industria alimentaria la que habría impulsado la interdependencia global del sistema. Esta imposición de la lógica del mercado supone cambios en la composición del comercio alimentario internacional, pero también del modelo productivo, que han determinado una manera muy diferente de distribuir el poder.

En este sentido, la Agenda 2030 no ha podido superar en la formulación de los ODS y sus metas, los marcos dominantes del mercado y dicha distribución. De ahí que las limitaciones analizadas en este artículo sean verdaderos escollos para lograr, con su implementación, alcanzar un modelo de desarrollo sostenible a través de la promoción de los BPG. El derecho a la alimentación es una intencionada omisión política que evita cuestionar la naturaleza privada del alimento y, por

tanto, la garantía de ser solo plenamente accesible a través del mercado. Por otro lado, considerar el crecimiento económico sostenido (ODS8) en el mismo nivel que alcanzar la meta de hambre cero (ODS2) puede ser contradictorio dada que las políticas orientadas al desarrollo que apoyen las actividades productivas, incluso mediante el sistema financiero, no garantiza un mejor acceso alimentario. No se considera plausible, por tanto, una mejora significativa de los niveles de malnutrición mundial y tampoco los avances en la promoción del alimento adecuado hacia un BPG.

REFERÊNCIAS

ALONSO, José Antonio; AGUIRRE, Pablo y SANTANDER Guillermo. **El nuevo rostro de la Cooperación Internacional**. Madrid: Catarata. 2019. 256 p.

DEL ARENAL, Celestino. Globalización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales. **Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz**. Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, 2009. pp. 182-268.

DEL ARENAL, Celestino. La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y al política. **Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2002**. Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones. 2002. pp.17-86.

BANCO MUNDIAL. **World Bank Open Data**. 2019. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.DDAY?locations=1W&start=1981&end=2015&view=chart>. Acceso en: 13 set. 2020.

BANCO MUNDIAL. **Poverty and Shared Prosperity 2016: Taking on Inequality**. Washington, DC. 2016. Disponible en: <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/978-1-4648-0958-3>. Acceso e 10 sept. 2020.

BECK, Ulrich. **Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial**, Madrid, Paidós. 2005.

BUZAN, Barry y WAEVER, Ole. Macro securitisation and security constellations: reconsidering scale in securitisation theory. **Review of International Studies**, n. 35. 2009. pp. 253–276.

COX, Robert. Social Forces. **States and World Orders: Beyond International Relation Theory** en Robert W. Cox y Timothy J. Sinclair, *Approaches to World Order*, Cambridge, Cambridge University Press. 1996. p. 97-101.

COX, Robert. Gramsci. Hegemony international relations: An Essay in method. En GILL, Stephen (Eds.): **Gramsci, historical materialism and international relations**. Cambridge: University Press. 1993. p. 49-65.

EDWING, Brad; GOLDFINGER, Steven; WACKERNAGEL, Mathis; STECHBART, Meredith; RIZK, Sara; REED, Anders y KITZES, Justin. *The Ecological Footprint Atlas*. **Oakland**: Global Footprint Network. 2008. p 85.

ERLIK. No name. Qué son los Bienes Públicos Globales y por qué hoy importan más que nunca? El blog Salmón. 2017. Disponible en: <https://www.elblogsalmon.com/conceptos-de-economia/que-son-los-bienes-publicos-globales-y-por-que-hoy-importan-mas-que-nunca>. Acceso en: 14 out. 2020.

FAO. **El estado de la seguridad alimentaria y nutricional en el mundo**. Roma: ONU. 2020. Disponible en: <http://www.fao.org/publications/card/es/c/CA9692ES/>. Acceso en: 4 en. 2021.

FAO. **El estado de la seguridad alimentaria y nutricional en el mundo**. Roma: ONU. 2019. Disponible en: <http://www.fao.org/3/ca5249es/ca5249es.pdf>. Acceso: 4 en. 2021.

FAO. **El estado de la seguridad alimentaria y nutricional en el mundo**. Roma: ONU. 2018. Disponible en: <https://www.who.int/nutrition/publications/foodsecurity/state-food-security-nutrition-2018-es.pdf>. Acceso en: 4 en.2021.

FAO. **El estado mundial de la agricultura y la alimentación 1999: Enseñanzas de los últimos cincuenta años**. Roma. ONU. 2000. Disponible en: <http://www.fao.org/3/x4400s/x4400s.pdf>. Acceso en: 4 en. 2021.

FAO. **El estado mundial de la agricultura y la alimentación 1990: El ajuste estructural y la agricultura**. Roma. ONU. 1990. Disponible en: <http://www.fao.org/3/t0366s/t0366s.pdf>. Acceso en 3 en. 2021.

FAO. **El estado mundial de la agricultura y la alimentación 1974: cambio climático, agricultura y seguridad alimentaria**. Roma. ONU. 1990. Disponible en: <http://www.fao.org/3/i6030s/i6030s.pdf>. Acceso en: 4 en. 2021.

FAO (1970): **Informe de la Conferencia de la FAO**, 170 periodo de sesiones, Roma: ONU. 1970. Disponible en: <http://www.fao.org/3/B0217S/B0217S00.htm>. Acceso: 3 en. 2021.

GILL, Stephen. **Market civilitation, new constitutionalism and world order**. Cambridge University Press. 2014. pp. 34-35.

GILL, Stephen. **Power and Resistance in the New World Order**: fully revised and updated, London, Palgrave Macmillan. 2008. pp 288.

GILL, Stephen. Globalisation, market civilisation, and disciplinary neoliberalism, **Millennium, of Journal of International Studies**, 24 (3). 1995. pp.399-423.

HELD, David. Los principios del orden cosmopolita. **London Scholl of Economics. Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Vol. 39. 2005. p 133-151. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mxjUbcH0nCEJ:https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/1030/1214+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es>. Acceso en: 3 sept. 2020.

IFPRI. 2019 Annual Report. EEUU. University of Missouri Columbia. 2020. Disponible en: <https://www.ifpri.org/publication/2019-annual-report>. Acceso en: 10 oct. 2020.

IFPRI.2006 Annual Report. EEUU. University of Missouri Columbia. 2006. Disponible en: <https://ideas.repec.org/p/fpr/annrep/2006.html>. Acceso en: 10 oct. 2020.

KRASNER, Stephen. **Soberanía, hipocresía organizada**, Paidós, Barcelona. Publicado por Princeton University Press, Nueva Jersey, 1999-2001, pp. 366.

MALASSIS, Louis. Les troisâges de l'alimentaire. **Agroalimentaria**, n. 2, p 3-5, june, 1996. Disponible en: <https://goo.gl/d1Xv58>. Acceso en: 4 ago. 2020.

MARTINEZ, Pablo. **El ICPDS y otras formas de medir el desarrollo**. Madrid: CONGDE y REEDES. 2019. Disponible en: <https://www.icpds.info/informe-2019/>. Acceso en: 21 en. 2021

MOSS, Michael. **Adictos a la comida basura**. Editorial Deusto. 2016, pp. 496.

MCMICHAEL, Philip. Historicizing food sovereignty. **The Journal of Peasant Studies**. 41. London. 2014, p. 933–957.

NUSSBAUM, Martha. **Paisajes del pensamiento**. Barcelona: Paidós. 2008, p 4-10.

OLARTE, Susana La seguridad alimentaria como Bien Público Global. **Comentario Internacional: Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales**, n. 13, 2013, p 189-207.

ONU. **Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible**, Nueva York. 2019. Disponible en: https://unstats.un.org/sdgs/report/2019/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2019_Spanish.pdf. Acceso en: 8 en. 2021.

ONU. **Agenda de los Objetivos de Desarrollo Sostenible**. Asamblea General ONU. Nueva York. 2015. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>. Acceso en: 14 sept. 2020.

ONU. **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, ACNUDH, Folleto informativo N° 16 (Rev. 1). 1996. Disponible en: <https://goo.gl/u8oHLN>. Acceso en: 12 dec. 2020.

ONU. **Cumbre Mundial de la Alimentación**, New York. 1996. Disponible en: <http://www.fao.org/3/Y1780S/y1780s06.htm>. Acceso en: 7 en. 2021.

ONU (1976): **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, New York. 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>. Acceso en: 15 en. 2021.

ONU. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, Nueva York. 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Acceso en: 14 en. 2021.

ONU. **Declaración Universal de los Derechos humanos**, New York. 1948.

OMS. **Progress towards the SDGs: A selection of data from World Health Statistics**. 2018. Disponible en: https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=qnOyDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR7&dq=2018+Progress+towards+the+SDGs;+A+selection+of+data+from+World+Health+Statistics&ots=a1loTDsght&sig=dZBDoPn-d_1AStFB3bVngjrpFS#v=onepage&q=2018%20Progress%20towards%20the%20SDGs%3A%20A%20selection%20of%20data%20from%20World%20Health%20Statistics&f=false. Acceso en: 12 dec. 2020.

PNUD. **Human Development Report 1990: Concept and Measurement of Human Development**, Nueva York. Oxford University Press. 2015. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf. Acceso en: 1 dec. 2020.

RIOS, Carlos. Movimiento realfooding, Art. 20 abr. Madrid: Periódico El Español. 2019. Disponible en: https://www.elespanol.com/ciencia/nutricion/20190618/motivos-deberias-alimentarte-comida-diario-carlos-rios/405489451_3.html. Acceso en: 1 feb. 2021.

RODRIK, Dani. **La paradoja de la Globalización**. Barcelona, Antoni Bosch. 2011. pp. 208-209

SACHS, Jeffrey; SCHMIDT-TRAUB, Guido; KROLL, Christian; LAFORTUNE, Guillaume; FULLER, Grayson y WOELM, Finn. **The Sustainable Development Goals and COVID-19**. Sustainable Development Report 2020. Cambridge: Cambridge University Press. 2020. Disponible en: https://s3.amazonaws.com/sustainabledevelopment.report/2020/2020_sustainable_development_report.pdf. Acceso en: 12 en. 2021.

SANAHUJA, J.A. ¿Un mundo unipolar, multipolar o apolar? El poder estructural y las transformaciones de la sociedad internacional contemporánea, en VV AA, **Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 2007, Bilbao**. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2008, pp. 297-384.

SANAHUJA, J.A. **Sesenta años sin democracia. Hegemonía y poder en las instituciones de Bretton Woods**, en Mabel González Bustelo y Manuela Mesa (Coords.), Cartografías del poder. Hegemonía y respuestas. Anuario CIP 2005, Barcelona, Icaria/Centro de Investigación para la Paz (CIP). 2005a, pp. 99-123.

SANAHUJA, J.A. Multilateralismo y desarrollo en la cooperación española. La realidad de la ayuda 2005-2006, **InteriónOxfam**, Europea, Barcelona. 2005, pp. 113-158.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La globalización del derecho**. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). Bogotá. 1998. 288 p.

SASSEN, Saskia (2010). Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Madrid: Katz. **Revista de Estudios e Pesquisas sobre as Américas**, v. 7, n. 2, p. 281. 2010. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/316901235_SASSEN_SASKIA_2010_Territorio_autoridad_y_derechos_de_los_ensamblajes_medievales_a_los_ensamblajes_globales_madrid_katz. Acceso en: 20 dec. 2020.

SEN, Amartya. **Development as Freedom**. Oxford University Press. 1999, pp 3-5.

SEN, Amartya. **Hunger and Public Action**. Oxford Clarendon Press. 1989, pp. 43-49.

STIGLITZ, Joseph. Un trato justo para el mundo. **Revista de Libros, segunda época**, n. 70, oct., New York. 2002. Disponible en: https://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible.php?art=3608&t=articulos. Acceso en: 13 dec. 2020.

STRANGE, Susan. **La retirada del Estado**. La difusión del poder en la economía mundial. Icaria, Barcelona. 2001. 312 pp.

UA. **Derechos de la Mujer en África (Protocolo de Maputo)**. Nairobi, 2003.

UA. **Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño**. Nairobi. 1999.

UA. **Protocolo de la Carta Africana de DDHH y de los Pueblos**. Nairobi. 1986.

UA. **Comisión Africana de DDHH y de los Pueblos**. Nairobi. 1986a.

UA. **Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos**. Nairobi. 1981.

VAN DER APELDOORN, Baastian. Theorizing the transnational: a historical materialist approach. **Journal of International Relations and Development**, 7, 2004. pp. 142-176.

VAN DER PIJL, Kees. **The Discipline of Fear. The Securitisation of International Relations Post-9/11 in Historical Perspective**, 2012. Disponible en: https://www.academia.edu/2518623/The_Discipline_of_Fear_The_Securitisation_of_International_Relations_Post-9_11_in_Historical_Perspective. Acceso en: 16 dec. 2020.

VERDES-MONTENEGRO, Francisco. Securitización: agendas de investigación abiertas para el estudio de la seguridad, en la **Revista de Relaciones Internacionales**, nº 28. Madrid. 2015. Disponible en: <https://revistas.uam.es/relacionesinternacionales/article/view/5273/5714>. Acceso en: 1 en. 2021.

VIA CAMPESINA. **V Conferencia Internacional de la Vía Campesina en Maputo**, Mozambique, 20 al 24 de noviembre. 2008. Disponible en: <https://viacampesina.org/es/declaracion-maputo-v-conferencia-internacional-de-la-vcampesina/>. Acceso en: 20 dec. 2020.

WORLDMETER. **Real time world statistics**. Online. 2021. Disponible en: <https://www.worldometers.info/>. Acceso en: 12 sept. 2020.

