

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



PUCP

**Los muros fronterizos en la era de la globalización: una
aproximación desde el Derecho internacional**

Tesis para optar por el título profesional de abogada que presenta la
bachillera:

Alessandra Enrico Headrington

Asesora:

Doctora Elizabeth Salmón Gárate

Lima, 2019

RESUMEN

El objetivo central de la investigación presentada es demostrar que un muro fronterizo puede ser ilegal a la luz de las obligaciones de los Estados en materia de Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el Derecho internacional humanitario (DIH). Para tales efectos, se abordan conceptos claves en el Derecho internacional; en primer lugar, se desarrollan las dimensiones y evolución del concepto de soberanía y sus implicancias a la luz del surgimiento de los derechos humanos. En este punto se hace referencia a jurisprudencia de tribunales internacionales que abordan este aspecto, así como a fuentes doctrinales que permiten entender el desarrollo actual y progresivo de ambos conceptos. Asimismo, se describe el proceso de humanización del Derecho internacional, su importancia y las principales críticas. Esto permite comprender por qué los Estados, aun en el marco de su dominio reservado, deben de respetar y garantizar las obligaciones en materia de derechos humanos. En segundo lugar, se desarrolla las implicancias de la aplicación extraterritorial de obligaciones convencionales en materia de derechos humanos en zonas tan *sui generis* como las fronteras. Esto permite analizar cómo el término jurisdicción ha evolucionado, es decir, que los Estados no solo tienen obligaciones en su propio territorio, sino también en aquellos espacios en donde ejerzan algún tipo de control. En este ámbito se desarrolla el concepto de control efectivo. En el marco de ambos argumentos, se enlistan los derechos humanos y obligaciones de DIH que podrían verse restringidas o vulneradas con la presencia de un muro fronterizo. Finalmente, a partir de la identificación de estos derechos y obligaciones, se hace referencia al concepto de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Esto conlleva a desarrollar las consecuencias jurídicas de la responsabilidad, como la reparación.

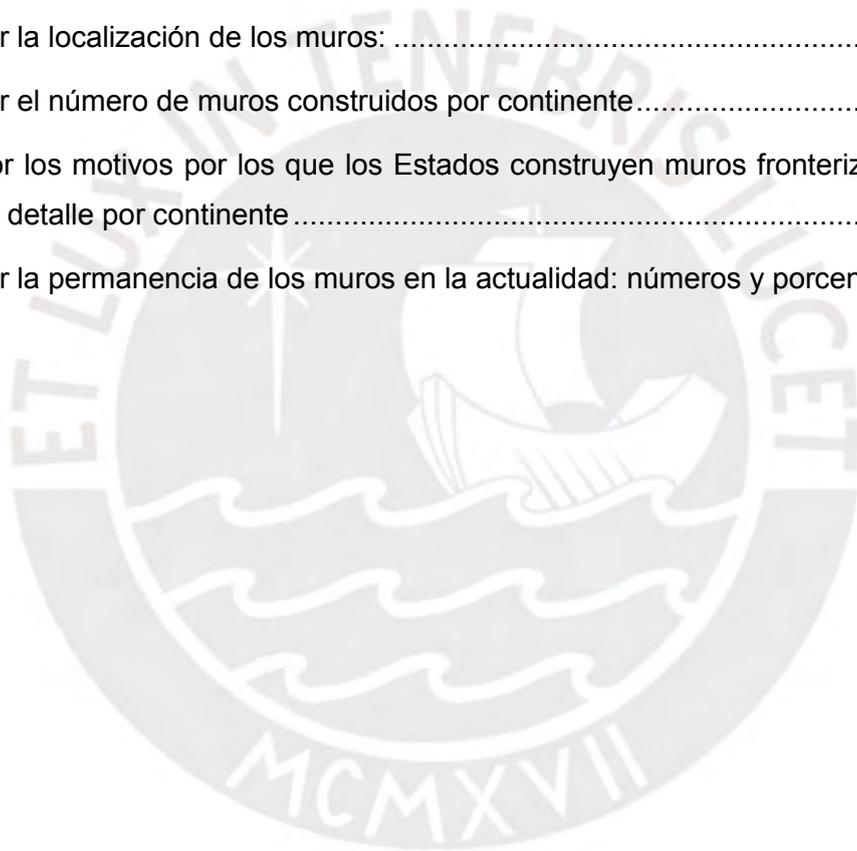
ÍNDICE

Glosario.....	7
Introducción.....	8
Agradecimientos.....	15
1. CAPÍTULO I: La construcción de muros: una aproximación histórica sobre este fenómeno.....	16
1.1. Muros y otros objetos de división.....	16
1.2. Fronteras: ¿espacios de confluencia o de separación?.....	20
1.3. Aproximación histórica: las formas más tradicionales de defensa de los Estados..	26
1.3.1. Las murallas de Babilonia.....	26
1.3.2. La Gran Muralla China.....	27
1.3.3. La Muralla de Gorgan.....	28
1.3.4. El muro de Adriano y de Antonino.....	29
1.3.5. La muralla de Constantinopla.....	30
1.3.6. La Gran muralla de Zimbabue.....	31
1.3.7. El muro de Berlín.....	32
1.4. El resurgimiento de los muros en la actualidad: estado de la cuestión.....	33
1.4.1. Matriz: Mapeo general de muros fronterizos, Estados entre los que se encuentran, motivo, vigencia y explicación.....	35
1.4.2. Principales hallazgos a partir de la matriz presentada.....	53
1.4.2.1. Localización.....	53
1.4.2.2. Justificaciones.....	53
1.4.2.3. Permanencia en la actualidad.....	54
1.5. La construcción de muros fronterizo: ¿Un fenómeno global o la respuesta a distintas circunstancias actuales?.....	54
1.5.1. Entre beneficios y desventajas: la globalización y sus efectos.....	55
1.5.2. El retorno de las fronteras amuralladas.....	57
1.5.3. Los efectos negativos de un reparto desigual de beneficios.....	60
1.5.3.1. La evolución y discurso de la seguridad internacional: dos perspectivas.....	62
1.5.3.2. Nuevas y más peligrosas formas de violencia: terrorismo internacional.....	68

1.5.3.3.	Una escalada en el flujo migratorio: El rechazo de lo foráneo.....	70
2.	CAPÍTULO II: La construcción de muros fronterizos, una problemática que involucra al Derecho internacional	75
2.1.	La ausencia de una prohibición general respecto a la construcción de muros fronterizos	75
2.1.1.	El Derecho internacional presente en el contexto fronterizo	76
2.1.1.1.	Estado, territorio y soberanía: tres conceptos tradicionalmente indisociables	77
2.1.1.2.	La concepción clásica del Estado en el Derecho internacional clásico: caso Lotus (Francia vs. Turquía)	80
2.1.1.3.	Caso de la Isla de Palmas: dimensión interna y externa de soberanía	81
2.1.2.	El muro fronterizo como un hecho lícito.....	83
2.2.	Hacia la determinación de la ilegalidad de su construcción	86
2.2.1.	Una necesaria reinterpretación del concepto de soberanía	87
2.2.2.	El proceso de humanización del Derecho internacional	89
2.2.3.	Una visión escéptica del proceso de humanización del Derecho internacional... ..	97
2.2.4.	Límites a la soberanía: ¿por qué la construcción de muros fronterizos ya no se puede justificar apelando al dominio soberano de los Estados?.....	99
2.3.	La localización geográfica de un muro: un factor potencial para determinar su ilegalidad	101
2.3.1.	Más allá del muro: cuando la ubicación no es el aspecto más relevante, la aplicación extraterritorial de obligaciones convencionales de derechos humanos	102
2.3.2.	Una mirada hacia las cláusulas de jurisdicción de los principales tratados de derechos humanos.....	105
2.3.3.	La ampliación del concepto de jurisdicción: aportes de la jurisprudencia del TEDH	107
2.3.4.	¿Los Estados tienen control efectivo en la zona fronteriza?	114
3.	CAPÍTULO III: Muros: ¿objetos de regulación bajo el Derecho internacional?	118
3.1.	¿Qué tipos de muros pueden ser abordados desde el Derecho internacional?....	118
3.2.	Muros en situaciones de ocupación: la aplicación principal pero no exclusiva del DIH	119
3.2.1.	Los pronunciamientos de los tribunales internacionales: las sentencias del tribunal supremo israelí y la opinión consultiva de la CIJ	121

3.2.1.1.	Caso Beit Sourik resuelto por el tribunal supremo israelí	123
3.2.1.2.	Caso Mara'abe resuelto por el tribunal supremo israelí	126
3.2.1.3.	Caso Yassin resuelto por el tribunal supremo israelí	129
3.2.1.4.	Opinión Consultiva de la CIJ.....	132
3.2.2.	Aportes de los cuatro pronunciamientos.....	134
3.3.	Otros muros fronterizos	137
3.3.1.	Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro fronterizo: la restricción y eventual vulneración de derechos humanos u obligaciones de Derecho internacional humanitario	137
3.3.2.	¿Es válida la limitación de derechos frente a la construcción de un muro fronterizo?: Restricciones y suspensiones de derechos	138
3.3.2.1.	¿Restricciones legítimas? La aplicación del test de proporcionalidad o ponderación en el Derecho constitucional	144
3.3.2.2.	La restricción de derechos: alcances desde el Derecho internacional	146
3.3.3.	La potencial violación de los derechos del individuo: un análisis desde las obligaciones convencionales adquiridas por los Estados	147
3.3.3.1.	Obligaciones generales en DIDH.....	147
3.3.3.2.	Obligaciones generales en DIH	150
3.3.4.	Derechos humanos que eventualmente podrían ser restringidos o vulnerados con la presencia de un muro fronterizo	153
3.3.4.1.	Obligaciones de DIH que eventualmente podrían ser vulneradas con la presencia de un muro fronterizo	161
3.4.	Consecuencias de la ilegalidad de un muro fronterizo: la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos	174
3.4.1.	Elementos que determinan la responsabilidad estatal: conducta contraria al Derecho internacional y atribución.....	176
3.4.1.1.	El hecho ilícito del Estado: la vulneración de una obligación internacional....	177
3.4.1.2.	La atribución de la responsabilidad a un Estado.....	179
3.5.	Causas excluyentes de responsabilidad internacional: ¿se aplican en el contexto de un muro fronterizo?	182
3.5.1.	Legítima defensa.....	183
3.5.2.	Estado de necesidad.....	189

- 3.6. Tipos de responsabilidad internacional que puede tener un Estado por la construcción de muros fronterizos 193
 - 3.6.1. Individuo – Estado: el rol de las cortes de derechos humanos 194
 - 3.6.2. Individuo – Estado: el rol de los órganos cuasi jurisdiccionales 195
 - 3.6.3. Estado – Estado: un análisis de eventuales demandas interestatales 197
- 3.7. Reparaciones por la construcción de muros fronterizos 199
- Conclusiones..... 203
- Bibliografía 207
- Anexos 227
- Anexo 1: Por la localización de los muros: 227
- Anexo 2: Por el número de muros construidos por continente 227
- Anexo 3: Por los motivos por los que los Estados construyen muros fronterizos, número, porcentaje y detalle por continente 228
- Anexo 4: Por la permanencia de los muros en la actualidad: números y porcentajes 230