AUTORA:

Katty Cascante Hernández

Doctora en Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Políticas y Democracias por la UNED y Máster en Cooperación Internacional y Desarrollo por el IUDC/UCM/AECID. Sus principales áreas de investigación son los procesos de globalización y dinámicas de cambio en la estructura de la sociedad internacional, principalmente aquellas que se vinculan con el sistema mundial de los alimentos y la cooperación al desarrollo en relación con la eficacia de la Ayuda y la rendición de cuentas. Es investigadora adscrita del Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación (IUDC) de la UCM y Secretaria de redacción de la Revista Española de Desarrollo y Cooperación del propio IUDC. Su experiencia profesional tiene un recorrido de más de 20 años con proyectos de desarrollo en países de América Latina, Centroamérica y África en ONGD españolas y anglosajonas así como consultora, analista e investigadora multidisciplinar del sistema internacional de cooperación al desarrollo. Es docente en másteres de Cooperación Internacional en

distintas entidades (UPM, IUDC/UCM, UAM, Ortega y Gasset (UIMP), URJC, UNIR y Universitat de Valencia). Colaboradora habitual en revistas del sector, El País, El Diario, Política Exterior, Economía Exterior, FUNCAS, Revista Española de Desarrollo y Cooperación, entre otros.

E-mail: kcascant@ucm.es

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4859-4421>

“CALA A BOCA JÁ MORREU”: A EDUCAÇÃO SOB ATAQUE E O ETERNO RETORNO DO AUTORITARISMO

Luiz Antônio da Silva Peixoto
Universidade Federal de Juiz de Fora

Carla Appolinario
Universidade Federal Fluminense

RESUMO

Considerando a atual escalada de atos atentatórios à liberdade de cátedra e o problema das inúmeras tentativas de censura ao pensamento crítico contra hegemônico, objetiva-se, por meio da análise de alguns casos emblemáticos, discutir o cenário mais amplo de retorno do autoritarismo. Para tanto, procede-se ao estudo de casos, seguido da compreensão da atuação do judiciário (nas hipóteses em que os episódios selecionados foram judicializados) e da Administração Pública (quando resolvidos na esfera administrativa). Desse modo, observa-se que, no momento em que é colocado em prática um projeto de sucateamento e desmonte da educação, concomitantemente, seus trabalhadores passam a ser submetidos a formas autoritárias de controle da prática docente, o que permite concluir que há em curso um processo mais amplo de profundo mal-estar e retrocesso nas vias democráticas.

Palavras-chave: Educação. Ataque. Autoritarismo.

“SHUT UP IS ALREADY HAS DIED”: EDUCATION UNDER ATTACK AND THE ETERNAL RETURN OF AUTHORITARIANISM

ABSTRACT

Considering the current escalation of acts that undermine the freedom of the chair and the problem of the innumerable attempts to censor critical thinking against hegemony, the objective is, through the analysis of some emblematic cases, to discuss the broader scenario of the return of authoritarianism. To this end, case studies are carried out, followed by an understanding of the role of the judiciary (in the cases in which the selected episodes were judicialized) and Public Administration (when resolved in the administrative sphere). Thus, it is observed that, at the moment when a scrapping and education disassembly project is put into practice, at the same time, its workers are subjected to authoritarian forms of control of teaching practice, which allows us to conclude that there are ongoing a broader process of deep malaise and regression in democratic ways.

Keywords: Education. Attack. Authoritarianism.

Recebido em: 16/06/2021
Aceito em: 03/07/2021

1. A EDUCAÇÃO SOB ATAQUE

1.1 Explicitando o problema

Com o propósito de refletir acerca do enorme mal-estar que se instaurou nas universidades brasileiras nos últimos tempos, serão apresentados alguns casos emblemáticos que consideramos relevantes para caracterizar a ofensiva conservadora sobre esse campo do saber e de produção do conhecimento crítico e seus atores sociais, com repercussão direta para o aprofundamento da nossa incipiente e frágil democracia.

Para tanto, serão abordados três episódios recentes: i) o dos docentes da UFPel (Pedro Rodrigues Curi Hallal e Eraldo dos Santos Pinheiro) que foram obrigados a firmarem um compromisso de não proferirem manifestação desrespeitosa e de desprezo direcionada ao Presidente da República (bem como a atuação das Procuradorias Federais, da Controladoria Geral da União-CGU e do Ministério Público Federal-MPF) e o uso das redes sociais como “locais de trabalho”; ii) a problemática recente que envolve a nomeação de reitores para as universidades federais brasileiras; e iii) as tentativas de controle dos conteúdos das disciplinas e dos eventos acadêmicos e científicos no âmbito das universidades brasileiras (a partir, sobretudo, da emergência dos movimentos Escola sem partido e do que seus ideólogos denominam de “ideologia de gênero”).

1.1.1 O caso Hallal: da utopia da liberdade de expressão ao eterno retorno da mordação

No dia 02 de março do corrente ano, a partir da publicação dos atos administrativos no Diário Oficial da União, grande parcela da comunidade acadêmica e científica recebeu com perplexidade a notícia de que dois docentes da Universidade Federal de Pelotas (UFPel) teriam firmado Termo de Ajustamento de conduta, em razão das condutas apontadas na seguinte descrição do fato:

Proferir manifestação desrespeitosa e de desprezo direcionada ao Presidente da República, quando se pronunciava como Professor da Universidade Federal de Pelotas (UFPel), durante transmissão ao vivo de Live nos canais oficiais do Youtube e do Facebook da Instituição, no dia 07/01/2021, que se configura como "local de trabalho" por ser um meio digital de comunicação online disponibilizado pela Universidade (art. 117, V, da Lei nº 8.112/1990). (BRASIL, DOU 02/03/2021, p. 117).

O Termo de Ajustamento de Conduta consiste em um procedimento disciplinar preventivo e corretivo que pode ser adotado em situações de menor potencial ofensivo, previsto no art. 14 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 e no art. 2º, caput e parágrafo único, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, nas orientações do Órgão Central do Sistema de Correição do Poder

Executivo Federal e na Instrução Normativa nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, da Corregedoria-Geral da União (CGU).

A partir desse episódio, que envolve controle legal e moral do servidor público, possibilidade de uso do instrumento jurídico para perseguição política, dois aspectos ocuparam lugar central no debate, a saber: i) a partir de qual momento as formulações elaboradas e os comentários realizados por um docente podem ser consideradas como manifestações desrespeitosas e de desprezo a determinada pessoa (geralmente, figuras públicas) e ii) em que medida o uso das redes sociais, ainda que privadas, podem ser consideradas como locais de trabalho.

Em consulta realizada no site do Diário Oficial da União (www.in.gov.br) foram localizadas no final de março de 2021, ao todo, 160 (cento e sessenta) publicações de Extratos de Termos de Ajustamento de Conduta, mas identificados apenas os dois casos em destaque com os indexadores "EXTRATO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUITA", "MANIFESTAÇÃO DESRESPEITOSA E DE DESAPREÇO", "CANAIS OFICIAIS DO YOUTUBE E DO FACEBOOK" e "LOCAL DE TRABALHO".

O caso teve enorme repercussão e foi informado em 159 matérias jornalísticas distintas, de acordo com a busca realizada no final de março com os temas “Hallal” e “TAC”. Apresentamos, na tabela abaixo, um panorama das principais matérias jornalísticas que repercutiram o fato:

TABELA 1
Manchetes de matérias jornalísticas caso Hallal

DATA	JORNAL	TÍTULO DA MATÉRIA	FONTE
03/03/2021	GZH Educação e Trabalho	<i>“Ex-reitor da UFPel Pedro Hallal assina termo de conduta após críticas a Bolsonaro”</i>	https://gauchazh.clicrbs.com.br/educacao-e-emprego/noticia/2021/03/ex-reitor-da-ufpel-pedro-hallal-assina-termo-de-conduta-apos-criticas-a-bolsonaro-cklti267w002r0166c0crgkwi.html
03/03/2021	SUL 21	<i>‘Punição a Pedro Hallal é novo capítulo da escalada do governo Bolsonaro sobre universidades federais’</i>	https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2021/03/punicao-a-pedro-hallal-e-novo-capitulo-da-escalada-do-governo-bolsonaro-sobre-universidades-federais/
03/03/2021	CARTA CAPITAL	<i>“Pedro Hallal: ‘Vou seguir manifestando as mesmas opiniões’</i>	https://www.cartacapital.com.br/politica/pedro-hallal-vou-seguir-manifestando-as-mesmas-opinioes/
03/03/2021		<i>“MEC: Manifestação política em universidade é ‘imoralidade administrativa’”</i>	https://educacao.uol.com.br/noticias/2021/03/03/mec-manifestacao-politica-em-universidade-e-imoralidade-administrativa.htm?
03/03/2021	O GLOBO	<i>“CGU impõe 2 anos de ‘mordaca’ a professores em troca de suspensão de processo por críticas a Bolsonaro”</i>	https://oglobo.globo.com/brasil/cgu-impoe-2-anos-de-mordaca-professores-em-troca-de-suspensao-de-processo-por-criticas-bolsonaro-24907038
05/03/2021	O GLOBO	<i>“Após ato da CGU, ex-reitor da Ufpel diz que não recuará: ‘Se o objetivo do processo era me censurar, o tiro sairá pela culatra’”</i>	https://oglobo.globo.com/brasil/apos-ato-da-cgu-ex-reitor-da-ufpel-diz-que-nao-recuara-se-objetivo-do-processo-era-me-censurar-tiro-saira-pela-culatra-24911592

05/03/2021	CORREIO BRASILIENSE	<i>“Se for tentativa de censura, sairá pela culatra”, diz epidemiologista”</i>	https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/03/4910376-se-for-tentativa-de-censura-saira-pela-culatra-diz-epidemiologista.html
06/03/2021	FOLHAPE	<i>“Declarações de Bolsonaro e ministro também dão margem a processo, diz professor censurado”</i>	https://www.folhape.com.br/noticias/declaracoes-de-bolsonaro-e-ministro-tambem-dao-margem-a-processo-diz/175245/
01/04/2021	RECONTA AÍ	<i>“Liberdade vigiada, retorno da censura?”</i>	https://recontaai.com.br/liberdade-vigiada-retorno-da-censura/

Fonte: Elaboração própria, a partir do GOOGLE, com acesso aos sítios eletrônicos informados.

O episódio envolve outro grande problema vivido pela comunidade acadêmica, que diz respeito às nomeações para a reitorias das universidades federais brasileiras, com desrespeito à ordem de preferência das listas tríplices ou mesmo as tentativas de se nomear, para os cargos, pessoas escolhidas pelo Presidente da República sem que haja um processo democrático de formação da vontade da maioria dos segmentos sociais envolvidos (docentes, discentes e técnicos), em clara violação à legitimidade de todo o processo de escolha da preferência da comunidade, embora não de violação à ordem legal que disciplina a matéria, como será explicado mais adiante.

O caso Hallal tem como ponto de partida exatamente o desrespeito à vontade da maioria da comunidade acadêmica da Universidade Federal de Pelotas (UFPe), que escolheu o candidato Paulo Roberto Ferreira Júnior para substituir o antigo Reitor Pedro Hallal, mas teve nomeada para o cargo de reitora a segunda colocada Isabela Fernandes Andrade.

A nova reitora foi empossada em uma *live* veiculada nas páginas de mídias sociais da universidade, no Youtube e no Facebook, no dia 07 de janeiro de 2021. Os docentes Pedro Hallal e Eraldo Pinheiro, durante o evento, teceram críticas ao Presidente da República em razão da intervenção na autonomia universitária e da ineficiência no combate à pandemia. O conteúdo de suas falas foi denunciado à Controladoria Geral da União (CGU), que determinou a instauração de procedimento administrativo para apuração da responsabilidade de ambos os professores por violação de vedação legal descrita no inciso V, da Lei nº 8.112/1990 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais): “ao servidor é proibido: V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição”.

A conclusão do procedimento disciplinar considerou que os dois professores proferiram manifestação desrespeitosa e de desapreço direcionada à pessoa do Presidente da República, como pode ser observado no extrato do TAC já apresentado, uma vez que suas formulações teriam sido explicitadas nas redes sociais da universidade que se configuram, segundo o entendimento da CGU, como “local de trabalho”.

Desde que assumiu o poder, o atual presidente Jair Messias Bolsonaro também passou a sustentar forte posicionamento contra a autonomia das universidades, sob o argumento de que “ali virou terra deles, eles é que mandam. Tanto é que as listas tríplexes que chegam pra nós muitas vezes não temos como fugir, é do PT, do PCdoB ou do PSOL. Agora o que puder fugir, logicamente pode ter um voto só, mas nós estamos optando por essa pessoa” (MAIA, 11/07/2019), explicitando que, em seu governo, seria aplicado filtro ideológico na escolha dos reitores e vice-reitores das instituições federais de ensino superior e nas universidades.

O presidente se insurge contra regra informal que, desde o período da redemocratização, não era questionada, consistente na deferência à lista tríplex. O respeito estrito à ordem de preferência da comunidade era prática costumeira, pelo menos, desde 2003. Os antecedentes ocorreram quando o então presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1998, nomeou o terceiro colocado, José Henrique Vilhena, em detrimento do primeiro, Aloísio Teixeira, como reitor da UFRJ (RYFF; TORRES, 16/07/1998) e, durante o governo de Michel Temer, a mesma prática foi tentada na Fiocruz, em 2017, quando ele chegou a preparar o ato de nomeação da segunda colocada Tania Araújo-Jorge, em vez da primeira, Nísia Trindade, mas recuou após forte mobilização contra o ato antidemocrático. (FRANCO, 01/01/2017).

O procedimento de nomeação dos ocupantes aos cargos de reitor e vice-reitor é realizado por meio de processo de consulta em que os três setores que compõem a comunidade acadêmica e científica (docentes, discentes e técnicos) escolhem seus membros gestores superiores de acordo com uma forma que não é exatamente de eleição, por força da expressão utilizada na legislação de regência, mas por procedimento denominado de “escolha” da preferência, sendo possível observar que a vontade da maioria, que se expressa pelo voto individual, foi respeitada, pelo menos, desde de 2003, de acordo com o percentual de votos alcançados por cada chapa.

A nomeação de reitores e vice-reitores para as universidades públicas brasileiras segue o procedimento previsto na Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 68, que prevê o seguinte, em seu artigo 16, inciso I (após alterações realizadas pela Lei nº 9.192, de 21 de dezembro de 1995):

O Reitor e o Vice-Reitor de universidade federal serão nomeados pelo Presidente da República e *escolhidos* entre professores dos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, cujos nomes figurem em listas tríplexes organizadas pelo respectivo colegiado máximo, ou outro colegiado que o englobe, instituído especificamente para este fim, sendo a votação uninominal. (Grifo nosso).

O detalhamento do processo de escolha da preferência da comunidade acadêmica é regulado pelo Decreto Federal nº 1.916, de 23 de maio de 1996. O processo para escolha dos cargos envolve os três segmentos da comunidade (docentes, discentes e técnicos) e, após a consulta, a lista tríplex, contendo os nomes das chapas vencedoras, de acordo com os percentuais obtidos por cada uma, é

referendada no órgão máximo de cada instituição e, posteriormente, enviada ao Ministério da Educação (MEC) e o Presidente da República em exercício nomeia para os cargos os docentes indicados em primeiro lugar, como praxe administrativa costumeira, em consonância à regra que assegura a autonomia universitária, prevista no artigo 207 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Mas recentemente, desde que assumiu o mandato, em 2019, o Presidente Jair Bolsonaro passou a não seguir a ordem de preferência, preferindo nomear apenas candidatos que compartilham de sua própria ideologia conservadora. Assim, de acordo com levantamento realizado pela Andifes, até setembro de 2020, 14 dos 25 reitores, por ele, indicados não eram os primeiros colocados da lista tríplice (LUPION, 20/09/2020).

Em 05/11/2019, o ministro da Economia, Paulo Guedes, ao abordar o tema da reforma administrativa que estava começando a ser preparada, chegou a afirmar que servidor público que fosse filiado a algum partido político não teria direito à estabilidade no emprego, pois se "tem filiação partidária? Não é servidor público. Não vou dar estabilidade para militante. É como nas Forças Armadas: é servidor do Estado" (TEMÓTEO; MAZIEIRO, 05/11/2019). Como a proposta viola a Constituição Federal, que não impôs essa restrição aos servidores públicos, o texto da reforma administrativa, em tramitação na Câmara dos Deputados, sob a forma de Proposta de Emenda à Constituição nº 32/2020 (CÂMARA, 2021), suprimiu essa vedação após forte mobilização e resistência ao posicionamento nela contido.

No dia 10 de dezembro de 2020, no julgamento da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 759, de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), deferiu o pedido em caráter liminar e parcial e determinou que o presidente da República observasse os nomes mais votados nas listas tríplices enviadas pelas instituições de ensino superior federais, para a nomeação dos reitores e dos vice-reitores das universidades federais e dos diretores das instituições federais de ensino superior. Na decisão, o ministro indicou o processo ao Plenário virtual para referendo da decisão precária deferida apenas liminarmente e determinou que, até o julgamento colegiado, fossem preservadas as situações jurídicas anteriores ao ajuizamento da ação (realizado no dia 06 de novembro de 2020). O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) requereu, também, a anulação de todas as nomeações realizadas sem a observância do primeiro nome da lista, mas o pedido não foi atendido pelo relator Ministro Edson Fachin.

Na ação, o Conselho sustentou que as “nomeações discricionárias” realizadas pelo presidente da República, em desacordo com as consultas e escolhas majoritárias das comunidades universitárias, caracteriza desrespeito aos princípios constitucionais da gestão democrática, do

republicanismo, do pluralismo político e da autonomia universitária. Mas o Ministro Edson Fachin entendeu que a escolha dos reitores das universidades públicas federais, de acordo com a Reforma Universitária (Lei nº 5.540/1968), consiste em um regime de discricionariedade mitigada, segundo o qual a escolha do chefe do Poder Executivo deve recair sobre um dos três nomes que reúnam as condições (objetivas) de elegibilidade, componham a lista tríplice e tenham recebido votos do colegiado máximo da respectiva universidade federal (STF, ADPF 759).

Em 05/02/2020, o Supremo Tribunal Federal (STF), reunido em Plenário Virtual, por 7 votos a 3, negou o pedido liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 759, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) com o objetivo de garantir a indicação dos nomes mais votados nas listas tríplices elaboradas a partir das consultas de preferência das comunidades para escolha dos reitores e dos vice-reitores das universidades federais e dos diretores das instituições federais de ensino superior (STF, ADPF 759), prevalecendo, dessa forma, a tese de que a discricionariedade do presidente, embora mitigada porque adstrita aos nomes constantes da lista, pode ser exercida a partir da escolha dos nomes em qualquer ordem de preferência, sem que isso importe em violação (STF, ADPF 759).

É interessante notar que o caso Hallal e a controvérsia que envolve a escolha dos dirigentes máximos das instituições federais de ensino superior e das universidades federais de acordo com a discricionariedade política não são situações isoladas, pois a ofensiva contra as universidades públicas foi revelada desde o início do mandato do atual Chefe do Poder Executivo e não se restringe a parcelas específicas do campo crítico, mas ao conjunto da comunidade e ficou mais evidente a partir do contingenciamento do orçamento das instituições federais de ensino superior (MEC, 8/12/2019).

Outros três exemplos de condutas reiteradas de intervenção na autonomia universitária foram a edição da Portaria nº 34/20 pela Capes (com expressivo corte de bolsas, importante instrumento de incentivo à pesquisa, para os programas avaliados com os índices menos elevados, o que dificulta o aprimoramento da sua qualidade), o edital divulgado pela CNPq com a oferta de 25 mil bolsas de pesquisa que excluiu diversos cursos da área das ciências humanas e sociais (educação, direito, economia, ciências sociais e filosofia) e a edição da Medida Provisória (MP) nº 979, de 9 de junho de 2020 (com a previsão de que, em caso de término de mandato dos atuais dirigentes durante a pandemia provocada pelo SARS-Covid-19, seriam designados reitores e vice-reitores *pro tempore* para as universidades federais pelo ministro da Educação, sem qualquer processo de consulta à comunidade).

Por contrariar a gestão democrática do ensino público e a autonomia universitária, ambas regras garantidas, respectivamente, nos artigos 206, inciso VI e 207 da Constituição da República Federativa do Brasil, a Medida Provisória nº 979/2020 foi devolvida pelo Presidente do Congresso

ao Executivo. Diante da forte oposição da comunidade acadêmica, do insuperável déficit democrático e da flagrante inconstitucionalidade, apenas três dias depois, o presidente revogou a medida provisória anterior por meio da edição de nova medida provisória, a MP nº 981, de 12 de junho de 2020.

Todos esses episódios foram de grande repercussão, não apenas na comunidade acadêmica e científica, mas na mídia de uma forma geral, e, como derradeira tentativa de conter o pensamento crítico, o MEC editou, em 07 de fevereiro de 2021, um ofício direcionado aos dirigentes das instituições federais de ensino superior, contendo trechos da Recomendação do Ministério Público Federal (MPF) nº 133 (SEI-MEC 2483911), de 5 de junho de 2019, em que este último órgão recomenda a tomada de providências para:

(...) prevenir e punir atos político-partidários nas instituições públicas federais de ensino”, bem como aponta[r] que os recursos financeiros sob gestão destas instituições não podem custear nem patrocinar “a participação de qualquer pessoa física ou jurídica, ou, ainda, agrupamentos de qualquer espécie, em atos político-partidários (Ofício-Circular Nº 4/2021/DIFES/SESU/SESU-MEC, de 07/02/2021).

Como se extrai da simples leitura da recomendação, o ofício que expressa o posicionamento adotado pelo MEC pretende restringir a liberdade de expressão da comunidade e de cátedra dos docentes, bem como a autonomia universitária, o que contraria a recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 548. Convém resgatar que esta decisão assegurou a livre manifestação do pensamento e das ideias nas universidades e destacou que a autonomia universitária está entre os princípios constitucionais que garantem toda a forma de liberdade.

Em 15 de maio de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), reunido em sessão virtual, por unanimidade, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 548 e declarou nulas todas as decisões da Justiça Eleitoral em cinco estados (Belo Horizonte - MG, Campina Grande-PB, Dourados-MS, Niterói-RJ e do Rio Grande do Sul- RS) que impuseram a interrupção de manifestações públicas de apreço ou reprovação a candidatos em ambiente virtual ou físico de universidades às vésperas do segundo turno da eleição de 2018 e envolviam busca e apreensão de materiais de campanha eleitoral em universidades e associações de docentes e proibição de aulas com temática eleitoral e de reuniões e assembleias de natureza política.

No julgamento do mérito da ADPF, os ministros confirmaram a medida cautelar concedida pela relatora ministra Cármen Lúcia, referendada pelo Plenário em outubro de 2018, quando enfatizou, em seu voto, que as decisões judiciais acabaram por violar o princípio constitucional da autonomia universitária, sendo igualmente contrárias,

(...) à dignidade livre da pessoa, à autonomia dos espaços de ensinar e aprender, do espaço social e político (no sentido clássico da *polis*) e ao princípio democrático, guardador da liberdade de pensar, manifestar-se, expressar-se, opinar e escolher o modelo de vida, de Estado, enfim de sociedade que se pretenda construir com Justiça. (...) Sendo práticas determinadas por agentes estatais (juízes ou policiais) são mais inaceitáveis. O princípio da legalidade também terá sido confrontado. Afinal, diferente do espaço de liberdade individual, que esbarra em limites da lei, o Estado e seus agentes somente podem atuar de acordo e no que é legalmente deferido. E não há lei válida a autorizar o garrote das liberdades e o acanhamento das universidades no constitucionalismo positivado no Brasil. (...) Pensamento único é para ditadores. Verdade absoluta é para tiranos. A democracia é plural em sua essência. E é esse princípio que assegura a igualdade de direitos na diversidade dos indivíduos (STF, ADPF n. 548, p. 10; 11; 18).

No julgamento, o STF também declarou inconstitucional a interpretação dos artigos 24 e 37 da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) que foram utilizados para justificar atos judiciais ou administrativos sob o argumento de que admitam o ingresso de agentes públicos em universidades, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações e a coleta irregular de depoimentos pela manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades. Os dispositivos alegados proíbem a propaganda eleitoral de qualquer natureza em bens públicos e de uso comum, mas não os eventos e as atividades que sejam inerentes ao pleno e legítimo exercício do pluralismo de ideias e o debate democrático. Ainda de acordo com o voto da ministra Cármen Lúcia, o intuito da Lei das Eleições é impedir o abuso do poder econômico e político e preservar a igualdade entre os candidatos no processo. Assim,

(...) volta-se a norma contra práticas abusivas e comprometedoras da livre manifestação das ideias, o que não é o mesmo nem próximo sequer do exercício das liberdades individuais e públicas. O uso de formas lícitas de divulgação de ideias, a exposição de opiniões, ideias, ideologias ou o desempenho de atividades de docência é exercício da liberdade, garantia da integridade individual digna e livre, não excesso individual ou voluntarismo sem respaldo fundamentado em lei. Liberdade de pensamento não é concessão do Estado. Por isso, não pode ser impedida, sob pena de substituir-se o indivíduo pelo ente estatal, o que se sabe bem onde vai dar. E onde vai dar não é o caminho do direito democrático, mas da ausência de direito e *déficit* democrático. Exercício de autoridade não pode se converter em ato de autoritarismo, que é a providência sem causa jurídica adequada e fundamentada nos princípios constitucionais e legais vigentes. (STF, ADPF nº 548, p. 16).

Dois aspectos, em particular, chamam atenção no voto da ministra Cármen Lucia. O primeiro, mais evidente, diz respeito à liberdade de manifestação do pensamento que, na prática docente, se materializa como princípio da liberdade de cátedra, inerente ao processo construtivo do saber, indispensável ao pleno exercício do magistério, responsável pelo desenvolvimento científico, tecnológico e social do conhecimento e, por isso, garantido pela Constituição Federal, em seu artigo

206, II e III, além de, também, previsto pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 2º, incisos II, III, IV, XI e XII, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996).