Glosario

CADH:	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CAI:	Conflicto Armado Internacional
CANI:	Conflicto Armado No Internacional
CDH:	Comité de Derechos Humanos
CDI:	Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas
CEDH:	Convención Europea de Derechos Humanos
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ:	Corte Internacional de Justicia, o “la corte”
CPA:	Corte Permanente de Arbitraje
CPI:	Corte Penal Internacional
CPJI:	Corte Permanente de Justicia Internacional
Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DIDH:	Derecho internacional de los Derechos Humanos
DIH:	Derecho Internacional Humanitario
DADDH:	Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre
DUDH:	Declaración Universal de los Derechos del Hombre
OIM:	Organización Internacional para las Migraciones
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP:	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNESCO:	Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

Introducción

“The only true borders lie between day and night, between life and death, between hope and loss” (Erin Hunter)

El presente trabajo aborda una problemática que lleva ya larga data y que incluso en la actualidad tiene un eco cada vez más importante: la construcción de muros fronterizos. Quizás el antecedente más reciente y recordado de un muro hostil sea el muro de Berlín, construido entre la República Democrática alemana (RDA) y la República Federal alemana (RFA), pero no es ni de cerca el primero de los muros que se erigen en la historia universal. Basta remontarnos a construcciones que datan desde las murallas de Babilonia, la Gran Muralla China, e incluso el muro de Adriano, hasta la época más reciente en donde se ha constatado que estos se han multiplicado.

Un buen antecedente que da cuenta de esta realidad es la investigación conducida en el año 2016 por la profesora Elisabeth Vallet, la cual evidenciaba la existencia de alrededor de sesenta y tres muros construidos en las fronteras de los Estados¹. Con base en ello, esta investigación ha actualizado dichos hallazgos y se ha verificado que en la actualidad existen cerca de setenta muros construidos en las fronteras de los Estados.

Sin ir muy lejos, en la región americana cada vez se habla con mayor autoridad de la ampliación del muro fronterizo construido en la frontera entre Estados Unidos y México, junto con la agudización de las políticas migratorias entre ambos países y en Centroamérica, que incluyen también la construcción de barreras o alambradas. No obstante, este no es el único muro en la región, existe también un muro construido entre México y Guatemala y, hasta hace casi un año, Ecuador había planificado la construcción de un muro en la frontera con Perú (Huaquillas y Aguas Verdes)², el cual fue finalmente desmantelado por presión diplomática.

¹ Véase más en: Diario *The Washington Post*, “Raising Walls”. Publicado el 12 de octubre de 2016. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/graphics/world/border-barriers/global-illegal-immigration-prevention/>

² Véase más en: IDEHPUCP “Más puentes, menos muros: ¿un revés en la cooperación bilateral con Ecuador?”. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/mas-puentes-menos-muros-reves-la-cooperacion-bilateral-ecuador/>

Este mecanismo de defensa o protección no es precisamente la respuesta que más se alinee a los estándares desarrollados en el campo del Derecho internacional, y más concretamente desde el DIDH y el DIH pues un muro impide en la mayoría de los casos el cumplimiento de obligaciones internacionales por parte de los Estados. En esa línea, la presencia de un número creciente de muros fronterizos en los cinco continentes, interpela a la comunidad internacional en su conjunto, que con la caída del muro de Berlín transitaba de un mundo amurallado hacia un mundo globalizado.

La globalización, como fenómeno, se caracterizó por una aparente interdependencia entre Estados, un flujo creciente de capitales, comunicaciones y personas que, en sumas y restas, terminó beneficiando, casi exclusivamente, a las economías más boyantes, mientras que aquellas más pobres enfrentaron y enfrentan en la actualidad grandes problemas de desigualdad. A partir de ello, esta investigación sostiene que son los propios efectos negativos de la globalización, traducidos en la desigualdad social y económica los que han traído, como consecuencia, varias problemáticas visibles. Dentro de las cuales, esta tesis aborda el terrorismo a escala global; el incremento exponencial de flujos migratorios; y, la delincuencia transnacional. Son precisamente estos factores los que han llevado a los Estados a construir nuevos muros en sus fronteras, de modo que puedan controlar quiénes y qué accede a su territorio, y en consecuencia a endurecer sus políticas en materia de seguridad nacional.

Es precisamente en este contexto que se hace necesario incorporar un análisis jurídico, para comprender la legalidad o no de la construcción de muros fronterizos. Para ello, es fundamental partir de la premisa de que la construcción de estos bloques de concreto no encuentra en el Derecho internacional una fuente o norma que lo prohíba. Este hallazgo podría llevar a la errada conclusión de que no existen consecuencias jurídicas por su construcción. No obstante, en un primer momento, el concepto de responsabilidad internacional por hechos lícitos, permitirá comprender que efectivamente sí pueden ocasionar perjuicio no solo en el medio ambiente sino también en el ejercicio de derechos de los individuos.

Ahora bien, una de las justificaciones que comúnmente utilizan los Estados al abordar la problemática de los muros fronterizos es que estos son construidos dentro de sus propias fronteras y responden, más bien, al ejercicio legítimo del principio de soberanía. Esto debido a que la construcción de muros fronterizos se erige— la mayor parte de las

veces, en el territorio de los mismos Estados. Este análisis, que toma solo en consideración el factor “soberanía”, podría llevar a la errada conclusión de que se encuentran plenamente justificados debido a que pertenecen, en principio, al ámbito de su dominio reservado.

Sin embargo, afirmar lo anterior implicaría partir de una concepción clásica o westfaliana de soberanía estatal, mediante la cual el Estado tiene facultades casi absolutas al interior de sus fronteras, desconociendo el *corpus iuris* de las obligaciones de derechos humanos. En esa línea, las continuas transformaciones globales han obligado a reinterpretar el concepto tradicional de soberanía estatal a la luz de una visión más asociada a lo antropocéntrico, en donde el individuo tiene un rol fundamental por ser sujeto de Derecho internacional.

Es a partir de ello que esta investigación propone dos argumentos por los cuales un muro fronterizo podría ser considerado también como un hecho ilícito. La primera de ellas, es el proceso de humanización y la segunda de ellas corresponde a la aplicación extraterritorial de obligaciones convencionales de derechos humanos.

Con relación al primero, en la esfera internacional se ha empezado a dar una reinterpretación del concepto de soberanía estatal, el cual empieza a ser entendido a partir de la adquisición de nuevas obligaciones en materia de derechos humanos. Esto ha generado lo que Carrillo Salcedo denomina una tensión dialéctica entre soberanía y derechos humanos.

Respecto de la aplicación extraterritorial de obligaciones convencionales de derechos humanos, es fundamental constatar si el Estado tiene o no jurisdicción en el territorio de un tercer Estado. Para ello necesario analizar el contexto particular de cada frontera pues ello permitirá concluir si existen o no afectaciones a los derechos u obligaciones a partir de la presencia de un muro fronterizo.

Teniendo ello presente, esta investigación planteará una clasificación de los tipos de muros que existen en la actualidad. De un lado, los que se han construido en situaciones de ocupación, en donde por tratarse de un conflicto armado se aplica el DIH principalmente, pero también el DIDH; y de otro lado, los muros construidos en el

territorio del propio Estado (u otros muros), sobre los cuales existe una mayor complejidad y más elementos de discusión debido al factor localización.

Cabe destacar que, sobre los primeros, se han evidenciado mayores desarrollos desde el Derecho internacional. Así, la CIJ en la opinión consultiva relativa a las *consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*³ procedió a analizar las consecuencias relativas al ejercicio de derechos humanos en ese contexto específico. Asimismo, distintos pronunciamientos expedidos por el tribunal supremo israelí, también empezaron a dar cuenta de las consideraciones de DIDH y DIH que tenían que respetarse y garantizarse en el contexto del muro fronterizo. Sin embargo, tales pronunciamientos, por su naturaleza y alcance, no permiten tener una visión general del tema pues se enmarcan en un contexto *sui generis*: el de un muro construido bajo un régimen de ocupación.

Teniendo ello presente, debe examinarse el contexto hostil que se erige junto con el muro fronterizo. Sin lugar a duda, existen múltiples consecuencias en el ejercicio de derechos, no solo para quienes se encuentran fuera, sino también para quienes viven dentro del territorio del Estado. En esa línea, el régimen que se constituye con la construcción de un muro, restringe y eventualmente podría contravenir ciertas obligaciones en materia de DIDH y de DIH.

Solo por citar un ejemplo, entre las obligaciones que podrían verse conculcadas, se encuentran aquellas vinculadas con la protección de solicitantes de asilo y refugiados. El principal problema que se percibe es que un muro impide el respeto de consideraciones esenciales de derechos humanos como el principio de prohibición de rechazo en frontera, la no devolución, y el acceso a un debido proceso a las que debe sujetarse una persona que busca ingresar al territorio de un Estado en búsqueda de protección internacional. Así como este, se presentarán múltiples ejemplos que dan cuenta de situaciones de restricción o vulneración de derechos, que ocurren no solo en el territorio del Estado que construye el muro, sino que podrían consumarse incluso fuera del mismo.

³ Véase más en: CIJ, Opinión consultiva A/ES-10/273 “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”. Año 2004

Ahora bien, una vez conocidos los derechos restringidos o que eventualmente pueden ser vulnerados, se estudiarán las consecuencias jurídicas, puntualmente cuando los derechos u obligaciones en cuestión se encuentran contenidas en fuentes convencionales. De esta manera, se analizará la eventual responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

Existen pues, distintas maneras bajo las cuales se puede determinar que un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional. Están, por ejemplo, los tribunales de derechos humanos, los tribunales que conocen controversias exclusivamente entre Estados como la CIJ o algún tribunal arbitral *ad hoc*, y, finalmente, los órganos cuasi jurisdiccionales como los Comités de Naciones Unidas. Todos ellos, en base a las competencias que ostenten, pueden determinar si un Estado es responsable internacionalmente, y establecer cuáles serán las reparaciones que debe asumir por la construcción de un muro fronterizo.

En suma, se puede afirmar que las consecuencias de un muro fronterizo pueden ser analizadas desde múltiples aristas, dentro de las cuales la perspectiva jurídica cobra un rol fundamental por el impacto directo que tiene en el ejercicio de los derechos humanos. Así, la principal propuesta que realiza esta tesis es que un muro fronterizo sí puede ser ilegal si se toma en consideración el proceso de humanización, y la localización del muro que, sin perjuicio de encontrarse en el territorio del propio Estado, demanda del mismo la aplicación del *corpus iuris* de obligaciones del otro lado de la frontera. Precisamente el estudio de los alcances del término jurisdicción será útiles para determinar si el Estado puede o no desplegar sus obligaciones en materia de DIDH y DIH en la zona fronteriza, específicamente del otro lado del muro, en el territorio del otro Estado.