O segundo aspecto importante se refere à atuação dos órgãos (Congresso, as Procuradorias Federais, CGU e MPF, no caso das instituições federais) de controle externo e interno da Administração Pública. Os controles envolvem “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas” e estão previstos no artigo 70 da Constituição Federal. O mesmo dispositivo constitucional estabelece que o controle externo será exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (de acordo com as atribuições descritas no artigo 71 da Constituição Federal) e o controle interno será exercido pelo sistema de controle de cada Poder. No âmbito das universidades federais, o controle interno é realizado pelas Procuradorias Federais que funcionam junto a cada uma delas (nomeadas pelos Reitores), pela CGU e pelo MEC, pois, embora as universidades públicas federais não se encontrem subordinadas ao MEC, a forma como foi estruturada a máquina administrativa as vincula ao Ministério, o que enseja o controle interno de alguns de seus atos (artigos 19 e 25, I, do DL 200/1967). O MPF, parte integrante da estrutura do Ministério Público da União, exerce o controle na defesa dos direitos constitucionais do cidadão, sempre que for necessário restituir o respeito à legalidade dos atos praticados pelos órgãos da administração pública federal direta ou indireta (artigos 24, I e 39, II, ambos da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993).

Apresentado o desenho institucional dos órgãos de controle, é preciso destacar que sua atuação deve ser exercida nos exatos limites das atribuições expressamente previstas na Constituição Federal e nas normas legais e regulamentares pertinentes e sempre em respeito aos direitos e garantias constitucionais garantidos aos docentes que não podem ser questionados por suas ideias, pesquisas, métodos, metodologias, técnicas, instrumentos e ferramentas de pesquisa desde que elaboradas no limite da legalidade, isto é, desde que não violem integridade, honra, imagem, direitos autorais de outrem ou importem em práticas discriminatórias a certos grupos sociais, étnicos ou raciais. Do contrário, tem-se que o legítimo direito à fiscalização se converte em ato autoritário, como bem destacou a ministra Cármen Lúcia, em seu voto. Cabe lembrar que a prática do abuso de autoridade, ou seja, quando o exercício da autoridade exorbita as funções legais e regulamentares, é conduta rechaçada e punível nas formas previstas pela nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019).

As violações à liberdade de cátedra (art. 206, II e III, da Constituição Federal), à gestão democrática das universidades (art. 206, VI, da Constituição Federal) e à autonomia universitária, que engloba as dimensões didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, (art.

207, *caput*, da Constituição Federal) têm sido constantes, valendo citar, ainda, mais dois exemplos: i) o caso do docente da UNB, Luís Felipe Miguel, que ministrou a disciplina optativa intitulada de “Golpe de 2016 e o futuro da democracia no Brasil”¹, que depois foi replicada em outras doze universidades, em solidariedade¹; ii) o caso dos docentes da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense que participaram da organização do evento Moro Mente², quando houve mais uma tentativa de exercer o controle dos conteúdos das disciplinas e dos eventos acadêmicos e científicos no âmbito das universidades brasileiras. Outras ações foram tentadas a partir, sobretudo, da emergência dos movimentos Escola sem partido e do que seus ideólogos denominam de “ideologia de gênero”, todas declaradas como inconstitucionais pelo STF³.

Diante da ascensão do pensamento conservador em nosso território, recente estudo divulgado pelo *Global Public Policy Institute* (GPPi), em setembro de 2020, intitulado “*Academic Freedom in Brazil: A Case Study on Recent Developments*”, revela que as ameaças à liberdade têm se concretizado sob a forma, especialmente, da proliferação de canais de denúncias de reclamações políticas e ideológicas, de declarações falsas sobre a comunidade acadêmica e de novas normas e interpretações que afetam a governança institucional (MENDES *et al*, 2020, p. 4). Tudo isso parece revelar um projeto político mais amplo de adoção de novas medidas por parte do governo central mais rígidas, que se constituem como ameaças mais graves, com o claro propósito de aumentar o controle ideológico e políticos sobre as universidades e sobre seus docentes e pesquisadores, isto é, sobre os atores sociais relevantes capazes de questionar o *status quo*.

Esse cenário, que alia práticas autoritárias de controle, tentativa de censura da atividade criativa e crítica docente e perseguição aos cientistas com regressão inaudita dos investimentos, tem resultado no fenômeno de fuga dos cérebros⁴ brasileiros, em especial, das universidades públicas, responsáveis por 95% da produção científica (MOURA, 11/04/2019). Trata-se de um processo dramático com consequências irreversíveis para o desenvolvimento social e econômico, que

¹ Para mais detalhes, ver: PODER360 (21/02/2018), MARQUES (21/02/2018), SEMIS (02/03/2018) e VITULLO; SILVA (2020).

² Para mais informações sobre a sequência de fatos que envolveu a proibição ao evento emanada do MEC, o posicionamento que foi seguido pela Reitoria e a reversão da proibição por ordem judicial, recomendamos: MOTA (23/09/2019), COSTA (21/09/2019), REVISTAFÓRUM (23/09/2019) e ADUFF (2019).

³ Ver, em especial, os seguintes julgados: i) contra o movimento “Escola sem partido”: ADI 5537 e ADPF 467; e ii) em desfavor ao movimento contra a “ideologia de gênero”: ADPF 526, ADPF 461, ADPF 460.

⁴ Como revelou Bruno Lapon: “O declínio da liberdade acadêmica no Brasil chamou a atenção da *Scholars At Risk*, organização sediada em Nova York. Ela oferece a professores e pesquisadores ameaçados a oportunidade de trabalhar em outro país por um período, por meio de parcerias com diversas instituições de ensino superior. Desde que foi criada, em 1999, a entidade recebeu 52 pedidos de apoio de professores brasileiros. Desses, 48 foram recebidos após o início da última campanha presidencial. Foram 32 pedidos de setembro de 2018 a agosto de 2019, e outros 16 de setembro de 2019 a agosto de 2020. (...) A escalada nas ameaças também levou o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (Andes) a criar, em março de 2018, uma comissão para acompanhar casos de criminalização e perseguição política a professores. O órgão oferece assessoria jurídica e apoio político aos acadêmicos afetados” (LAPION, 20/09/2020).

demandará, certamente, um esforço de compreensão, pela teoria social, em termos de verdadeira diáspora brasileira com repercussão direta sobre a ciência, a inovação e a tecnologia do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os três aspectos abordados neste artigo, a saber, a imposição do TAC aos dois professores da UFPel, o desrespeito à ordem da lista tríplice para nomeação de reitores das IFES e o controle / repressão sobre os conteúdos, as disciplinas e os cursos das instituições de ensino superior devem ser compreendidos no bojo da imposição de uma agenda explicitamente conservadora que se manifesta de forma autoritária nestes três casos. No entanto, ao ampliarmos nossa perspectiva crítica, podemos afirmar que a educação pública brasileira está, na verdade, desde as eleições de 2018, sob um duplo ataque. O primeiro, que data dos primeiros governos da nova república e tem continuidade e terreno fértil no atual governo federal, consiste no desmonte / privatização das instituições de ensino superior através do corte generalizado de recursos nos orçamentos e da introdução de práticas de gestão privatizantes. Este ataque se dá a partir da agenda neoliberal que preconiza o enxugamento do Estado e de seus instrumentos de políticas sociais, adotando um processo de mercantilização das áreas da educação, da saúde e da previdência social. O segundo ataque consiste na tentativa de imposição de uma agenda conservadora / autoritária a partir da recente “onda conservadora” que se abateu sobre boa parte do mundo e se cristalizou no Brasil através da candidatura de Jair Messias Bolsonaro.

A confluência perversa destas duas tendências históricas – a hegemonia das políticas econômicas neoliberais e a mais recente ascensão das ideologias conservadoras e autoritárias – é o contexto difícilíssimo no qual a luta pela educação laica, pública, gratuita e de qualidade se dá atualmente em nosso país. Cabe ao pensamento crítico, portanto, analisar as recentes mudanças normativas e práticas promovidas pelo governo federal, em sua relação com esta dupla hegemonia neoliberal e conservadora, buscando construir estratégias de resistência que preservem as possibilidades mínimas de produção e difusão do conhecimento crítico para as futuras gerações.

Desde o início, tivemos como inspiração uma interessante imagem construída por Slavoj Žižek, ao resgatar um curioso “episódio” ocorrido na antiga República Democrática Alemã:

Conta uma velha piada da antiga República Democrática Alemã que um trabalhador alemão consegue um emprego na Sibéria; sabendo que todas as suas correspondências serão lidas pelos censores, ele diz para amigos: ‘Vamos combinar um código: se vocês receberem uma carta minha escrita com tinta azul, ela é verdadeira; se a tinta for vermelha, é falsa’. Depois de um mês, os amigos receberam a primeira carta, escrita em azul: ‘Tudo é uma maravilha por aqui: as lojas estão abastecidas, a comida é abundante, os apartamentos são amplos e aquecidos, os

cinemas exibem filmes ocidentais, há mulheres lindas prontas para um romance - a única coisa que não temos é *tinta vermelha*' (ZIZEK, 2012, p. 95, grifos no original).

De acordo com a proposta de Zizek, devemos ressignificar o que a ausência da tinta vermelha significa hoje e nos perguntarmos se:

Essa situação não é a mesma que vivemos até hoje? Temos toda a liberdade que desejamos, a única coisa que nos falta é a 'tinta vermelha': nós nos 'sentimos livres', porque nos falta a linguagem para articular nossa falta de liberdade. O que a falta de tinta vermelha significa é que, hoje, todos os principais termos para utilizar o conflito atual - 'guerra ao terror', 'democracia e liberdade', 'direitos humanos' etc. etc - são termos *falsos*, que mistificam nossa percepção da situação, em vez de permitirem que pensemos nela (ZIZEK, 2012, p. 95, grifos no original).

Desse modo, com alguma dose de “tinta vermelha” e a partir da articulação dos pressupostos explorados pela pesquisa, procuramos demonstrar que o sentido ideológico das atuais estratégias de controle das universidades federais e de seus pesquisadores traduz-se nas operações que têm conferido sustentabilidade ao desmonte da educação como direito social que vem sendo implantado no Brasil, de forma mais acentuada, nos últimos anos. E mais, com a investigação, buscamos construir uma análise crítica acerca da ascensão do pensamento conservador, que deve ser compreendido como parte indissociável da nova realidade econômica e social gerada pelo capitalismo globalizado em sua fase neoliberal, identificando as peculiaridades (características e implicações) do processo de implantação das bases autoritárias e de controle do pensamento crítico.

Serão necessárias muitas doses de “tinta vermelha” para descortinar os mecanismos de dominação/exploração que caracterizam o capitalismo globalizado neoliberal e suas perversas consequências sociais e esta é, provavelmente, a razão principal das sucessivas tentativas de censura e de contenção dos pesquisadores que têm o potencial de desnudar todas as dinâmicas e os mecanismos ocultados pelo atual processo em curso de convergência das transformações econômicas e sociais em patamares opostos à emancipação humana e desenvolvimento social, bem como o de fornecer importantes aportes para a compreensão do papel do autoritarismo para a manutenção do padrão de acumulação, tendo, por isso, sido eleitos como primeiros alvos da ofensiva conservadora.

REFERÊNCIAS

ADUFF SSind. **Liminar favorável garante realização de ato #MoroMente na Faculdade de Direito da UFF**. 2019. Disponível em: <http://aduff.org.br/site/index.php/noticias/noticias-recentes/item/3869-liminar-favoravel-garante-realizacao-de-ato-moromente-na-faculdade-de-direito-da-uff>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Diário Oficial da União. **Extrato de Termo de Ajustamento de Conduta**. Processo nº 00190.100589/2021-98. Edição 40, seção 3, p. 17. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/extrato-de-termo-de-ajustamento-de-conduta-306120937>.
Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Diário Oficial da União. **Expressão pesquisada:** Extrato de Termo de Ajustamento de Conduta. Disponível em: <https://www.in.gov.br/consulta/-/buscar/dou?q=%22extrato+de+termo+de+ajustamento+de+conduta+%22&s=todos&exactDate=all&sortType=0>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Instrução Normativa n. 4, de 21 de fevereiro de 2020, da Corregedoria-Geral da União (CGU)**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-n-4-de-21-de-fevereiro-de-2020-244805929>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Portaria n. 34 de 9 de março de 2020**. Dispõe sobre as condições para fomento a cursos de pós-graduação stricto sensu pela Diretoria de Programas e Bolsas no País da CAPES. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-34-de-9-de-marco-de-2020-248560278>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 981, de 12 de junho de 2020**. Revoga a Medida Provisória nº 979, de 9 de junho de 2020, que dispõe sobre a designação de dirigentes pro tempore para as instituições federais de ensino durante o período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da covid-19, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv981.htm#art1. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória n. 979, de 9 de junho de 2020**. Dispõe sobre a designação de dirigentes pro tempore para as instituições federais de ensino durante o período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da covid-19, de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv979.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 1.916, de 23 de maio de 1996**. Regulamenta o processo de escolha dos dirigentes de instituições federais de ensino superior, nos termos da Lei n. 9.192, de 21 de dezembro de 1995.

BRASIL. **Lei n. 9.192, de 21 de dezembro de 1995**. Altera dispositivos da Lei n. 5.540, de 28 de novembro de 1968, que regulamentam o processo de escolha dos dirigentes universitários.

BRASIL. **Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 5.540, de 28 de novembro de 1968.** Fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média, e dá outras providências.

BRASIL. **Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC n. 32/2020.** Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. 03 set. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2262083>. Acesso em: 10 set. 2020.

CARTA CAPITAL. **Pedro Hallal:** “Vou seguir manifestando as mesmas opiniões”. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/pedro-hallal-vou-seguir-manifestando-as-mesmas-opinioes/>. Acesso em: 03 mar. 2021.

CORREIO BRASILIENSE. **Se for tentativa de censura, sairá pela culatra', diz epidemiologista.** Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/03/4910376-se-for-tentativa-de-censura-saira-pela-culatra-diz-epidemiologista.html>. Acesso em: 05 mar. 2021.

COSTA, Flávio. Reitoria da UFF suspende evento crítico a Moro em faculdade de direito. **UOL Educação.** 21 set. 2019. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/noticias/2019/09/21/reitoria-da-uff-suspende-evento-critico-a-moro-em-faculdade-de-direito.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

FOLHAPE. **Declarações de Bolsonaro e ministro também dão margem a processo, diz professor censurado.** Disponível em: <https://www.folhape.com.br/noticias/declaracoes-de-bolsonaro-e-ministro-tambem-dao-margem-a-processo-diz/175245/>. Acesso em: 06 mar. 2021.

FRANCO, Ilmar. Fiocruz: Temer deve recuar. **O Globo.** 01 jan. 2017. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/panorama-politico/post/fiocruz-temer-recua.html>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GZH Educação e Trabalho. **Ex-reitor da UFPel Pedro Hallal assina termo de conduta após críticas a Bolsonaro.** Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/educacao-e-emprego/noticia/2021/03/ex-reitor-da-ufpel-pedro-hallal-assina-termo-de-conduta-apos-criticas-a-bolsonaro-cklti267w002r0166c0crgkwi.html>. Acesso em: 03 mar. 2021.

LUPION, Bruno. Relatório aponta sério risco à liberdade acadêmica no Brasil. **DW.** 20 set. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/relat%C3%B3rio-aponta-s%C3%A9rio-risco-%C3%A0-liberdade-acad%C3%A0mica-no-brasil/a-54993042>. Acesso em: 20 set. 2020.

MAIA, Gustavo. **Bolsonaro reclama de autonomia das universidades**: “Coisas absurdas têm acontecido”. O GLOBO. 11 jul. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/bolsonaro-reclama-de-autonomia-das-universidades-coisas-absurdas-tem-acontecido-23799959>. Acesso em: 12 jul. 2019.

MARQUES, Marília. **Universidade de Brasília terá disciplina sobre 'golpe de 2016'**. Matéria do curso de Ciência Política vai analisar 'retrocessos do governo Temer e entender deposição da ex-presidente Dilma', diz ementa. G1. 22 fev. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/universidade-de-brasilia-tera-disciplina-sobre-golpe-de-2016.ghtml>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MENDES, Conrado Hübner *et al.* **Academic Freedom in Brazil**: a case study on recent developments. Global Public Policy Institute (GPPi), 01 set. 2020. Disponível em: <https://www.gppi.net/2020/09/01/academic-freedom-in-brazil>. Acesso em: 10 out. 2021.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (MEC). **Ofício-Circular nº 4/2021/DIFES/SESU/SESU-MEC**, de 07/02/2021. Disponível em: https://sei.mec.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=2483908&codigo_crc=4F00C798&hash_download=23b67904b22412be46676cdc3702ed5f3fafc51e0ce352507c1debe68566570d2782ddb77939184a5604e559a01c0fc80bd9570f8dfc92b4b745130031071ae5&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 10 fev. 2021.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (MEC). Nota oficial - Bloqueio total do MEC nas universidades foi de 3,4%”. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=75781>. Acesso em: 08 maio 2019.

MOURA, Mariluce. Universidades públicas respondem por mais de 95% da produção científica do Brasil. **Ciência na rua**. 11 abr. 2019. Disponível em: <https://ciencianarua.net/universidades-publicas-respondem-por-mais-de-95-da-producao-cientifica-do-brasil/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MOTA, Erick. **MEC tenta impedir realização do ato #MoroMente na UFF**. Congresso em foco. 23 set. 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/mec-tenta-impedir-realizacao-do-ato-moromente-na-uff/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

O GLOBO. **CGU impõe 2 anos de 'mordaca' a professores em troca de suspensão de processo por críticas a Bolsonaro**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/cgu-impo-2-anos-de-mordaca-professores-em-troca-de-suspensao-de-processo-por-criticas-bolsonaro-24907038>. Acesso em: 03 mar. 2021.

O GLOBO. **Após ato da CGU, ex-reitor da Ufpel diz que não recuará**: se o objetivo do processo era me censurar, o tiro sairá pela culatra. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/apos-ato-da-cgu-ex-reitor-da-ufpel-diz-que-nao-recuara-se-objetivo-do-processo-era-me-censurar-tiro-saira-pela-culatra-24911592>. Acesso em: 05 mar. 2021.

PODER360. **Professor da UnB critica repercussão de disciplina sobre ‘golpe de 2016**. 21/02/2018. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/congresso/professor-da-unb-critica-repercussao-de-disciplina-sobre-golpe-de-2016/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

RECONTA AÍ. **Liberdade vigiada, retorno da censura?** Disponível em: <https://recontaai.com.br/liberdade-vigiada-retorno-da-censura/>. Acesso em: 01 abr. 2021.

REVISTA FORUM. **Justiça autoriza evento #MoroMente na UFF.** O Ministério da Educação havia ordenado o cancelamento da atividade. 23 set. 2019. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/justica-autoriza-evento-moromente-na-uff/>. Acesso em: 23 mar. 2021.

RYFF, Luiz Antônio; TORRES, Sergio. Nomeação de reitor vira guerra política no RJ. Ex-prefeito Cesar Maia é contra a nomeação do novo reitor da UFRJ: o governador Marcello Alencar, a favor. **Folha de São Paulo**, 16 jul. 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff16079816.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SEMIS, Laís. 13 universidades planejam disciplina sobre ‘o golpe de 2016. As aulas da primeira disciplina sobre o tema começam no próximo dia 5 de março’. **Nova Escola**. 02 mar. 2018. Disponível em: <https://novaescola.org.br/conteudo/10200/13-universidades-planejam-disciplina-sobre-o-golpe-de-2016>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SUL 21. **Punição a Pedro Hallal é novo capítulo da escalada do governo Bolsonaro sobre universidades federais.** Disponível em: <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2021/03/punicao-a-pedro-hallal-e-novo-capitulo-da-escalada-do-governo-bolsonaro-sobre-universidades-federais/>. Acesso em: 03 mar. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 759. Processo nº: 0107503-93.2020.1.00.0000. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Origem: DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. Edson Fachin. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual de 18.12.2020 a 5.2.2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6045159>. Acesso em: 06 fev. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5537.** Tribunal Pleno. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 24/08/2020. Publicação: 17/09/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur431849/false>. Acesso em: 20 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 526.** Tribunal Pleno. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 11/05/2020. Publicação: 03/06/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425819/false>. Acesso em: 20 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 467.** Número Único: 4000166-79.2017.1.00.0000. MG - MINAS GERAIS. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5206806>. Acesso em: 20 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 461.** Tribunal Pleno. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 24/08/2020. Publicação: 22 set. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432151/false>. Acesso em: 20 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 460.** Tribunal Pleno. Relator (a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 29/06/2020. Publicação: 13 ago. 2020. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ideologia%20e%20g%C3%AAnero&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 20 set. 2020.

TEMÓTEO, Antônio; MAZIEIRO, Guilherme. Servidor filiado a partido é militante e não terá estabilidade, diz Guedes. **UOL**. 05 nov. 2019. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/11/05/servidor-filiado-a-partido-e-militante-e-nao-tera-estabilidade-diz-guedes.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

UOL. MEC: **Manifestação política em universidade é ‘imoralidade administrativa’**. 03 mar. 2021. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/noticias/2021/03/03/mec-manifestacao-politica-em-universidade-e-imoralidade-administrativa.htm>? Acesso em: 03 mar. 2021.

ZIZEK, Slavoj. **O ano em que sonhamos perigosamente**. São Paulo: Boitempo, 2012.

VITULLO, Gabriel Eduardo; SILVA, Fabricio Pereira da. O que a ciência política (não) tem a dizer sobre o neogolpismo latino-americano? In: **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**. v.14, n. 2, 2020, p. 27-66. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/26975>. Acesso em: 20 fev. 2021.

AUTORES:

Carla Appolinario

Graduada em Direito (UNESA). Mestre e Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais (Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito - PPGSD) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professora Adjunta do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD). É vice-coordenadora do Grupo de Pesquisa Sexualidade, Direito e Democracia (SDD).

E-mail: carla_appolinario@id.uff.br

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7242-6738>

Luiz Antônio da Silva Peixoto

Graduado, mestre e doutor em Filosofia pelo IFCS (Instituto de Filosofia e Ciências Sociais) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). É professor Associado do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). É coordenador do Núcleo de Estudos de Filosofia Social e Política.

E-mail: lasp.jf@gmail.com

O "REXISTIR" TRANS. DE QUE IGUALDADE SE TRATA? ALGUMAS INTERFACES COM A PRÁXIS DECOLONIAL

Adriana Ribeiro Rice Geisler

Fundação Oswaldo Cruz e Pontifícia Universidade Católica

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo percorrer o pensamento decolonial, evidenciando as interfaces possíveis entre ele, a crítica paradigmática de Boaventura de Souza Santos e a genealogia do poder em Michel Foucault. Ao tomar a colonialidade do conceito de gênero, a partir da admissão dos traços historicamente específicos da organização do gênero em seu sistema moderno/colonial, é possível reconhecer a persistência de singularidades que emergem na produção de rizomas e resistências cotidianas, a partir de si. O trabalho avança na tentativa de identificar a ideia de igualdade presente nessa abordagem, considerando a narrativa de uma mulher trans como representativa dos saberes (localizados) dos corpos abjetos naquilo que expressam suas necessidades, demandas e produção de direitos.

Palavras-chave: Pensamento decolonial. Igualdade. Mulher trans.

THE TRANS RESISTANCE/EXISTANCE. WHAT EQUALITY IS IT ABOUT? LINKS WITH DECOLONIAL PRÁXIS

ABSTRACT

This work aims to cover the decolonial thought, showing the possible interfaces between it, the paradigmatic criticism of Boaventura de Souza Santos and the genealogy of power in Michel Foucault. By taking the coloniality of the concept of gender, considering the admission of historically specific features of the organization of gender in its modern / colonial system, it is possible to recognize the persistence of singularities that emerge in the production of rhizomes and everyday resistances, from the point of view of the person. The work advances in an attempt to identify the idea of equality present in this approach, by examining the narrative of a trans woman as representative of the (located) knowledge of abject bodies in what they express their needs, demands and production of rights.

Keywords: Decolonial theories. Equality. Transwoman.

Recebido em: 17/06/2021

Aceito em: 03/07/2021

INTRODUÇÃO

Em outubro último, em plena pandemia de coronavírus, fomos convidados a pensar a igualdade como questão pendente para o século XXI, a partir das considerações sobre gênero e sexualidade. Era o tema do Grupo de Trabalho 10 - do qual participei na condição de coordenadora - inscrito no IV Congresso Internacional sobre Globalização, Ética e Direito, iniciativa conjunta que envolveu a organização da Universidade Federal Fluminense e da Universidade Complutense de Madrid.

O tema, que já não seria fácil de ser enfrentado em situações normais pela amplitude a complexidade teórica que apresenta, tornou-se um desafio diante de nossas próprias existências em tempos de isolamento social. É que pensar em igualdade mais do que nunca atravessados subjetivamente pelas desigualdades expostas cotidianamente pela situação que nos assola, torna-se ainda mais doloroso e inquietante. Sem a vivência de situações como essa, mesmo que sob o risco de prejudicar sua análise, o pensador pode pretender, vez por outra, se achar a salvo em seu gabinete-bolha e desse lugar pensar a realidade social como se fosse possível fingir que, verdadeiramente, não a vê.

Na pandemia, a desigualdade parece "entrar com os pés na porta", exigindo-nos a compreensão de que se a igualdade parece (e aparece como que) cada dia mais longe, não há distanciamento possível que nos impeça de enxergá-la em suas rudezas. A desigualdade irrompe nossos isolamentos e torna quase impossível ao estudioso mais sensível escapar às ferramentas de análise que se proponham mais engajadas e menos neutras.

É justamente por isso que buscamos assumir nos escritos que se seguem o desafio de um olhar decolonial, centrado no compromisso ético de uma relação verdadeira com o objeto, ou seja, experimentando a objetividade, tal como nos convoca Haraway (1995).

Vale dizer, que não se trata de recusar a ciência, mas de articulá-la a demandas locais, compreendendo que os modelos epistêmicos modernos construíram dicotomias hierarquizantes e ergueram conceitos universais e pretensamente incontestáveis que produziram a um só um tempo um duplo esquecimento/supressão: - das formas de ser dos grupos subalternizados e da própria dúvida enquanto alicerce primeiro de toda produção científica.

Nessa perspectiva é que se inscreverá o item 2, “ainda sobre a modernidade”, onde se fará uma crítica ao empreendimento moderno, considerando seus pressupostos ontológicos, epistemológicos e antropológicos e a partir do eixo de análise que distingue, nos termos de Hardt e Negri (2001) e na esteira de Santos (2001), duas modernidades: - a renascentista e a iluminista.

Verifica-se, assim, já nesse autor, uma certa guinada epistemológica, quando ao considerar o período correspondente a fins do século XIV até o século XVII, se afasta das perspectivas que situam no iluminismo as origens da modernidade.