La hipótesis que plantea esta investigación es que, en determinados supuestos, la construcción de un muro fronterizo restringe y eventualmente puede vulnerar disposiciones de Derecho internacional, en particular aquellas relacionadas con la protección del individuo. Se ha optado por analizar los derechos y obligaciones que se encuentran contenidas en fuentes convencionales, como el PIDCP y otros instrumentos regionales, así como sus respectivas cláusulas de jurisdicción, a fin de determinar si efectivamente son aplicables fuera del territorio del Estado que construyó el muro fronterizo. De esta manera, se podrá abordar la eventual responsabilidad internacional

del Estado pues las vulneraciones a derechos u obligaciones surgidas a partir de la construcción del muro fronterizo podrían serles atribuibles.

Entre tanto, los objetivos que esta investigación propone están relacionados con (i) plantear los antecedentes histórico – sociales de la construcción de muros fronterizos con la finalidad de corroborar que no se trata de un proceso actual; (ii) evidenciar el estado actual de la construcción de muros fronterizos en el mundo a fin de señalar que, como fenómeno aún actual, debe de ser analizado desde el campo del Derecho internacional, (iii) poner de manifiesto que no existe un marco jurídico que prohíba o regule la construcción de muros en las fronteras; (iv) plantear que la ilegalidad de la construcción de un muro surge a partir de dos factores: el proceso de humanización y la aplicación extraterritorial de obligaciones convencionales de derechos humanos; (v) identificar qué derechos u obligaciones contraídas por los Estados se podrían ver restringidas o vulneradas por la construcción de un muro fronterizo; (vi) y, finalmente, analizar su eventual responsabilidad internacional por hechos ilícitos.

La metodología seguida en esta investigación se ha abordado desde la dogmática con orientación hacia otras disciplinas, como la historia y las ciencias sociales, principalmente. Esto debido a que el contexto de un muro fronterizo demanda un análisis *in situ* que excede las posibilidades del Derecho. Dicho en otras palabras, la presente investigación abordará la perspectiva jurídica sin descuidar los valiosos aportes que desde otras disciplinas han contribuido con el desarrollo del tema de investigación.

Las herramientas metodológicas que se utilizarán serán cuantitativas y cualitativas. Respecto de las primeras, se presentará una matriz que muestre el actual estado de la cuestión, es decir, que evidencie el número de muros construidos, el continente y las fronteras entre las que se encuentran, el año en que se dispuso su construcción, el gobierno o autoridad que ordenó su construcción, y finalmente, el motivo por el que se construyeron dichos muros.

En relación a la herramienta cualitativa, se propone el estudio de diferentes fuentes jurídicas de Derecho internacional, así como de los pronunciamientos de distintos tribunales de alcance universal, como la CIJ, y tribunales nacionales. Del mismo modo, se incluirán pronunciamientos de órganos de Naciones Unidas como la Secretaría General, la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y otros que resulten pertinentes

para fortalecer la hipótesis planteada, por ejemplo, la CDI y su Proyecto sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. También se estudiarán otros informes jurídicos emitidos por los propios Estados, lo cual permitirá enriquecer la investigación pues confrontará la hipótesis con información que proviene desde una perspectiva distinta. Por último, se incluirán fuentes doctrinales que permitirán dar mayor solidez a los planteamientos propuestos.



Agradecimientos

Quiero agradecer, en primer lugar, a Dios por guiarme en cada paso que doy.

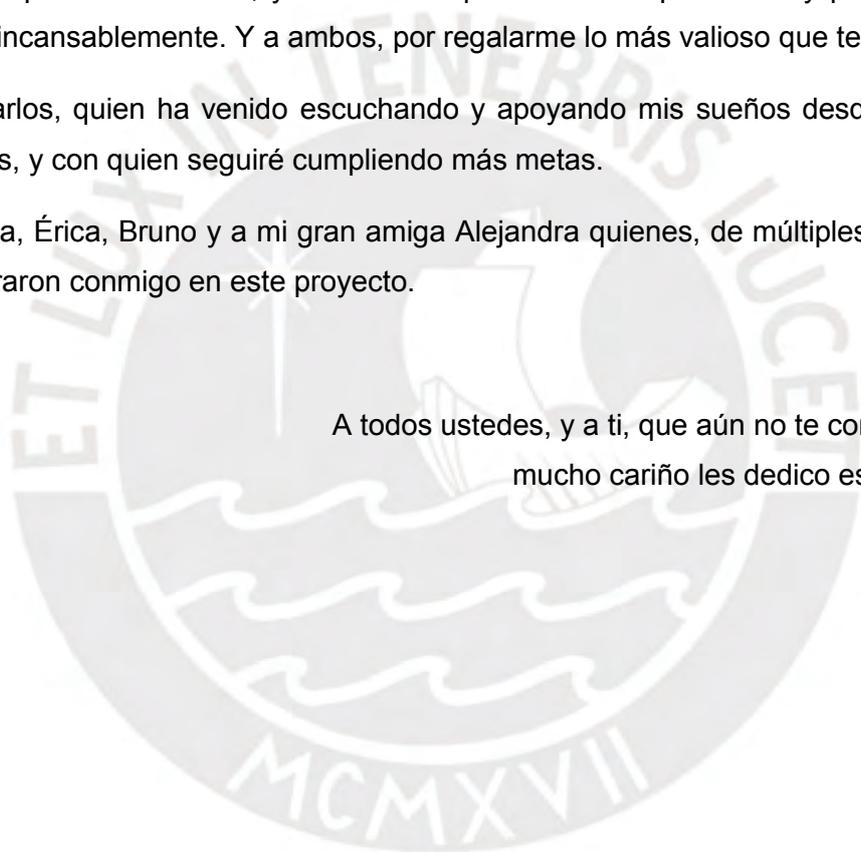
A la doctora Elizabeth, mi asesora de tesis y el mayor referente en el Derecho internacional que tengo. A ella mi más profunda admiración, agradecimiento y estima por cada una de las oportunidades y confianza brindadas en estos años. Sin ella, este trabajo no sería posible.

A mi familia: Mirko, Patty y mi hermana Nicole, quienes con paciencia y amor me han acompañado en este camino. Gracias a mi papá por llenarme de valor y fortaleza para asumir siempre nuevos retos, y a mi mamá por creer siempre en mí y por haberme sostenido incansablemente. Y a ambos, por regalarme lo más valioso que tengo: la fe.

A Juan Carlos, quien ha venido escuchando y apoyando mis sueños desde hace ya varios años, y con quien seguiré cumpliendo más metas.

Y a Cristina, Érica, Bruno y a mi gran amiga Alejandra quienes, de múltiples maneras, se involucraron conmigo en este proyecto.

A todos ustedes, y a ti, que aún no te conozco, con mucho cariño les dedico este trabajo.



1. CAPÍTULO I: La construcción de muros: una aproximación histórica sobre este fenómeno

El presente capítulo tiene como objetivo presentar el fenómeno de la construcción de muros fronterizos a lo largo de la historia y en la actualidad. Para ello, se planteará, en un primer momento, cuáles han sido los principales muros construidos a lo largo de los años, el contexto en el que se construyeron y sus principales justificaciones.

En un segundo momento, se propondrá el estado de la cuestión sobre la construcción de muros fronterizos en la actualidad y se evidenciarán las principales razones que se fundamentan. Como se verá, estas razones responden principalmente a la defensa del territorio nacional frente a una posible agresión externa; evitar la inmigración; frenar la delincuencia transnacional y en menor medida la protección de recursos naturales. Cabe destacar que muchos de los muros comparten más de una razón.

Finalmente, se abordará cómo la construcción de muros fronterizos en la actualidad contradice los propósitos del fenómeno de la globalización, que apuesta por la apertura el intercambio y la interdependencia entre Estados. Sin embargo, como se analizará, los muros fronterizos en la actualidad son también una consecuencia de los cambios que impulsó el fenómeno de la globalización, pues distintos aspectos como la denominada “guerra contra el terrorismo” y la migración masiva, hicieron que los Estados refuercen el control fronterizo mediante la imposición de diversos mecanismos.

1.1. Muros y otros objetos de división

A modo de introducción, resulta importante abordar la problemática de la construcción de muros fronterizos desde la complejidad de su denominación. Esto por dos motivos, el primero de ellos porque facilita el análisis acerca de cuáles son los objetos físicos (o incorpóreos) que dividen una frontera, y el segundo porque permite comprender la percepción que sobre ellos se tiene. En ese sentido, conviene delimitar qué es lo que se entenderá como “muro fronterizo” a lo largo de la investigación, y cuál será, en adelante, la denominación que se utilizará.

Al respecto, existen múltiples definiciones utilizadas cuando se abordan los distintos objetos físicos que dividen fronteras. Entre las más comunes se encuentran: cercas,

vallas, túneles, zanjas, alambradas o barreras. Para los propósitos del análisis jurídico que se conducirá en esta investigación, a todas ellas se hará referencia de manera sinónima, y se empleará la denominación “muro” en alusión a aquellos objetos físicos (solamente) que se hayan construido con el objetivo impedir el ingreso o circulación de personas o bienes hacia el espacio territorial de otro Estado. El término "muro", entonces, se utilizará como allocución para hacer referencia todos los conceptos previamente mencionados, los cuales se caracterizan, en su mayoría, por contar con estructuras de concreto que sirven para separar unos de aquellos. Vallet describe algunos patrones comunes de muros fronterizos al señalar que:

Estas barreras, se encontrarán en ocasiones flanqueadas por caminos de circunvalación y senderos patrulleros; en otros casos, serán divisiones equipadas con sensores de ruido y movimiento, igualmente podrán estar rodeadas de campos minados, o vigiladas por cámaras infrarrojas. Los muros consagran la oposición sugerida por algunos estudiosos entre fronteras blandas, definidas como fronteras abiertas, porosas e inclusivas, y fronteras duras, cerradas, impermeables y excluyentes (2014: 2). [Traducción propia]

Ahora bien, en el Derecho internacional, la acepción “muro” es la que se ha empleado comúnmente para denominar a los objetos de división construidos en las fronteras de los Estados. Esto ha sido señalado explícitamente por la CIJ en la opinión consultiva relativa a las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. En este documento jurídico, la corte señaló que un muro “es una obra compleja, por lo que el vocablo no puede entenderse en su estricto sentido físico, solamente”. Ciertamente un muro, en el sentido amplio del término, podría aludir a cualquier medio que tenga como intención separar, dividir, distinguir o excluir. No obstante, en términos prácticos, será de utilidad conocer cuáles de dichos muros han sido forjados con estructuras de concreto, porque de ellos –hay completa seguridad-, impiden el tránsito, y su sola presencia podría configurar la restricción y eventual vulneración de ciertos principios y derechos elementales, como se estudiará en los siguientes capítulos.