Em seguida, o trabalho vai avançando gradualmente na tentativa de radicalizar o prestígio aos saberes locais. O que se pretende reafirmar é que a despeito do silenciamento histórico imposto na esteira da produção de conhecimento eurocentrada, as resistências nunca deixaram de ser produzidas, potentes na elaboração de saberes próprios e na reconstrução de suas histórias de vida. “Onde há poder há resistência”, diria Foucault.

É nessa altura - item 3 - que o texto vai propor algumas aproximações entre o filósofo francês e o pensamento decolonial. De fato, com Foucault podemos ultrapassar tanto as análises concebidas exclusivamente a partir das contribuições da filosofia política moderna quanto aquelas construídas pelo marxismo.

É bem certo, conforme já explicitado, que as reflexões que se farão no item anterior, no que trouxeram de crítica ao empreendimento moderno ou no que percorrerem a filosofia política, não o farão de maneira excludente. Nesse sentido, Santos (2010) foi certo ao propor a sua “epistemologia do sul”. Apesar disso, é com Foucault, e sua genealogia do poder que, indiscutivelmente, no item 4, mergulharemos em nossa aposta micropolítica.

Nessa direção, optei em refletir sobre o tema proposto a partir de meus próprios encontros com uma pessoa trans. Como pensar em igualdade do alto de minha branquitude cis, acadêmica e de classe média? Será nesse ponto - item 5 - que o texto assumirá, definitiva e metodologicamente, seu giro decolonial, pois será preciso convocar os saberes-poderes locais, as experiências de vida colocadas à margem, para que, no encontro com essa potência de resistir, se possa produzir alguma compreensão sobre o tema da igualdade.

1. MODERNIDADE/COLONIALIDADE EM BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS

Sabemos que a importância do chamado “giro decolonial” reside no fato de conseguirem deslocar o centro da crítica à modernidade - que até então vinha sendo feita a partir da suposta gênese capitalista desse tempo histórico - para o período da dominação colonial na América.

Antes de destacar as contribuições dessa mudança de perspectiva, inventariando os seus pormenores, é importante evidenciar os termos gerais da crítica que pode ser feita ao empreendimento moderno. A meu ver, nenhum autor desenhou um questionamento tão aprofundado ao paradigma moderno quanto Boaventura de Souza Santos. A partir dos pressupostos

que sustentam esse modelo de pensamento, o jurista português vai sustentar a crise da modernidade e enunciar a transição paradigmática em que vivemos.

Por esse motivo é que optei por fazer, inicialmente, nesse item, um breve apanhado das reflexões do autor, entendendo que ele tece um excelente quadro geral que não apenas dialoga com as análises realizadas pelos autores assumidamente decoloniais como também nelas deságua circunscrevendo uma certa razão decolonial. No mesmo sentido:

A crítica sob a rubrica de pós-colonial ilumina a face oculta da modernidade: a colonialidade, e convida à conversação os conhecimentos produzidos nas bordas da globalização hegemônica, algo sem paralelo até então. Sobretudo, os estudos pós-coloniais explicitam que os erros da modernidade vitoriosa nunca foram efeitos perversos, imprevistos, indesejáveis, produtos precoces da incompletude do projeto moderno, mas seus elementos intrínsecos. Combatem assim, na diversidade das correntes e abordagens, qualquer crença fundamentalista na universalidade totalitária. Boaventura de Sousa Santos (2000; 2004) é parte da orquestração acima ao propor uma teoria crítica pós-moderna que retoma a esperança pelo exercício da tradução e comunicação das alternativas locais para uma inédita globalização que expresse a força das resistências e de suas experiências de bem viver. Elejo aqui seus argumentos em torno de um “paradigma prudente para uma vida decente” a fim de fazê-los dialogar com a modernidade colonialidade-decolonialidade latino-americana, buscando assim visualizar alguns desafios postos à epistemologia moderna a partir dos saberes do Sul. Faço notar, de antemão, que não haveria também qualquer pretensão essencialista ao se falar em Sul. (MIGLIEVICH-RIBEIRO, 2014, p. 68).

Vale dizer que Santos (2001) questiona o paradigma moderno, e seus dualismos, a partir da problematização de sua crise e superação, opondo o renascimento ao iluminismo, e atribuindo ao primeiro momento histórico a manutenção da tensão dinâmica entre regulação e emancipação social e, ao segundo, a imposição do pilar da regulação sobre o da emancipação. De acordo com ele, se o paradigma emergente - que pode ser descrito desde a passagem da Idade Média à Idade Moderna, marcando a "chamada modernidade renascentista" - ergueu-se em torno de um projeto revolucionário que mantinha a tensão dinâmica entre emancipação do homem e da sociedade e a regulação da vida social; na chamada "modernidade iluminista", o que se verificou foi a imposição do pilar da regulação sobre o da emancipação.

Sabemos que é moderno o esforço de ruptura com o cotidiano de um viver sacramentalizado e caracterizado pela imobilidade social. Em outras palavras, nesse contexto, o ser humano atribuiu a si a tarefa de construir a sua própria história.

No decorrer do período, entretanto, essa proposta emancipatória, característica do que Hardt e Negri (2001) denominam de modernidade renascentista é apropriada (e expropriada) pelo projeto iluminista centrado no racionalismo essencialista. É aí que se radicaliza o divórcio natureza x cultura, de onde se extrai a moderna compreensão de ciência, segundo a qual o ser humano -

produtor de cultura - é "o" sujeito racional desse conhecimento, e, a natureza é o objeto a ser conhecido em sua essência. Vale dizer que o ciclo se fecha na proposição de que o sujeito epistêmico deve se debruçar sobre o seu objeto de maneira neutra e conforme o método científico.

Desse modo, ao pressuposto epistemológico de que a única forma de conhecimento válido se dá através da consciência somou-se o seu correspondente pressuposto ontológico de que um objeto (exterior a si mesmo) só pode ser conhecido se inteiramente organizada segundo essa lógica racional. Nesse contexto, "o homem foi reduzido a sua consciência racional e a natureza pensada como uma máquina determinada." (PLASTINO, 2001, p. 24).

Assim, quando o conhecer se inclinou sobre o próprio ser humano (ciências humanas), tomando-o como objeto de seu próprio conhecimento, operou-se o que se pode chamar de uma segunda redução: o senhor, instrumentalizado por uma ciência pretensamente neutra, tornou-se escravo de suas próprias fórmulas.

Verifica-se que, a racionalidade moderna, centrada na autonomia moral e na razão instrumental cunhou uma subjetividade associada à essência do humano. Nessa perspectiva, portador de essências, o ser humano já nasce pronto finito e acabado, não se modificando com o passar do tempo. A-histórico, ele simplesmente "é". Vale lembrar que nos termos de Hobbes - o qual é seguido até mesmo por Freud - o homem é o lobo do homem e assim sempre será, ainda que mergulhe na sociedade civil¹. Isto é, o que se verifica na sociedade civil, com a ultrapassagem do estado de natureza, é que nela o homem, ainda que mau, é controlado em suas paixões pelo Leviatã.

Vê-se que o racionalismo essencialista da modernidade que, na origem, produziu a dicotomia primeira "natureza versus cultura" ergueu outras separações, a saber: sujeito versus objeto; ciência versus senso comum; mente versus corpo; razão versus afetos; razão versus paixões, eu versus outro, indivíduo versus sociedade, etc.

Observe-se, ainda, que além dos já mencionados pressupostos epistemológicos e ontológicos, tem-se, como corolário, a afirmação do pressuposto antropológico de uma maldade insuperável na subjetividade humana.

Da afirmação de que o ser humano nasce mau, tem-se, como consequência necessária a de que ele estabelece relações sociais conflituosas. O ser humano nasce portando o gérmen de sua própria destruição e da do outro.

Mas de que ser humano se trata? Todos os homens são igualmente maus ou, uns são mais maus do que os outros?

¹ Cabe lembrar, em linhas gerais, a formulação hobbesiana da ultrapassagem do estado de natureza para a sociedade civil, na qual o homem (mau por natureza, ambicioso, dotados de paixões), em guerra contra seus semelhantes ("guerra de todos contra todos"), deve entregar a sua liberdade do estado de natureza em troca da segurança patrocinada pelo soberano na sociedade civil.

A pergunta só pode ser respondida se, por fim, mas não menos importante, se levar em consideração que o já descrito empreendimento científico de descoberta da “essência humana” foi norteado pela aliança entre o paradigma moderno e o capitalismo. O empreendimento da modernidade se inscreveu do domínio do homem sobre a natureza à colonização do homem pelo homem.

É que a modernidade iluminista encontrou seu apogeu nas revoluções burguesas e tendo chegado ao poder, a burguesia tratou não apenas de configurar o Estado nascente à sua maneira - com os institutos jurídicos necessários à manutenção do seu status quo - como procurou solidificar o que se pode chamar com Santos (1999) de "sociabilidade do capital". Pode-se dizer, portanto, que o capitalismo, mais que um sistema econômico, é um sistema relacional e molda as relações sociais.

No que respeita às consequências estruturais desse período, tem-se que o Estado de Direito, de configuração burguesa, assumiu como função social assegurar a manutenção/ordem das relações de produção capitalistas. Nessa tarefa, ele se voltou mais para a penitência do que para a providência; mais para a criminalização da pobreza e da diferença do que para a oferta de Direitos Sociais. Simultaneamente, profundamente marcada pelo individualismo e pelo narcisismo hedonista que corrói a estrutura social, a sociabilidade capitalista coloca as condições de possibilidade para a opressão e a manutenção das desigualdades.

Assim é que a administração da penitência se faz tanto do ponto de vista da macropolítica - arregimentando-se as estruturas e instituições jurídicas - quanto do ponto de vista da micropolítica. Observe-se que, nessa análise, as relações materiais de produção - as condições (super)estruturais - não são preteridas, mas encontram a nossa existência lá onde a vida acontece e produz resistências através dos saberes localizados.

É nesse ponto que, podemos dizer, que o pensamento de Santos (2004) produz o movimento de inversão-subversão necessário à construção de sua crítica. Ora, no lugar do modelo de “razão indolente” ou “metonímica” - que se desdobra, ontológica e antropologicamente, como vimos, e sociologicamente como acabamos de descrever - Santos propõe o modelo de “razão cosmopolita”, fundada em três procedimentos sociológicos, dentre eles, a “sociologia das ausências”. Tal procedimento impõe que se promova o diálogo entre ciência e senso comum com vistas à promoção de uma “ecologia de saberes”. Nas palavras do próprio autor:

A ideia central da sociologia das ausências é que não há ignorância em geral nem saber em geral. Toda a ignorância é ignorante de um certo saber e todo o saber é a superação de uma ignorância particular (Santos 1995: 25). Deste princípio de incompletude de todos os saberes decorre a possibilidade de diálogo e de disputa epistemológica entre os diferentes saberes. (...) Neste domínio, a sociologia das ausências visa substituir a monocultura do saber científico por uma ecologia de saberes. Esta ecologia de saberes permite, não só superar a monocultura do saber

científico, como a ideia de que os saberes não científicos são alternativos ao saber científico. A ideia de alternativa pressupõe a ideia de normalidade e esta, a ideia de norma, pelo que, sem mais especificações, a designação de algo como alternativo tem uma conotação latente de subalternidade. Se tomarmos como exemplo a biomedicina e a medicina tradicional em África, não faz sentido considerar esta última, de longe prevaiente, como alternativa à primeira. O importante é identificar os contextos e as práticas em que cada uma opera e o modo como concebem saúde e doença e como superam a ignorância (sob a forma de doença não diagnosticada) em saber aplicado (sob a forma de cura). (SANTOS, 2004, p. 239).

Verifica-se, assim, que a partir dessa “razão cosmopolita”, a construção de um “conhecimento prudente” impõe o não “desperdício da experiência” dos povos do sul. Na contraface da mesma moeda, trata-se de contribuir com a radicalização do que o autor mesmo denominou de “democracia de alta intensidade”.

No mesmo sentido, veremos a seguir, que Foucault também nos permite perceber o exercício do poder - e do saber - em suas sutilezas. Nas palavras do autor, é preciso “captar o poder na extremidade cada vez menos jurídica do seu exercício” (FOUCAULT, 1979, p. 182). Em outros termos, o filósofo francês vai construir uma genealogia do poder, inscrevendo-o, na dinâmica da vida, como “biopoder”, lá onde ele se capilariza e encontra o tecido social, na micropolítica.

2. BREVES APROXIMAÇÕES ENTRE FOUCAULT E O PENSAMENTO DECOLONIAL

Nesse item me ocuparei em estabelecer um breve diálogo entre a dinâmica do poder em Foucault e alguns elementos do pensamento decolonial. Tanto um quanto o outro vai procurar delinear a dinâmica com a qual o poder se expressa no sentido de conformar nossa forma de ser e estar no mundo.

Para Foucault (1979) o poder não pode ser entendido como um instrumento de dominação de determinados indivíduos, grupos ou classes sobre outros, porque circula em rede, quase que imperceptivelmente. Para o filósofo francês, nem a perspectiva marxista - quando apoiada na ideia de dominação que revela um sentido negativo do exercício do poder - nem presente nas teorias jurídicas do poder - cujas análises se fundamentam na noção de soberania presente nas teorias contratualistas - são suficientes para explicar a dinâmica do exercício do poder.

Além disso, essa transitoriedade que o caracteriza não apenas faz com que todos possam estar submetidos a ele como também permite que possam exercê-lo, sem que ninguém dele se aproprie exclusivamente.

Nas palavras de Foucault (1979):

O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer o poder este poder e sofrer sua ação; nunca são alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles[...]. Ou seja, o indivíduo não é o outro poder: é um de seus primeiros efeitos. O indivíduo é um efeito do poder e simultaneamente, ou pelo próprio fato de ser efeito, é seu centro de transmissão (FOUCAULT, 1979, p. 183-184).

Em outros termos, para além das regras do direito que o conformam e organizam, o poder não deve ser compreendido de forma centralizada, mas deve ser buscado localmente, isto é, a partir de derradeiras ramificações pelas quais ele se prolonga e verdadeiramente se expressa, de baixo para cima, investido em práticas reais e produtivas. Senão vejamos:

O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir (FOUCAULT, 1979, p. 8).

É a essa altura que se pode dizer, com Foucault (1979), que o poder em sua expressão “microfísica” cartografa os desejos. Na mesma direção, a perspectiva decolonial, também vai se ocupar em descrever como um certo padrão de poder que vai moldar as subjetividades.

Essa abordagem tem o mérito, no entanto, de deslocar o eixo de análise quanto às origens da modernidade capitalista para à época da investida colonial na América. Quijano (2000), referência indispensável nos estudos pós-coloniais, vai justamente observar a permanência de uma certa matriz de “colonialidade” no (e do) poder que, ancorada na racionalidade eurocêntrica, vai se expressar em escala globalⁱ.

É aí que a esse modelo colonial de poder fundado em uma razão totalizadora vai corresponder uma colonialidade ontológica do ser. É aí que os autores decoloniais vão denunciar o eurocentrismo como um modo de controle da subjetividade mundial. Nesse sentido, pode-se sublinhar com Maldonado-Torres (2007) a persistência desse simultânea inferiorização do outro, isto é, dessa desqualificação epistêmica e ontológica da existência que não se ajusta os padrões da racionalidade essencialista colonial. A existência subjetiva desses indivíduos, expressa em sua relação com a cultura, com a natureza, traduzem saberes inapreensíveis por uma racionalidade moderna fechada em si mesma.

Apontando a necessidade da “descolonialidade do poder” e conferindo materialidade à reflexão, Quijano (2010) vai agregar a ela a noção de raça. Esse autor vai procurar demonstrar como

esse conceito, tendo sido forjado no seio das práticas coloniais, serviu para naturalizar a precariedade dos não-europeus e, por conseguinte, fez incidir o domínio europeu sobre esses povos subjulgados no período, ainda tem servido para justificar as relações de dominação capitalistas. Para o autor peruano, se não há modernidade sem colonialidade, também não há colonialidade sem raça.

Coube, entretanto, ao feminismo, pensar a colonialidade como uma série de colonialidades que se articulam e ampliar a reflexão introduzindo outras categorias de análise. A colonialidade do saber deságua na ideia de colonialidade da natureza, do gênero e do próprio ser.

Na esteira de Quijano e ultrapassando as contribuições do feminismo tradicional, de caráter universalista, Lugones (2007), uma das maiores referências do feminismo decolonial, vai desenvolver o conceito de colonialidade de gênero. Para a autora, gênero, raça e sexualidade são categorias indissociáveis da colonialidade do poder.

Segundo a autora, entretanto, Quijano vai conceber a intersecção de raça e gênero em termos estruturais. No pensamento deste autor, essas categorias auferem significado, a partir de um determinado modelo de poder: - capitalista, eurocêntrico e global.

Lugones explica que, para o autor peruano, o poder se estrutura em torno da disputa pelo controle dos aspectos básicos da vida humana. Sexo, trabalho, autoridade coletiva e subjetividade/intersubjetividade são, cada um, absolutamente atravessados pelos eixos colonialidade do poder e modernidade. Em outros termos, para Quijano, a partir destes é que as lutas pelo controle do “acesso ao sexo, seus recursos e produtos” são organizadas, configurando o binômio sexo/gênero.

Lugones esclarece que, ao aceitar o entendimento capitalista, eurocêntrico e global sobre o gênero, Quijano vai restringir o conceito ao acesso sexual às mulheres. Lugones questiona a perspectiva redutora deste autor neste aspecto. Essa análise da construção moderna/colonial do gênero e sua extensão são, portanto, limitados. A perspectiva de Quijano alude a uma compreensão patriarcal e heterossexual das disputas pelo controle do sexo, seus recursos e produtos, invisibilizando as mulheres colonizadas, não-brancas, e desconsiderando que foram subordinadas e destituídas de poder.

Ao pensar a colonialidade do conceito de gênero, no entanto, a filósofa tem buscado desmistificar as crenças desse quadro analítico, complexificando e ampliar as análises de Quijano, desvelando a prepotência e a violência do caráter, heterossexual e patriarcal das relações sociais. Lugones (2008) vai acrescentar que o sistema de gênero exclui as sexualidades onde o papel reprodutivo das mulheres não se coloca como fato biológico e natural. Nesse sentido, contribui para o capitalismo global eurocentrado que separa - e classifica - de um lado, gente ‘não branca’; e, de

outro, mulheres brancas. As primeiras são associadas a animais e as mulheres brancas tidas como reprodutoras da raça branca e da classe burguesa.

A filósofa problematiza a exigência de que as relações sociais sejam estruturadas termos de gênero, até mesmo as relações que se consideram sexuais. E acrescenta: - uma vez necessariamente concebida nesse aspecto, não há motivo para que essa organização social corresponda ao modelo heterossexual ou patriarcal. Para ela, o entendimento de que essa organização acontece de maneira distinta quando associada às questões raciais depende do reconhecimento dos traços historicamente específicos da organização do gênero em seu sistema moderno/colonial (dimorfismo biológico, a organização patriarcal e heterossexual das relações sociais).

Essa visada “no particular” permite o distanciamento dos universalismos, cuja ênfase metodológica na totalização tende ao particularismo, excluindo/invisibilizando, classificando e subjugando o que escapa aos seus próprios postulados. No que toca à organização de gênero, o outro é o que não se adequa aos contornos (particularistas) da heterossexualidade - e poderia acrescentar, da (cis) heteronormatividade.

Assim, a compreensão particular - no sentido de “singular” - alcança as subjetividades que, conforme nos explica Haraway (1995) ao admitirem sua posição localizada e até mesmo atravessada pelo pensamento eurocêntrico, se colocam em diálogo tanto com outras saberes igualmente localizados - produzindo rizomas e resistências - quanto com tecnologias sociais mais amplas. Trata-se, assim, de perceber a ciência de forma dinâmica, como uma arena de tensões entre saberes que se articulam e se imbricam como medida de enunciação e não de totalização. Nas palavras desta autora, “o único modo de encontrar uma visão mais ampla é estando em algum lugar em particular. A questão da ciência para o feminismo diz respeito à objetividade como racionalidade posicionada”(HARAWAY, 1995, p. 33).

3. O GIRO: INVESTINDO EM PRÁTICAS REAIS E PRODUTIVAS. A HISTÓRIAS DE LÍRIO

Vimos que o sistema de gênero se utiliza, político e economicamente, do papel reprodutivo das mulheres como acontecimento natural e se retroalimenta do uso deste fato biológico para o seu fortalecimento enquanto sistema de poder.

Lírio é mulher trans; uma mulher de pênis. Fora das conformidades desse sistema cisheteronormativo, ela carrega a sua história e, talvez, a de tantas outras mulheres com milhões de anseios e desejos inscritos em corpos tidos como “abjetos”.

Eu a encontrei às vésperas da realização o de uma de minhas pesquisas com essa população. A pesquisa se realizou na baixada litorânea, local onde eu a conheci artista, exercendo a

profissão de professora da rede pública de um dos municípios da Região da Lagos, e ainda estudante de letras. Hoje ela tem várias formações, inclusive tendo concluído um curso de mestrado. Lírio está desempregada desde a nossa última conversa.

Em seu relato, ela aparece sorrindo em uma página de rede social e atribui o sorriso ao fato de estar "alimentada, depois de quase 20 dias de dor intensa causada por uma pancreatite severa, algumas pedras nos rins e COVID19 em 16/02/2021". Eis o relato:

Demorei anos para descobrir alguns gatilhos:

Ao longo de meus dias de internação, tive crise de pânico por 3 vezes. Não entendia o porquê e se havia esse porquê ou gatilho. Durante todas as vezes, pensava e perguntava a mim mesma pela causa daquele choro desesperado. Sem resposta.

Sentia como se fosse morrer e o desalento e angústia eram quase insuportáveis, e dá-lhe Tramadol. No interím da terceira crise, aos gritos de dor, desolamento, tristeza e aprisionamento, uma enfermeira entrou no leito com a minha refeição e o pânico foi embora.

Refleti por alguns instantes:

Fiquei nos primeiros momentos de internação mais de 36 horas sem poder comer. E durante esses momentos sentia essa agonia e desespero gigantescos. Durante os últimos anos, sempre em momentos de crise, tive alguns ataques de pânico!

Não tardiamente descubro que eram sempre acionados pelas lembranças da fome que senti enquanto pessoa em situação de rua, que fui. Não consigo pensar nisso e não me emocionar ou me revoltar. Portanto, falar de Bolsonarismo é falar sobre um estado que eu já estive e luta para nunca mais voltar. E lutar também para que ninguém ali ainda possa estar!

Minha luta e desejo em ser aceita, quando falo sobre isso, está em torno sobretudo em nunca mais sentir o peso da fome. Se você não lutar contra esse projeto de morte impetrado pelo governo, encontrar com pessoas em condição de fome, situação de rua e exclusão permanente dos espaços, será cada dia maior e mais corriqueiro.

PS: Coloquei um link sobre os processos de mortificação da vida na Hungria, um país cujo governante lembra em muito o Bolsonaro. Orban, tornou o país, um amontoado de fragmentados.

Observe-se que o relato desnuda, sem pudores, elementos claramente identificados com a questão que estamos dedicados a pensar. Lírio tem uma história de lutas em torno do desejo de ser aceita; desejo este que ela mesma circunscreve em torno do “nunca mais sentir o peso da fome”.

Lírio foi pessoa em situação de rua para quem a desigualdade se expressou da fome à exclusão dos espaços da cidade. A igualdade de que trata Lírio se refere às condições materiais de existência e ao direito (igual) de ter direitos.

Do alto de meus privilégios, fico pensando como Lírio conseguiu sobreviver; ou melhor, re-existir, no sentido de voltar a existir. De fato, não há assujeitamento sem resistência. A sociedade de controle é poderosa, mas a potência de resistir será sempre seu efeito colateral.

Mais do que para qualquer pessoa trans que eu tenha encontrado, para Lírio "reexistir" é falar. Falar para efetivamente ser ouvida; para produzir efeitos de enunciação.

Pode o subalterno falar? O questionamento de Spivak (2010), para além de demandar um lugar para a fala dos que foram historicamente silenciados, alerta para a regularidade com que esses discursos são desqualificados, em nome da supremacia branca, masculina, cis, europeia.

A despeito desse descrédito, no entanto, esses grupos não apenas podem falar, como falam e produzem resistência cotidianamente, a partir de si.

Ao longo de minha vivência com Lírio, o que mais ela tem feito é falar. O que mais ela tem feito é buscar espaços de denúncia das situações de opressão e invisibilidade que têm marcado a sua e a história de tantas outras mulheres trans. Exaustivamente Lírio fala nas redes sociais (sites e programas na internet), rompe os espaços de poder da academia, nela ingressa e fala. Lírio é agente ativo.

Mas, fundamentalmente, Lírio é agente ativo e discursiva com qualidade. E essa qualidade discursiva vale não porque está sendo atestada pela minha arrogância de pesquisadora. Trata-se de um discurso que se desloca para além da lógica da representação, ou seja, que rejeita ser reduzido ao corpo- natureza/essência, do qual se esperaria um funcionamento com a regularidade dócil e supostamente necessária à apreensão racional, descritiva e prescritiva pelo sujeito neutro do conhecimento que sobre ele se debruça para inscrever o que é da ordem da cultura.

Lírio enuncia a sua própria "precariedade", expressando-a como potência de re-existir, resistir, "reXistir". Lírio ousa dizer seu nome: "mulher trans, pai e avô".

Lírio revela-se. E revela-se um "ciborgue", para usar a expressão de Haraway (2009). Lírio revela as "anormalidades", as "estranhezas", os "desvios", as "maldições" para enunciar, sem intermediários, os desejos inscritos no seu corpo - e no dos corpos trans - naquilo que expressam suas necessidades, demandas e produção de direitos.

E ao revelar-se Lírio revela igualmente a todos nós. Todos somos ciborgues. Eu e o outro. Essa perspectiva - também evidenciada na postura de Lírio - permite que se rompa com as já mencionadas dicotomias modernas natureza versus cultura, sujeito versus objeto, eu e o outro, razão/mente versus afeto/corpo/Desejo, eu versus o outro. Os ciborgues são isso e aquilo, organismo/natureza/corpo/objeto e máquina/ fabricação/linguagem/sujeito.

Lírio é feminino e masculino. E é justamente nessa complexidade característica da simultaneidade que reside qualquer possibilidade de transformação histórica. Nas palavras de Haraway (1994, p.37):

No final do século XX, nesse nosso tempo, um tempo mítico, somos todos quimeras, híbridos - teóricos e fabricados - de máquinas e organismos; somos, em

suma, ciborgues. O ciborgue é nossa ontologia; ele determina nossa política. O ciborgue é uma imagem condensada tanto da imaginação quanto da realidade material: esses dois centros, conjugados, estruturam qualquer possibilidade de transformação histórica. Nas tradições da ciência e da política ocidentais (a tradição do capitalismo racista, dominado pelos homens; a tradição do progresso; a tradição da apropriação da natureza como matéria para a produção de cultura; a tradição da reprodução do eu a partir dos reflexos do outro), a relação entre organismo e máquina tem sido uma guerra entre fronteiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que a ideia de colonialidade do saber-poder se desdobra na de colonialidade da natureza, do gênero e do próprio ser. Essa ontologia racional, de caráter essencialista e excludente, vai caracterizar os núcleos coloniais, para além do colonialismo em si.