Por lo tanto, se optó por utilizar la terminología empleada por la Asamblea General, es decir, “muro”. En ese sentido, la CIJ, al describir el muro construido en territorios ocupados palestinos indicó que:

82. (...) Las obras terminadas o previstas han producido o producirán instalaciones que comprenden fundamentalmente lo siguiente:

- 1) Una valla de sensores electrónicos;
 - 2) Una zanja de hasta 4 metros de profundidad;
 - 3) Una carretera asfaltada de dos carriles para patrullas;
 - 4) Un camino de arena allanada para detectar huellas, que discurre en paralelo a la valla;
 - 5) Seis rollos de alambre de púas apilados para marcar el perímetro de las instalaciones.
- Las instalaciones tienen un ancho de 50 a 70 metros, y alcanzan hasta 100 metros en algunos lugares. Se podrán añadir "barreras de profundidad" a las instalaciones. [Esto último corresponde a la descripción del muro construido en territorios ocupados palestinos]

En consecuencia, la acepción muro, para la CIJ alude no solo a una estructura de concreto sino también a las diversas formas de división que se erigen en una frontera. Frente a esta postura sostenida por la corte, debe señalarse también la negativa de algunos Estados de utilizar la denominación "muro", principalmente por la carga peyorativa que este término supone. En el marco de la mencionada opinión consultiva de la CIJ, distintos Estados presentaron informes jurídicos, algunos de ellos sosteniendo que utilizar el término "muro" no era apropiado y que, por el contrario, debería emplearse "barrera de separación". En particular, uno de los Estados involucrados, Israel, arguyó que:

2.7 El uso del término "muro" en la resolución de Asamblea General no es una casualidad o un descuido, por el contrario, esto refleja una campaña mediática calculada para mostrar connotaciones peyorativas a la corte, acerca de grandes construcciones de concreto destinadas a dividir, tales como muro de Berlín, con la intención de detener a personas que escapan de un régimen tirano. La realidad, sin embargo, es completamente diferente (...). Esta barrera, que en su mayor parte comprende un sistema de vallas de alambre, con acceso y puntos de control y acceso, tiene como objetivo lograr la seguridad (...) Ningún objetivo está asegurado, como atestiguan tristemente los ataques suicidas.

2.8. (...) Israel utilizará el término "cerca" para describir la barrera en términos generales y los términos "valla" o "muro" según sea apropiado al contexto para describir elementos particulares de la barrera. [Traducción propia]

Ello evidencia, no solo la multiplicidad de nomenclaturas que los Estados asignan a los diversos objetos de división fronteriza, sino también la implicancia de tal denominación

para una comunidad particular de personas. De esta manera, desde la academia, concretamente desde las ciencias sociales, se ha problematizado en torno al uso de la terminología adecuada. Por ejemplo, algunos autores señalan que el término “muro de separación” ha sido diversamente descrito como “cerca de seguridad”, pero esta denominación no es la más apropiada porque responde a una visión estrictamente técnica y despolitizada de un muro.

También, se ha utilizado “barreras de separación”, sin embargo, esta forma tampoco resultaría apropiada porque dicha estructura de concreto no solo cumple la función de separar, sino que vuelve invisible e incluso excluye al que se encuentra del otro lado, despojándolo del ejercicio de derechos – en muchos casos. Y, finalmente, se le ha designado “muro del apartheid”, empero, esta definición implica una asimilación al contexto acontecido en Sudáfrica antes de 1994 (Alatout, 2009: 967), situación difícilmente asimilable a todos o a la gran mayoría de contextos en donde se ha construido un muro.

Junto con ello, otro factor que debe considerarse es que el nombre que se le atribuye a un objeto no deriva solamente de su realidad material u objetiva, sino que parte de un proceso de creación social, que anticipa y trasciende lo jurídico. Esto quiere decir que se forma a partir de las consideraciones que los distintos grupos humanos vayan forjando sobre este a partir de su percepción. Por lo tanto, dotar de un nombre es el resultado de un proceso humano de creación, de significado, de comprender cómo las personas interactúan y qué es lo que entienden a lo largo del tiempo, en un contexto geográfico, político y social particular.

En ese orden de ideas, las denominaciones no son sino lo que los individuos entienden y perciben sobre un hecho concreto que los afecta de manera particular, y los significados y funciones tienen o les atribuyen (Regan, 2016: 2). De ahí que, por ejemplo, para el Estado de Israel la denominación “muro” envuelva una carga peyorativa similar a la que entrañaba el muro en Berlín, cuya principal característica partió de un sentido radical de pertenencia y exclusión al otro.

Finalmente, aunque pueda parecer una aseveración axiomática, ciertamente el significado acuñado a las distintas estructuras físicas ha sido atribuido por personas. Por ello, detrás de las distintas categorizaciones, es posible identificar un sinnúmero de

factores de orden social, político e incluso psicológico que explican cómo la construcción de un muro es percibida por quienes viven en ese determinado contexto.

1.2. Fronteras: ¿espacios de confluencia o de separación?

Usualmente el término frontera se utiliza como sinónimo de demarcación, obstáculo, separación e incluso auto identificación. Pocas son las veces en las que este término se entiende a esta como un punto de encuentro, reunión y enriquecimiento recíproco. De hecho, con la apertura que brinda la globalización, el concepto fue volviéndose más elástico; sin embargo, como se estudiará más adelante, ha habido un retorno a una concepción de frontera hermética.

Abordar la problemática de la frontera requiere partir de la premisa de que existe una relación de poder en un espacio determinado, pero también un espacio de confluencia en el que se tiene el potencial de crear vínculos. “En ambos escenarios la frontera es una construcción artificial creada por la experiencia humana sobre un territorio determinado” (Amilhat Szary, 2013: 2). Esta división no viene predeterminada, sino que es creada, moldeada y construida por el ser humano y posteriormente reafirmada o legitimada por el Derecho. En esa medida, en principio, una frontera es bilateral, su curso es definido por los Estados limítrofes y regido por acuerdos o tratados.

Las fronteras, así como los muros han estado presentes desde antes de la formación y consolidación de los Estados. A modo de repaso histórico, no es sino hasta la era posterior a la paz de Westfalia, evento que puso fin a treinta años de conflicto, que estas empezaron a delimitarse de manera más formal, trazando límites entre los territorios de los Estados. Con esta concepción, surge la consolidación de la soberanía sobre un espacio determinado, lo cual originó las “distintas luchas por la conquista de territorio y de grupos humanos para el desarrollo progresivo de los Estados” (Diesbach, 2002: 17-18). Las fronteras fueron, en muchos de los casos, el resultado del acuerdo tras un periodo bélico.

Sin lugar a dudas, se puede afirmar que la frontera, a partir de la era moderna, empieza a estar estrechamente relacionada a conceptos como Estado, territorio, población y soberanía. Esto significa que no puede concebirse un Estado sin frontera, ni una frontera sin Estado, y desde luego se necesita un territorio en el que esta frontera pueda ser

demarcada y una población que dote de sentido a este límite (Zapata Barrero, 2012). Existe una fuerte dinámica e interrelación entre estos elementos constitutivos de un Estado. Entonces, es a partir de la frontera, delimitada por el Derecho, que los Estados tienen la prerrogativa de desplegar su soberanía y hacer ejercicio de su poder.

Advertido ello, la definición más elemental de frontera alude a un espacio meramente geográfico: “una frontera es el confín de un Estado” (Real Academia Española). Analizar la frontera desde este paradigma es constreñirla a una “realidad estática, inamovible e innegociable, basada en una línea física territorial” (Zapata Barrero, 2012: 41). Esta noción primigenia y asentada también en la constitución de Estados soberanos, muestra cómo la frontera ha sido tradicionalmente asociada a una concepción estrictamente territorial, marcando un límite, distinguiendo el territorio de unos y de otros. Esta concepción tradicional y estrecha resulta insuficiente para el análisis sobre el significado de frontera y las consecuencias jurídicas que se examinarán a partir de la construcción de muros en dichos espacios.

Al igual que la referencia realizada sobre los muros, los cuales podrían llegar a ser también incorpóreos e imperceptibles o, por el contrario, constituirse en grandes bloques de concreto como los que se estudiarán en la presente investigación; la frontera podría trazarse como una barrera imaginaria, pactada tácitamente, o bien encontrarse delimitada por accidentes geográficos, como montañas, ríos o mesetas. Pero no solo por ello, sino también podría estar definida jurídicamente por acuerdos entre distintos Estados⁴. De esta manera, estos podrían construir objetos o emplear tecnología que facilite la división entre los espacios geográficos que corresponden a un Estado y a otro. No cabe duda que dichos objetos divisorios podrían fungir, en muchas ocasiones, como muros de concreto que impidan el contacto, el tránsito y las dinámicas entre comunidades de personas.

Debe tenerse presente que las dinámicas que se desarrollan en las zonas fronterizas estarán marcadas por las diferencias o similitudes que existan entre los Estados entre las que se encuentran. Por ejemplo, habrá aquellas cuyo eje de interacción será económico, mientras que otras serán espacios más sensibles por la presencia de un conflicto. En esa línea, se puede afirmar que la frontera es un escenario de constante

⁴ Si bien podría estar definida por grupos humanos distintos, que no conforman un Estado, para efectos del estudio, se abordará la delimitación jurídica, es decir el límite entre dos o más Estados

actividad, que se regirá de acuerdo a diversos factores como el tamaño de los Estados, su relación política, sus niveles de desarrollo económico, social, e incluso cultural, por solo mencionar algunos.

A ello, debe sumársele que el fenómeno de la globalización, en cierta medida, agilizó el intercambio e interacción entre Estados. Puede señalarse, por lo tanto, que algunas fronteras han tendido más hacia la convergencia que hacia la divergencia, como las fronteras de los Estados que conforman la Unión Europea, muchos de los cuales comparten un espacio libre de controles fronterizos, denominado “Zona Schengen”. Sin embargo, esta afirmación categórica conoce también de excepciones, ya que existen situaciones complejas y conflictivas que se suscitan en distintas zonas del hemisferio, las cuales hacen que las fronteras vecinas se encuentren en un Estado de interacción restringido (Martínez, 2001), y desde luego, más estrecho. Uno de los ejemplos más claros es el de la frontera entre Corea del Norte, bajo el régimen de Kim Jong-Un, y la de Corea del sur, gobernada por Moon Jae.

Advertido ello, existen distintos tipos de clasificaciones en torno a las fronteras. Martínez propone una sistematización de cuatro modelos que se sustentan a partir de las dinámicas transfronterizas y las fuerzas que las producen. En esa línea, plantea la existencia de (i) fronteras alienadas, (ii) fronteras coexistentes, (iii) fronteras interdependientes, y (iv) fronteras integradas:

El modelo de fronteras alienadas se refiere al espacio en el que día a día, el intercambio es prácticamente inexistente debido a condiciones extremadamente desfavorables como la guerra, las divergencias políticas, el creciente nacionalismo, la animosidad ideológica, las disputas religiosas, la disimilitud cultural y la rivalidad étnica. Dichos factores constituyen las causas principales de tal alienación, y este clima lleno de tensión interfiere e impide que las poblaciones locales puedan estrechar vínculos de cooperación (2001). [Traducción propia]

Algunos ejemplos de este tipo de frontera son el de Argelia y Libia en donde constantemente se despliegan fuerzas militares para controlar la posible filtración de personas que cometen actos terroristas. Otro ejemplo es la frontera de Marruecos con el Sahara Occidental, que puede ser clasificada como alienada ya que desde 1976, año en que España se retira de este último territorio, empieza un nuevo conflicto entre el Frente Polisario, forjado como Movimiento de Liberación Nacional en el Sahara

occidental, y Marruecos, el cual persiste hasta la fecha. De otro lado, Martínez señala que existen fronteras coexistentes, las cuales:

Surgen entre Estados fronterizos adyacentes cuando ambos reducen el nivel de conflictividad existente en la frontera a un nivel manejable. Un escenario que refleja la evolución de un periodo de alienación a otro de coexistencia es cuando una disputa sería resuelta por dos Estados-nación en la medida en que las relaciones internacionales son posibles, pero no al punto de permitir una interacción transfronteriza significativa (2001). [Traducción propia]

Ejemplo de este tipo de frontera es el caso de India y Pakistán que, desde su partición en 1947, ha sido objeto de tensiones y disputas, principalmente en el puesto fronterizo de Wagah. No obstante, el paso del tiempo y la creciente dinámica comercial ha permitido, al menos, el tránsito de personas.

Sumado a ello, se hace referencia al modelo independiente. Dicho modelo hace alusión a un clima de mayor estabilidad entre ambos espacios: “la complementariedad económica y social fomenta una mayor interacción transfronteriza, que conduce a la expansión de las fronteras. Esto lleva a que ambos Estados mantengan relaciones amistosas y cooperativas” (Martínez: 2001).

Un modelo no tan lejano que hace referencia a este tipo de relación es el de Perú y Chile, Estados que comparten una fuerte cooperación bilateral manifestada en el Acuerdo de Libre Comercio suscrito en el año 2006, que entró en vigencia en el año 2009. Debe señalarse que, a pesar de que la controversia marítima fuera llevada a la jurisdicción de la CIJ, ambos Estados cooperaron también en la ejecución del fallo dictaminado, trabajo que comenzó a menos de un mes de emitido.

Finalmente, Martínez presenta el modelo de fronteras integradas en donde “la estabilidad es fuerte y permanente. En este paradigma, las economías de ambos países se fusionan funcionalmente y hay movimiento irrestricto de personas y bienes a través de la frontera, las cuales son percibidas como miembros de un sistema social” (2001). Un ejemplo que representa adecuadamente este modelo es el caso de Brasil y Uruguay, Estados que comparten frontera territorial, en donde los individuos que habitan ahí se encuentran tan integrados que el límite espacial queda erosionado por las actividades e interacción dinámica y permanente. Entre los resultados de la Nueva Agenda de

Cooperación y Desarrollo Fronterizo que plantearon ambos Estados, se encuentra la aprobación en el año 2002, del “Acuerdo sobre permiso de residencia, estudio y trabajo para los nacionales fronterizos uruguayos y brasileños”⁵, que facilita la concesión de un documento especial fronterizo para brasileños y uruguayos domiciliados en las localidades vinculadas a dicho acuerdo. Esto ha permitido que las personas que se encontraban en situación irregular puedan vivir, estudiar, trabajar y tener acceso a la seguridad social en la zona fronteriza (Clemente, 2010: 179).

Esta clasificación de modelos de fronteras, junto con los ejemplos planteados, permite contrastar la multiplicidad de hechos y dinámicas que transcurren en zonas limítrofes. En esa medida, existen espacios en los cuales resulta más complejo fomentar un ámbito de cooperación por la constante tensión o conflicto entre Estados, mientras que en otros espacios fronterizos, el intercambio comercial y económico permite distender las tensiones generadas y favorece un clima de relativa neutralidad.

Asimismo, existen fronteras en las cuales la estabilidad es aún mayor, y esto permite un mejor clima de integración y relación entre Estados y sus nacionales. De igual forma, ha facilitado que los espacios fronterizos se conviertan en zonas permeables, de mayor acceso, intercambio y tránsito, el cual permite una mayor fluidez entre las personas. Como apunta Zapata Barrero, “las fronteras territoriales han dejado de ser entendidas como meras líneas fijas geográficas y comienzan a ser dimensionadas como un resultado de un proceso dinámico, como una realidad construida política y socialmente y en permanente cambio en cuanto a su gestión de la movilidad humana” (2012: 40).

Sin embargo, esta apertura de fronteras actualmente se enfrenta a una gran paradoja: la construcción de muros de división que exaltan la tradicional soberanía de los Estados y excluyen a los que no pertenecen a una nación. En este contexto, el muro construido de manera unilateral interpela el discurso de fronteras abiertas que abandera la globalización, imponiendo una separación física entre unos y otros.

⁵ Véase más en: Acuerdo sobre permiso de residencia, estudio y trabajo para los nacionales fronterizos uruguayos y brasileños. Disponible en: <http://www.mrree.gub.uy/frontend/page?1.inicio.ampliacion-tratados.O.es.0.PAG;CONC;101;11;D:acuerdo-sobre-permiso-de-residencia-estudio-y-trabajo-para-los-nacionales-fronterizos-uruguayos-y-brasilenos;1;PAG;>

Ahora bien, no solamente la historia y las dinámicas constantes vinculadas a conquista de territorios, conflictos armados o colonización han determinado qué es una frontera. Debe enfatizarse que, también en el ámbito de lo jurídico, estas han tenido un impacto pues sitúan “un elemento del Estado en el centro de atención: el territorio” (Infante, 2016: 61).

En ese sentido, estas han sido definidas como los espacios de límite respecto de la potestad del Estado. Como señala Novak, “las fronteras señalan aquella porción del espacio terrestre que se haya bajo una determinada competencia estatal, dicho en otras palabras, la noción de frontera tiene el significado de límite de la competencia del Estado, encierra el territorio dentro del cual el Estado ejerce su poder y marca el fin espacial de sus atribuciones” (2001: 179).

Con ello presente, importa señalar que la determinación de las fronteras terrestres tiene dos etapas:

La primera, la delimitación, es el momento de decisión política de establecer el límite territorial entre dos Estados, y determinar por qué puntos o accidentes esta frontera discurre. La segunda es la demarcación, y se trata de una operación material y técnica que consiste en llevar la delimitación al terreno inspeccionando el territorio, realizando las mediciones y levantamientos topográficos necesarios, y por último señalando los puntos por donde pasa la frontera con elementos visibles (Novak, 2001: 181). [Énfasis propio]

Estos elementos visibles que se colocan en el territorio son denominados “hitos” o “mojones”, que no son otra cosa que postes de piedra o señales que se insertan en el suelo y cuyo significado es que ahí acaba el territorio de un Estado y empieza el de otro. Este proceso de demarcación, por lo general, se encuentra establecido en el tratado que dispone cuáles son las fronteras entre dos Estados, y es ejecutado por Comisiones conformadas por expertos.

A modo de cierre, no cabe duda de que las fronteras pueden ser estudiadas desde múltiples aproximaciones, siendo la perspectiva jurídica, conjuntamente con la cartográfica, sumamente útiles para determinar los límites exactos del territorio o dominio de cada Estado. Esto, como se verá en los siguientes capítulos permitirá el despliegue de su soberanía.

1.3. Aproximación histórica: las formas más tradicionales de defensa de los Estados

El levantamiento de muros fronterizos no es un hecho o fenómeno reciente, por el contrario, data incluso de siglos antes de Cristo y da cuenta que, desde tiempos remotos, la noción de defensa y protección territorial estaba presente entre los diferentes grupos de personas. En este acápite, se explicará cómo a lo largo de la historia la construcción de muros fronterizos ha ido extendiéndose entre las comunidades, naciones y Estados, limitando la circulación de personas y bienes y justificándose en la protección del territorio a fin de evitar invasiones o conquistas. Para ello, se presentarán como antecedentes solo algunos de los muros más emblemáticos construidos en la historia.

1.3.1. Las murallas de Babilonia

Entre los primeros muros de la historia destacan las murallas de Babilonia, que actualmente cubrirían el área geográfica que se extiende desde el Golfo Pérsico hasta Irak. Estas murallas fueron construidas en los reinados de Nabopolar, Nabucodonosor II y Nabonido, y datan del siglo VIII al V a.c. La justificación de su construcción era precisamente el resguardo de la ciudad frente a amenazas externas. Como señaló el propio Nabucodonosor II:

(...) para que el frente de la batalla no se aproxime a Imgur-Enlil, algo que ningún rey había hecho antes que yo, alrededor de la periferia oriental de Babilonia, he construido un muro fuerte. Yo excavé el foso y el muro de paramento del foso con betún y ladrillos cocidos, lo construí tan alto como una montaña (Montero, 2012: 175).

El conjunto de murallas que discurrían en el imperio Babilonio, contaban con una doble protección, es decir, estaban compuestas por murallas interiores. La función principal de esta era resguardar la parte nororiental de la ciudad, lo cual incluía la residencia de verano del rey Nabucodonosor. Precisamente se hizo en dicha área porque los ataques de eventuales enemigos podrían asomarse desde el norte y desde el este.

De acuerdo a la descripción proporcionada por el historiador griego Heródoto, la ciudad contaba con dos murallas interiores que culminaban en el río Éufrates, las cuales juntas

hacían una gran muralla de más de veinte metros de espesor. Sin embargo, sólo la cara exterior de la muralla estaba construida de ladrillos, la anchura de la muralla permitía el tránsito de carros y su altura era de unos noventa metros. Las medidas que da Heródoto traducidas a metros son 24,9 de ancho y 88,80 m de altura. Delante de la muralla corría un foso cubierto con agua. La muralla interior se llamaba Imgur-Enlil, y la exterior Nimid-Enlil. De esta manera, por uno y otro lado de la ciudad, la muralla se ve prolongada en ángulo hasta el río y, a partir de su confluencia, se extendían, a lo largo de las dos orillas del mismo, los mencionados contramuros interiores (Blázquez, 2003: 21).

1.3.2. La Gran Muralla China

Otro de los muros más conocidos por su longitud y significancia es la Gran muralla China, cuya construcción fue ordenada por el emperador Qin Shi Huangdi en el año 215 a.c., sin embargo, algunos historiadores señalan que dicho emperador habría continuado el legado de defensa de gobernantes anteriores. Las sucesivas dinastías de los “Han”, y principalmente de los “Ming” continuaron y ampliaron su extensión (Shelley, 2015: 92, 93). Sobre su longitud no existe consenso entre los autores, algunos señalan que habría alcanzado los 6.400 kilómetros, otros 8.851,8 kilómetros, no obstante, un reciente estudio llevado a cabo por la Oficina nacional de Patrimonio Cultural (SACH por sus siglas en inglés) y la antigua Oficina Estatal de Topografía determinó en el año 2012 que dicha construcción bordearía los 21.916,18 kilómetros en total, atravesando desiertos, pastizales, montañas y mesetas de al menos quince regiones o provincias⁶.