Marcado pela falta, o outro vem sendo identificado por determinada raça e exercício da sexualidade. Para uma racionalidade hierárquica e totalizadora, “ser” não homem, não branco, não héterossexual, e não cis equivale a não pensar e a não ser, o que torna essa “inexistência” - para falar com Santos (2004) - controlável.

O giro decolonial impõe a crítica a esse silenciamento histórico e o reconhecimento ético de que essas subjetividades têm sido potentes em resistir. Importa o reconhecimento de que essas vozes - como a de Lírio - vêm de “agentes ativos”, cuja realidade rizomática de saberes (localizados) e práticas sociais insurgentes, no que se movimentam pelo direito de ter direitos, performam singularidades.

REFERÊNCIAS

HARAWAY, Donna. Saberes localizados: a questão da ciência para o feminismo e o privilégio da perspectiva parcial. **Cadernos Pagu** (5), 1995, p. 07-41.

HARDT, Michel e NEGRI, Antônio. **Império**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001

LUGONES, María. Colonialidad y género: hacia un feminismo descolonial. In: Walter Mignolo (org.). **Género y descolonialidad**. Buenos Aires: Del Signo, p. 13-54, 2008.

LUGONES, María. Heterosexualism and the Colonial/Modern Gender System. **Hypatia**, v. 22, n. 1, p. 186-209, 2007.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: Castro-Gómez, Santiago; Grosfoguel, Ramón (Org.). **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Siglo del Hombre, 2007, p. 127-67.

MIGLIEVICH-RIBEIRO, A. Por uma razão decolonial. **Civitas**, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 66-80, jan.-abr. 2014.

PLASTINO, Carlos Alberto. **O primado da afetividade**: a crítica freudiana ao paradigma moderno. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: Boaventura de Sousa Santos; Maria Paula Meneses (orgs.). **Epistemologias do sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 84-130.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: Boaventura de Sousa Santos (Org.). **Conhecimento prudente para uma vida decente**: ‘um discurso sobre as ciências’ revisitado. São Paulo: Cortez, 2004, p. 777-821.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2001, v.1.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os riscos da destruição do contrato social. **Folha de São Paulo**, Caderno Mais, 15 jun. 1999.

SPIVAK, Gayatri. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AUTORA:

Adriana Ribeiro Rice Geisler

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2009), com estágio de doutoramento (sanduíche) no Centro de Estudos Sociais (CES) da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra / PT. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1996), graduação em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2001), e mestrado em Psicologia (Psicologia Clínica) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2004). Atua como professora e pesquisadora da Fundação Oswaldo Cruz, com experiência comprovada na área de Gestão do Ensino (tendo sido coordenadora do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Nacional de Infectologia/ Fiocruz e coordenadora do Curso de Gestão - EPSJV e de Cursos de Especialização em Gestão, na mesma Unidade Tecnocientífica (EPSJV). É também professora adjunta da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; e pesquisadora colaboradora da Universidade Estácio de Sá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Estado e do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito e Sexualidade; Direito Penal e Criminologia Crítica. Direito e Saúde; Modernidade e Racionalidades Médicas; Ciência e Direito na transição paradigmática; Ética e construção da subjetividade.

E-mail: adriana.geisler@fiocruz.br

O ESPECULAR E O ESCÓPICO - UMA RESENHA DE *CENÁRIOS DO ESPAÇO URBANO*

COSTA, Maria Alice Nunes. *Cenários do Espaço Urbano*. Rio de Janeiro: Autografia, 2020.

Luiz Augusto F. Rodrigues
Universidade Federal Fluminense

Recebido em 09/06/2021

Aceito em 03/07/2021

O olhar percorre as ruas como se fossem páginas escritas: a cidade diz tudo o que você deve pensar, faz você repetir o discurso, e, enquanto você acredita estar visitando Tamara, não faz nada além de registrar os nomes com os quais ela define a si própria e todas as suas partes. (CALVINO, 1990, p. 18)

Maria Alice Costa inicia seu livro de fotografias dedicadas aos *Cenários do Espaço Urbano* com um discreto "1º Ato: Caminhando..."; um caminhar que nos leva ora para perto, ora para longe, ora para dentro da cena, ora como se fossemos mais um grão da multidão que marca muitas de nossas cidades na contemporaneidade, numa espécie de *flânerie*.

Lucrécia Ferrara (2000), ao refletir sobre alguns desdobramentos da cidade moderna, assevera: "Se o *flâneur* e seu ambiente estavam envolvidos por um apelo sensível polissensorial de raiz táctil, o esfacelamento progressivo daquele comportamento supõe substituir aquela polissensorialidade pela hegemonia da visão", e argumenta que "já não se trata de resgatar o indivíduo por seus traços, marcas, sinais fisionômicos; visto que esse contacto, essa aproximação deixa de existir uma vez que se perde a possibilidade de praticar aquele resgate. (FERRARA, 2000, p. 89)

As fotografias de Maria Alice nos fazem transitar do especular para o escópico. Por especular estamos aqui indicando os reflexos diretos de um espelho, ou - neste caso - aquilo que a imagem nos suscita, racionalmente, de modo direto, como na perspectiva lacaniana, na qual a imagem especular possibilita estabelecermos relação do nosso Eu com a realidade. Por escópico - ainda em uma configuração psicanalítica - seria assumirmos o olhar do Outro. O que vemos e o que estaria a ver a fotógrafa; é um dos enigmas que o livro vez por outra nos incita... O que vemos e o que imaginamos estavam os olhos da artista a flagrar...

A coletânea de fotos ora repousa em visões panorâmicas da cena urbana, ora somos imediatamente levados à visão pontual pré-configurada ao final de um túnel, numa verdadeira percepção dentro/fora como apontada nos estudos de Gordon Cullen (1981). Apoiados ainda em

Cullen, cenários capturados pelo olhar da autora/artista nos induzem a estar perto ou longe, aqui/lá/acolá, a ver do alto ou do baixo, ora em cenas de um cotidiano qualquer, ora em flagrantes de um real que tenta de nós fugir mas que capturado pelas lentes da fotografia se eterniza numa folha de papel ou tela de um computador.

Vê-se um pouco de tudo (ou seria de tudo um pouco?): cenas simetricamente capturadas por um olhar renascentista, e cenas onde certa tensão entre claro e escuro nos remete a uma tela quase barroca. Passa-se de certa complacência serena e calma para sermos, de supetão, inseridos numa dramática cena urbana plena de surpresas, indefinições, tensões e veladas disputas...

Na seção "Mirando 1" somos levados agora efetivamente a Cenários do Espaço Urbano em sua dimensão não mais da possibilidade de miradas pontuais e sim de cenas que são recortes temáticos que vão das areias das praias aos concretos de uma 'selva de pedra', aos telhados que se fazem emaranhar. E "Mirando 2" segue emoldurando cenas... "Mirante 3" se dedica a capturar raios do sol, da lua... das luzes naturais e artificiais.

A seção "A Solidão na multidão" traz algumas imagens em preto e branco, em sua maioria com aglomerações flagradas de uma época ainda não impactada pelo afastamento social provocado pela pandemia do coronavírus.

"Passarinhando..." continua 'voando' pelo mundo afora. Me detenho na pequena fotografia de uma pichação linda e colorida que nos brinda com um "ELE NÃO" e não temos como não evocar Mário Quintana e seu 'Eles passarão.../Eu passarinho'...

"Antifrase visual" é uma seção impactante, na qual desfilam imagens de tropas, policiais, guardas - mesmo que em situações comemorativas ou fantasiosas como o romano tipicamente vestido que passa solitário aos olhos curiosos de alguns e indiferentes de outros. A seção termina com uma foto cuja parede ostenta o brasão da Polícia e a indicação "Carceragem cidadã", ao que a artista sensivelmente nos provoca na rara (e única) legenda em todo o livro: "Como assim???" E ela tem razão, pois vivemos uma democracia atrofiada, reiteradamente 'encarcerada', eu diria mesmo que muitas vezes estuprada...

"Bikes" é uma parte linda deste livro que vai "Caminhando...", mas também nos propõe paradas, miradas tanto fixas como em rebeldes e desfocados movimentos.

"Vista Cansada" é toda de fotografias p&b. A lhe seguir, a seção "Praiano". De novo transitamos entre imagens panorâmicas e flagrantes pontuais, por vezes plenamente gestálticos - como na imagem de um jogador na qual bola e corpo são capturados no ar... Esportes, descansos, traquinices desfilam pelas belas páginas do livro.

"Dos escravos de ganho ao comércio ambulante 'empreendedor'" é outra seção muito 'feliz' apresentada pelas lentes e olhares da fotógrafa. Fotografias com belos enquadramentos a representar,

nos fazeres cotidianos de muitas de nossas cidades, tão diversas corpografias (ou cartografias corporais).

A seção "Pesos e medidas" me deu 'água na boca', literalmente, pois ao me debruçar sobre a proposta de resenhar esta obra me esqueci do tempo, me achei (e também me perdi...) nas imagens capturadas por olhares pausados cujos registros me fizeram esquecer o tempo e a 'pular' refeições.

E se seguem as partes "transitando entre cenas", "criatividades urbanas", "ombre-lones", "carne levar" - nas quais pomos de novo à prova os 'deslizamentos' e as 'condensações' entre as imagens especulares e as imagens escópicas da teoria lacaniana.

"Entreatos 1" dá 'voz' e 'vez' às mulheres através das imagens, a meu ver numa clara intenção de retirar a questão 'gênero' de um histórico entrelugar, e, pela força das fotografias, fazer com que estes corpos ocupem quaisquer espaços. Frida Kahlo, Marielle Franco, Leila Diniz entre outras tantas mulheres são homenageadas nesta seção (mesmo que indiretamente).

E segue a fotógrafa/artista/mulher/educadora Maria Alice entre "ritos" e "silêncio do som" para aportar no "Entreatos 2" - seção de uma foto só, mas que traz em epígrafe uma das tantas maravilhas do poeta Fernando Pessoa.

"Último Ato - O LUGAR da Educação no Brasil - Qual é?" abre a cena com a imagem de uma favela visualizada através de uma janela. Retomo aqui: o que estava a prender o olhar da fotógrafa? Qual detalhe? Havia algum? O que quis capturar?... Será que o que vemos na foto é consoante com o que Maria Alice Nunes Costa estava a olhar? É a vulnerabilidade ou a potência deste cenário do espaço urbano que a fotografia quer destacar? Fico com ambos, pois nela se vê criatividade coletiva e descaso público; uma cena que em si própria nos possibilita apreender um dos muitos lugares da educação no Brasil, como a questão que se coloca como subtítulo deste último ato. Esta, a meu ver, poderia/deveria ser a fotografia a encerrar o capítulo.

Como o psicólogo e filósofo suíço Carl Jung (2008) nos ensinou: os símbolos são importantes marcações humanas, tanto de nossos sonhos como das estruturas narrativas que modelam nosso inconsciente.

Parafraseio neste final o geógrafo chinês Yi-Fu Tuan (1983, p. 39): "o homem, como resultado de sua experiência íntima com seu corpo e com outras pessoas, organiza o espaço a fim de conformá-lo a suas necessidades biológicas e relações sociais". E segue o autor na mesma obra: "o espaço transforma-se em lugar à medida que adquire definição e significado [...] as experiências íntimas jazem enterradas no mais profundo de nosso ser, de modo que não apenas carecemos de palavras para dar-lhes forma, mas frequentemente não estamos sequer conscientes delas" (p. 151).

Ainda seguindo Tuan, destaco: "Como um resultado do uso habitual, o próprio caminho adquire uma densidade de significado e uma estabilidade que são traços característicos de lugar. O

caminho e as pausas ao longo dele, juntos constituem um lugar maior - o lar" (TUAN, 1983, p. 200). O trabalho artístico de Maria Alice, ao recuperar em suas fotografias suas memórias, está a construir, a ladrilhar seu lar, seu espaço de encontro consigo mesma nestes tempos de pandemia que estimularam este livro, como atesta a autora. Que bom que ela compartilhou conosco essa sua morada...

REFERÊNCIAS:

CALVINO, Italo. **As cidades invisíveis**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CULLEN, Gordon. **El paisaje urbano**; tratado de estética urbanística. Barcelona: Editorial Blume, 1981.

FERRARA, Lucrécia D'Alessio. **Os significados urbanos**. São Paulo: EDUSP: Fapesp, 2000.

JUNG, Carl G. **O homem e seus símbolos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

TUAN, Yi-Fu. **Espaço e lugar**: a perspectiva da experiência. São Paulo: DIFEL, 1983.

AUTOR:

Luiz Augusto F. Rodrigues

Doutor em História pela Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal Fluminense. Professor Titular do Departamento de Arte da Universidade Federal Fluminense, vinculado ao quadro docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Cultura e Territorialidades / PPCULT.

E-mail: luizaugustorodrigues@id.uff.br

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0583-9641>