Este gran proyecto, declarado patrimonio de la humanidad por UNESCO en el año 1987, fue construido en casi 2000 años y aproximadamente un millón de personas trabajaron incesablemente para culminarlo, muchas de las cuales fallecieron debido a las duras condiciones laborales. Entre los que trabajaron en su construcción figuraban desde soldados hasta campesinos obligados a abandonar sus cultivos y desplazarse al norte para cumplir las órdenes del Emperador hasta condenados por infringir la ley (O’Neill, 2009: 46).

La finalidad que motivó el levantamiento de una muralla de semejante magnitud fue esencialmente la necesidad de proteger y defender el imperio frente a eventuales

⁶ Véase más en: “State Administration of Culture Heritage”. En The State Council. Disponible en: http://english.gov.cn/state_council/2014/10/06/content_281474992893400.htm

ataques o invasión de tribus nómades que provenían del norte, es decir de Mongolia. De esta manera, se instalaron puestos de vigilancia que sirvieron como mecanismo de control y alerta para el ejército chino; a su vez, la accidentada geografía por la que discurría el muro, permitía un mayor control y despliegue de soldados. Por tales motivos, se previó que las dimensiones de esta muralla, alcanzaran los nueve metros de alto y tuviesen un grosor de seis metros, a efectos de que pudiesen instalarse puestos de vigilancia (O'Neill, 2009).

Pese a los propósitos de defensa con los que había sido construida dicha muralla, ello no evitó que China fuese invadido en sucesivas oportunidades. Así, entre los años 1271 a 1368 d.c., los mongoles utilizaron esta vía para ingresar a China e instaurar la conocida dinastía "Yuan". También por ahí entraron tribus provenientes de Manchuria, que formaron la última dinastía "Qing" en los años 1644-1911 d.c., que perduraría hasta el establecimiento de la República de China en 1912 (O'Neill, 2009: 88).

La Gran Muralla ha dejado un impacto en el desarrollo de China hoy en día, yendo incluso más allá de los propósitos para los cuales se construyó. Ciertamente, "esta construcción ha creado diferencias sociales permanentes, enraizadas en las antiguas divisiones entre aquellos habitantes de la estepa pastoral vecina y los que vivían dentro de China, incluso hay evidencias recientes de que la muralla ha causado una diferenciación genética significativa entre las especies vegetales que habitan a cada uno de sus lados" (Carlisle, 2007: 58).

1.3.3. La Muralla de Gorgan

Otra muralla que debe ser destacada es la de Gorgan, o también conocida como Muralla de Alexander, ubicada en la provincia de Golestán, al noreste del actual territorio de Irán, pero abarcó también el territorio del moderno Iraq, que se extendía en las montañas del Cáucaso en el noroeste y en el Asia central y el subcontinente hindú en el este. Su construcción fue llevada a cabo en la época posterior a la Gran Muralla China. Sobre la fecha de su construcción no existe consenso:

Hasta hace poco, nadie sabía quién había construido dicho muro, algunas teorías sostenían que había sido Alejandro Magno, quien la ordenó en el siglo IV a.c., otros señalan que fue el rey persa Khusrau I en el siglo VI d.c. Sin embargo, la mayoría de investigadores ha establecido como fecha de construcción el siglo II o I a.c. De acuerdo

a estudios científicos, se ha demostrado que el muro fue construido en el siglo V, o posiblemente el siglo VI d.c., por los persas sasánidas, que fue una poderosa dinastía persa ubicada en Irán, y que se extendió desde el actual territorio iraquí hasta el sur de Rusia, Asia Central e incluso Pakistán (Sauer, 2014).

Este muro, conocido como la serpiente roja de Irán debido al color del material empleado para su construcción, fue erigido con la intención de defender la región de Gorgan de distintas tribus nómadas centroasiáticas. Para tales propósitos, su extensión fue hasta de 195 kilómetros de longitud, aproximadamente, constituyéndose en el muro defensivo más largo, después de la Gran Muralla China.

La mayoría de los estudios sobre este muro se basan en una suposición generalmente aceptada de que su principal función era proteger las fértiles llanuras de Gorgan, que se encontraban al sur de los ataques nómadas hostiles de las estepas. Así, en lugar de construir muros en líneas rectas que lo hubieran hecho una barrera defensiva más efectiva, o como el muro de Adriano que aprovechó las rutas de elevación más altas para aumentar sus capacidades defensivas, la denominada “serpiente roja” fue construida para correr paralela a un río en áreas relativamente bajas. Esto ha llevado a los arqueólogos a la hipótesis de que la zanja en el lado sur de la pared sirvió tanto como una barrera defensiva y un canal de riego (Chaichian, 2014: 78).

1.3.4. El muro de Adriano y de Antonino

Ya en la era después de Cristo, específicamente en el año 122, se construyó el muro de Adriano, que es una de las mayores construcciones llevadas a cabo por el Imperio romano en Britania, y se erigió como su frontera territorial por orden del emperador Adriano, entonces gobernador. Esta edificación es el legado de la colonización del Imperio romano, el cual extendió sus dominios a través de un sistema de defensa y protección. Si bien el principal propósito de su construcción fue la delimitación, lo cierto es que también sirvió como mecanismo de protección frente a la amenaza que representaban las tribus de los “Pictos”, que habitaban el norte y centro de Escocia, en buena cuenta se levantó para “separar a los bárbaros de los romanos” (Gargantilla, 2016).

La ubicación geográfica actual del territorio en donde se construyó el muro de Adriano es Gran Bretaña, al norte de Inglaterra, en la zona que transcurre desde el golfo de

Solway hasta el Río Tyne en Wallsend. Su extensión llegó hasta los casi 118 kilómetros, cinco metros de altura y tres de grosor, y además se hallaba reforzado por un foso al norte y otro al sur; pese a ello, fue rebasado por los Pictos en varias ocasiones (More, 2007: 12). Con el paso de los años dicha fortificación se fue remodelando, de modo que cada cierto tramo del muro contara con un puesto de seguridad o guardia, con capacidad de albergar a una veintena de soldados.

Algunos años después, junto con este muro en Britania, se erigió en los años 140-142 el muro de Antonino, llamado así porque el emperador Antonino Pío quien ordenó su construcción. Se trataba de una fortificación de casi 60 kilómetros de extensión, y tenía como principal función la defensa del territorio y de las fronteras del antiguo Imperio romano. La poca utilidad que tuvieron estos muros es adecuadamente explicada por Altare cuando señala que, los muros construidos en Britania por orden del Imperio romano, “en medio del arisco paisaje del norte de Inglaterra, son quizá la crónica de una derrota, pero también de la fuerza de una idea que todavía marca nuestro mundo: hasta aquí llegamos nosotros, a partir de aquí empiezan ellos” (2014).

Constituye una gran derrota también porque ambos muros fueron abandonados algunos años después de su construcción. El muro de Adriano dejó de cumplir sus propósitos cuando el ejército se desplazó hacia el norte para levantar el muro de Antonino. Este último, sin embargo, prosiguió en su funcionamiento durante varios siglos después (Goldsworthy, 2003: 156).

1.3.5. La muralla de Constantinopla

Otra muralla importante en la historia es la de Constantinopla, que se localizaría actualmente en el territorio de Estambul, Turquía. Esta construcción fue dirigida en un primer momento por Constantino I, en el año 324, sin embargo, su legado duró hasta el año 1453. El propósito principal fue el de resguardar y defender la ciudad frente a eventuales ataques por mar y tierra conducidos por Occidente. Conforme el Imperio romano fue extendiéndose, el diseño de la ciudad exigía que la ciudad fuese ampliándose y, por lo tanto, sus murallas también; en consecuencia, entre los años 408-450 d.c., el emperador Teodosio II construyó un segundo tramo de murallas, las cuales siguieron cumpliendo la finalidad de proteger y defender el territorio, a la vez que sirvieron como almacén de armamento.

Durante el tiempo de reinado del emperador Teodosio II, en la primera mitad del siglo V d.c., la explosión demográfica en Constantinopla resultaba uno de los motivos de mayor preocupación para los gobernantes; no obstante, no era la consideración más importante si se tomaban en cuenta nuevas y más peligrosas amenazas como la que representaban los “Hunos” que, aunque habían sido antes expulsados, existía un verdadero temor de una intromisión directa en Constantinopla. Frente a ese escenario, Teodosio II ordenó la construcción de posteriores murallas conformadas por una triple línea defensiva de 12 kilómetros, levantadas aproximadamente a 1.500 millas al oeste de las fortificaciones originales de Constantino, y culminadas en el año 447 d.c. Por lo tanto, el área ocupada por la ciudad aumentó considerablemente y los muros teodosianos de Constantinopla habían cerrado siete colinas. (Turnbull, 2015: 7,8).

De esta manera, aun cuando las murallas de Teodosio duplicaron la superficie inicial de la ciudad, ni una ni otra muralla, ni las poderosas que ya estaban construidas en Constantinopla fueron lo suficientemente eficaces para defender la ciudad ante el ataque de los bárbaros. Tampoco pudieron resistir en 1453 la invasión de los turcos otomanos (García, 2012:183).

1.3.6. La Gran muralla de Zimbabue

Con el paso de los siglos, otra gran fortificación ubicada en Zimbabue y conocida como la “Gran muralla” fue construida entre los años 1200 y 1440 d.c. en Zimbabue, África. Las ruinas de lo que quedó de esta muralla se encuentran en la ciudad de Masvingo, cercana a la frontera con Mozambique. Estudios arqueológicos habrían demostrado que este era un centro esencialmente comercial, sin embargo, poco se ha dicho acerca de las funciones que cumplía este muro. Algunos investigadores han señalado que podría tratarse de una pequeña ciudadela o complejo religioso, y que los muros fueron erigidos como una fortaleza. Como lo describe Nadal, este recinto está conformado por tres sectores:

En la llanura está la Gran Cerca, una muralla en forma elíptica que rodeaba la zona palaciega. Paredes de sillar de piedra de hasta 11 metros de altura, pasillos estrechos para obligar a caminar en fila y casi de lado, una enorme torre troncocónica que parece una chimenea, pero cuya función se desconoce y puertas de acceso al recinto finamente

talladas con muros redondeados. La Gran Cerca es la construcción humana antigua más grande al sur del Sahara. Una maravilla de la ingeniería civil de la época (2013).

El Gran Zimbabue, o la “casa de piedra” es sin duda una de las fortalezas más antiguas del continente africano. De acuerdo a información proporcionada por la UNESCO, las ruinas de esta ciudad, formaban parte de una gran muralla unos 100 metros de ancho y 255 de circunferencia y 11 metros de altura, y probablemente se erigieron con la finalidad de evitar el contagio de enfermedades⁷. Todos los muros que conforman el complejo han sido construidos sugieren que el propósito principal fuese de defensa; sin embargo, el hecho de que las estructuras se construyeran sin el uso de mortero para unir las piedras juntas respalda la teoría de que el sitio no tenía como propósito principal la defensa; sino más bien representaban el poder y el prestigio de los gobernantes de Gran Zimbabue (Demerdash, 2016).

1.3.7. El muro de Berlín

Varios siglos después, surge otro muro representativo, el muro que dividió Berlín oriental y occidental. Tras el fin de la segunda guerra mundial, un nuevo orden instituido por el acuerdo pactado en los tratados de Yalta y Posdan había dividido Alemania. Para el año 1949 Alemania estaba dividida “en dos facciones radicalmente opuestas, la República Democrática Alemana (RDA), dirigida y auspiciada por el bloque de los países del este, y la República Federal Alemana (RFA), influida por parte del bloque de los aliados” (Arrondo, 1997: 103).

Con el inicio de la guerra fría y Alemania dividida, los acuerdos comerciales que existían entre ambos lados fueron cancelados, y un masivo éxodo de personas, empezó a desplazarse hacia la RFA, en donde había más y mejores condiciones laborales y de vida. Para agosto de 1961, distintas facciones de la RDA tomaron el control en la frontera, reforzándola para evitar el paso libre de personas y bienes. De esta manera, un muro de hormigón fue construido a lo largo de 155 kilómetros, “tuvo casi cuatro metros de altura y una valla de tela metálica, cables de alarma, trincheras, cercas de alambre de púas, trescientas torres de vigilancia y al menos treinta bunkers” (De La Mar, 2014: 144).

⁷ Véase más en: “Great Zimbabwe National Monument”. UNESCO. Disponible en: <https://whc.unesco.org/en/list/364>

La razón detrás de la construcción de este muro en Berlín, fue evitar que los alemanes que vivían bajo el régimen autoritario impuesto por la RDA se desplazaran hacia la RFA en búsqueda de mejores oportunidades. Como apunta Sotelo:

Cerrar herméticamente la frontera, por mucho descrédito que comportase, parecía la única solución para avanzar en la construcción del socialismo. Se daba por descontado que una medida tan impopular desaparecería tan pronto como se hiciera patente la superioridad del sistema, y entonces el movimiento migratorio iría en sentido contrario, el proletariado [tradicionalmente explotado, se afiliaría masivamente] al partido comunista. La propaganda del Este presentaba el muro como una medida provisional de autoprotección, imprescindible mientras fuese manifiesta la inferioridad del bloque socialista, que la propaganda oficial atribuía a los ataques del exterior. Pero según pasaron los años y el nivel de vida occidental subía y el del este permanecía estancado, crecía en la población el afán de escapar. Cuánto más necesario se hacía el muro para sostener el régimen, menos verosímiles parecían las explicaciones que se daban (2010: 11).

Tuvo que transcurrir 28 años, para que tras la dimisión de Willy Stoph, líder del gobierno de la RDA, en noviembre de 1989, se anunciara que los ciudadanos de la RDA podían viajar sin la presentación de los requisitos antes exigidos. Esta noticia hizo que ciudadanos de la Alemania dividida se congregaran en ambos lados del muro, esperando a que se abrieran las barreras y pudieran desplazarse de manera libre. A partir de ese momento, Alemania empezó un proceso de reunificación.

1.4. El resurgimiento de los muros en la actualidad: estado de la cuestión

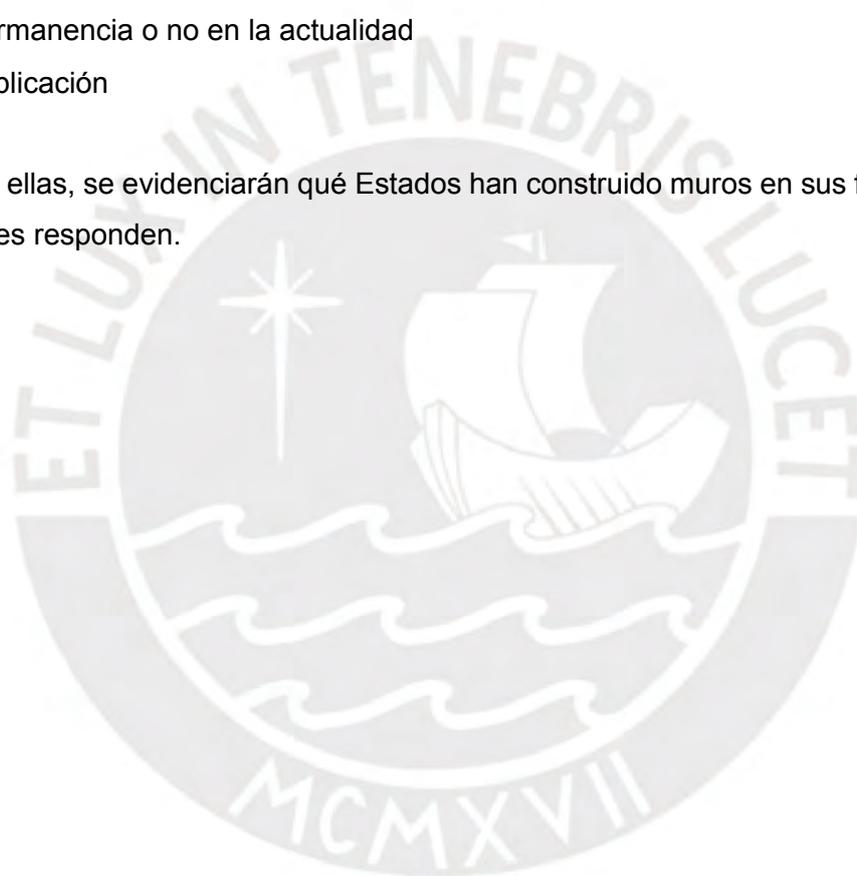
En este acápite se verificará cuántos muros alrededor del mundo encuentran construidos en la actualidad. Para tales efectos, se ha tomado como referencia una investigación conducida por la profesora Elisabeth Vallet, en el año 2016 y publicada como parte de una investigación periodística en *The Washington Post*, denominada "*Raising barriers*"⁸. La data presentada muestra un total de 63 muros fronterizos.

⁸ Véase más en: Diario *The Washington Post*, "Raising Walls". Publicado el 12 de octubre de 2016. Disponible en: <https://www.washingtonpost.com/graphics/world/border-barriers/global-illegal-immigration-prevention/>

De ella se ha partido para elaborar la recopilación que se mostrará a continuación. Es decir, dicha investigación ha sido un punto de partida que ha permitido la verificación, actualización e incorporación de nuevos muros fronterizos. De igual manera, se han añadido nuevas variables como:

- Continente
- Fronteras entre las que se encuentra el muro
- Año en que se dispuso su construcción
- Gobierno o autoridad que ordenó su construcción
- Motivo
- Permanencia o no en la actualidad
- Explicación

A partir de ellas, se evidenciarán qué Estados han construido muros en sus fronteras, a qué razones responden.



1.4.1. Matriz: Mapeo general de muros fronterizos, Estados entre los que se encuentran, motivo, vigencia y explicación

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
1	América	Estados Unidos	México	1994	Bill Clinton, ex presidente	Frenar la delincuencia transnacional	Sí	En 1994 para preservar la seguridad nacional, especialmente para reducir índices de delincuencia. En el 2006 el parlamento aprobó la construcción de 700 millas de barreras más para frenar delincuencia transnacional y la migración irregular
				2004	George W. Bush, ex presidente	Evitar la inmigración		
2	América	México	Guatemala	2014	Enrique Peña Nieto, presidente	Evitar la inmigración	Sí	En algunos tramos de la frontera se han construido cercas principalmente por presión de Estados Unidos, a fin de reducir índice de migración irregular.
3	América	Ecuador	Perú	2017	Rafael Correa, ex presidente	Frenar la delincuencia transnacional	No	La razón principal detrás de la construcción de este muro fue frenar el contrabando fronterizo. Sin embargo en julio de 2017 se suspendió su construcción
4	Europa	Inglaterra	Francia	2016	Robert Goodwill, Ministro de inmigración inglés	Evitar la inmigración	Sí	La barrera se construyó en el puerto francés de Calais con el presupuesto del Reino Unido, a fin de detener el acceso de los inmigrantes a la zona del puerto de Calais, desde donde salen

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
								los barcos hacia Reino Unido. En un primer momento se habían construido cercas y vallas; sin embargo en 2017 se levantará un muro de 4 metros de largo.
5	Europa	Austria	Eslovenia	2015	Johanna Mikl-Leitner, ex Ministra del Interior	Evitar la inmigración	Sí	En diciembre de 2015 se inició la construcción de una valla de 3,7 kilómetros de longitud en la frontera con Eslovenia para limitar el ingreso de migrantes que transitan por la ruta de los Balcanes.
6	Europa	Eslovenia	Croacia	2015	Miro Cerar, Primer Ministro	Evitar la inmigración	Sí	En noviembre de 2015, comenzó la construcción de un muro en la frontera con Croacia a fin de detener la afluencia masiva de refugiados procedentes de Croacia.
7	Europa	Hungría	Croacia	2015	Viktor Orban, Primer Ministro	Evitar la inmigración	Sí	La razón que motivó la construcción de este muro fue bloquear el paso a los solicitantes de asilo que se dirigen al centro y norte de Europa.
8	Europa	Croacia	Serbia	2016	Kolinda Grabar-Kitarović, Presidenta	Evitar la inmigración	Sí	Se arguyó que la construcción del muro es una medida preventiva para reducir el flujo migratorio, principalmente para evitar el paso de refugiados, que transitan por Croacia hacia el norte de Europa.

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
9	Europa	Hungría	Serbia	2015	Viktor Orban, Primer ministro de Hungría	Evitar la inmigración	Sí	Si bien se levantó una valla en 2015, durante el 2017 el gobierno autorizó la construcción de un segundo tramo a fin de resguardar las fronteras frente a la escalada en el flujo migratorio a propósito del conflicto en Siria.
10	Europa	Hungría	Rumania	2015	Viktor Orban, Primer ministro de Hungría	Evitar la inmigración	Anunciado	La razón principal alegada por Hungría es reducir flujo de inmigrantes, principalmente solicitantes de asilo. Este muro sería el primero construido entre dos Estados que pertenecen a la Unión Europea. Hungría además es parte del área Schengen de libre circulación.
11	Europa	Ucrania	Moldavia (Transnistria)	2014	Viktor Nazarenko, Jefe del Servicio de Fronteras Estatales	Defensa ante posible agresión externa	Anunciado	Ucrania podría construir un muro en la frontera con la finalidad de reforzar la protección de la parte de Transnistria de la frontera moldavo-ucraniana.
12	Europa	Ucrania	Rusia	2014	Petro Poroshenko, Primer Ministro	Defensa ante posible agresión externa	Sí	Este muro ha sido justificado a fin de defender el territorio ucraniano de eventuales agresiones por parte de Rusia y de los grupos secesionistas. A la fecha no se ha terminado de construir por falta de financiamiento.

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
13	Europa	Letonia	Rusia	2015	Rihards Kozlovskis, Ministro del Interior	Evitar la inmigración	Sí	El propósito es limitar el flujo de inmigrantes, específicamente de solicitantes de asilo. Este empezó a construirse en el 2016 y se terminará de construir en 2019.
14	Europa	Lituania	Rusia (Kaliningrado)	2017	Eimutis Misiunas, Ministro del interior	Defensa ante posible agresión externa Frenar la delincuencia transnacional	Anunciado	Una de las principales causas es defender la soberanía frente a intromisiones del gobierno ruso (particularmente espionaje) y detener el contrabando.
15	Europa	Noruega	Rusia	2016	Erna Solberg, Primera Ministra	Evitar la inmigración	Sí	El muro tiene como objetivo detener la migración irregular, en particular el ingreso de solicitantes de asilo. Se ha señalado que una barrera es necesaria para reforzar la seguridad la zona de libre circulación a la que pertenece por ser miembro de la Unión Europea.
16	Europa	Macedonia	Grecia	2015	Nikola Poposki, Ministro de relaciones exteriores	Evitar la inmigración	Sí	Al ser Grecia una de los principales destinos de ingreso de migrantes y solicitantes de asilo y la puerta para arribar a Europa, Macedonia al igual que otros países de los Balcanes erigió un muro para evitar el flujo migratorio.

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
17	Europa	Grecia	Turquía	2011	Christos Papoutsis, Ministro de orden público	Evitar la inmigración	Sí	El propósito es detener la migración irregular. Al muro debe sumársele los campos minados que se encuentran en Turquía, los cuales han dejado víctimas mortales en 2004 y 2005.
18	Europa	Bulgaria	Turquía	2012	Bulgaria	Evitar la inmigración	Sí	Aun cuando Bulgaria es considerado uno de los países más pobres de la Unión Europea, ha construido un muro en la frontera con Turquía con la finalidad frenar el ingreso de migrantes y solicitantes de asilo. De esta manera, se construyó una valla que fue completada en 2014.
19	Europa	República de Chipre	República turca del norte de Chipre	1974	Gobierno turco	Evitar la inmigración	No	La Guardia Nacional de Chipre derribó el muro en 2007. Su construcción respondió a la necesidad de separar a dos grupos, los griegos y los turcos quienes se encontraban enfrentadas desde 1974.
20	Asia	Turquía	Irán	2017	Recep Tayyip Erdogan, presidente	Defensa ante posible agresión externa	Sí	La finalidad principal fue impedir el paso de miembros del PKK (partido de los trabajadores del Kurdistan), los cuales son considerados por Turquía como un grupo terrorista.
21	Asia	Turquía	Siria	2015	Recep Tayyip Erdogan, presidente	Defensa ante posible agresión externa	Sí	Se construyó un muro a fin de proteger el territorio frente a las amenazas terroristas que

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
						Evitar la inmigración		supone Estado Islámico. Asimismo, se buscó limitar el ingreso de solicitantes de asilo.
22	Asia	Irán	Afganistán	2007	Mostafa Mohammad-Najjar, Ministro del interior	Frenar la delincuencia transnacional	Sí	Este muro ha sido justificado debido a la alta criminalidad transnacional en el límite con Afganistán. Los principales problemas que se evidencian tienen que relación con el narcotráfico.
23	Asia	Irán	Pakistán	2007	Mostafa Mohammad-Najjar, Ministro del interior	Frenar la delincuencia transnacional	Sí	De acuerdo a las autoridades este muro servirá para evitar la proliferación de actividades ilícitas como el contrabando.
24	Asia	Irán	Irak	2007	Mostafa Mohammad-Najjar, Ministro del interior	Frenar la delincuencia transnacional Defensa ante posible agresión externa	Sí	Se busca proteger la frontera de la amenaza que supone la presencia de grupos terroristas en la zona. De igual manera, se busca detener y erradicar el contrabando de drogas y armas.
25	Asia	Jordania	Siria	2008	Abdullah II, rey de Jordania con ayuda de Barack Obama, ex presidente de Estados Unidos	Defensa ante posible agresión externa Evitar la inmigración	Sí	La finalidad del muro sería proteger el territorio frente a las amenazas de grupos terroristas. También se buscó limitar el ingreso de solicitantes de asilo.
26	Asia	Jordania	Irak	2009	Abdullah II, rey de Jordania con apoyo	Defensa ante posible agresión externa	Sí	El muro ha sido financiado por el gobierno de Estados Unidos, a fin de evitar la amenaza de

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
					del gobierno de Barack Obama, ex presidente de Estados Unidos	Evitar la inmigración		grupos terroristas y contener el paso de solicitantes de asilo.
27	Asia	Arabia Saudita	Irak	2014	Abdullah bin Abdulaziz al-Saud, Rey	Defensa ante posible agresión externa	Sí	El Reino de Arabia Saudita ha completado la construcción de un muro de 600 millas de este a oeste en la frontera de Irak con el fin de frenar la amenaza que supone el Estado islámico.
28	Asia	Kuwait	Irak	1991	Iniciativa de las Naciones Unidas (1991), posteriormente gobierno de Kuwait (2004)	Defensa ante posible agresión externa	Sí	Después de la guerra entre ambos Estados (1991) y bajo la autorización de Naciones Unidas, y con la cooperación económica de Estados Unidos, se construyó un muro de cerca de 190 kilómetros de largo con el propósito de detener una eventual invasión de Kuwait por Iraq.
29	Asia	Emiratos Árabes Unidos	Arabia Saudita	2005	Gobierno de EAU	Defensa ante posible agresión externa	Sí	Tras la multiplicación de ataques y amenazas de grupos terroristas se decidió construir un muro a fin de evitar la infiltración de extremistas.
30	Asia	Arabia Saudita	Yemen	2003		Defensa ante posible agresión externa	Sí	Como Yemen es considerado una base de Al-Qaeda en la península árabe, el propósito de

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
					Abdullah bin Abdulaziz al-Saud, Rey	Evitar la inmigración Frenar la delincuencia transnacional		este muro es evitar la amenaza que supone la presencia de grupos terroristas como Al Qaeda y actualmente el Estado islámico. De igual manera, se quiere evitar el paso de solicitantes de asilo y contener el tráfico de armas y droga.
31	Asia	Omán	Yemen	2014	Sultán Qaboos	Frenar la delincuencia transnacional	Anunciado	La decisión de Omán de construir un muro fronterizo es el resultado del deterioro de la situación de seguridad en Yemen y el continuo contrabando de armas.
32	Asia	Emiratos Árabes Unidos	Omán	2005	Gobierno de EAU	Evitar la inmigración	Sí	EAU optó por construir un muro en la frontera con Omán para fortalecer la frontera y evitar la migración. En 2007 se finalizó la construcción de una nueva valla y puestos de control a lo largo de toda la frontera
33	Asia	Pakistán	Afganistán	2005	Pervez Musharraf, Presidente	Defensa ante posible agresión externa	Sí	Desde 2007 el gobierno de Pakistán decidió construir cercas en la frontera con Afganistán para evitar la filtración de grupos terroristas. En el 2016 se construyeron más de 1000 km de trincheras para resguardar la seguridad interna.

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
34	Asia	Uzbekistán	Afganistán	2001	Gobierno de Uzbekistán	Defensa ante posible agresión externa	Sí	Tras los atentados terroristas ocurridos en Estados Unidos, se anunció el inicio de operaciones militares contra el régimen talibán en Afganistán. Esto motivó que Uzbekistán fortifique la valla fronteriza en la provincia de Surkhandaria para evitar el cruce de miembros de grupos terroristas.
35	Asia	Kazajistán	Uzbekistán	2006	Gobierno de Kazajistán	Frenar la delincuencia transnacional	Sí	Kazajistán está construyendo una cerca a lo largo de poblados y ciudades densamente pobladas para capturar contrabandistas de drogas.
36	Asia	Uzbekistán	Kirguistán	2009	Gobierno de Uzbekistán	Defensa ante posible agresión externa	Sí	La cerca fue construida para prevenir la infiltración de terroristas. El 13 de junio de 2009, las autoridades de Uzbekistán decidieron fortalecer la seguridad en su frontera con Kirguistán.
37	Asia	Turkmenistán	Uzbekistán	2001	Saparmyrat Niyazov, presidente	Frenar la delincuencia transnacional	Sí	Mantener el orden en las fronteras, protegerse de "violadores y gente deshonesto" y así prevenir que los bienes sean robados. Seguridad nacional.

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
38	Asia	Israel	Siria	2011	Benjamín Netanyahu, Primer ministro	Defensa ante posible agresión externa	Sí	Con la construcción de este muro el gobierno de Israel busca protegerse de eventuales ataques del régimen sirio (Altos del Golán), con quien tuvo un conflicto armado. Asimismo, la construcción de este permite resistir impactos de misiles de grupos armados como Hezbolá.
39	Asia	Israel	Líbano	2012	Benjamín Netanyahu, Primer ministro	Defensa ante posible agresión externa	Sí	El propósito del muro de hormigón construido en la frontera con Líbano es proteger la integridad territorial ante eventuales ataques de miembros de Hezbolá. En Junio de 2017 se ha planificado la construcción de otro tramo
40	Asia	Israel	Gaza	1994	Yitzhak Rabin, ex Primer Ministro	Defensa ante posible agresión externa	Sí	En 1994 Israel empezó a construir un muro para evitar ataques terroristas. Fue derribada en el 2000 y reconstruida un mes después. Este muro se extiende hasta unos 55 kilómetros. El ejército propuso la construcción del muro para proteger las áreas que rodean el enclave costero inmediatamente después de la operación conocida como Margen protector. Este muro sirve para defender el territorio de Israel de Hamas, que ha gobernado Gaza desde 2007.
				2016	Avigdor Lieberman, Ministro de Defensa; Benjamín Netanyahu, Primer Ministro			

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
41	Asia	Israel	Cisjordania y territorios ocupados	2002	Benjamín Netanyahu, Primer Ministro	Defensa ante posible agresión externa	Sí	Este muro pretende proteger la integridad de ciudadanos israelíes frente a eventuales ataques terroristas de ciudadanos palestinos.
42	Asia	Israel	Jordania	2015	Avigdor Lieberman, Ministro de Defensa; Benjamín Netanyahu, Primer Ministro	Defensa ante posible agresión externa	Sí	El plan para la nueva sección de valla a lo largo de la frontera jordana se inició debido a la preocupación por los posibles ataques terroristas transfronterizos. Asimismo, el muro servirá para contener el ingreso de migrantes procedentes de África y de yihadistas infiltrados armados.
						Evitar la inmigración	Sí	
43	Asia	Israel	Egipto	2010	Benjamín Netanyahu, Primer Ministro	Defensa ante posible agresión externa	Sí	Se construyó con el propósito de evitar el ingreso de inmigrantes ilegales provenientes de África. De igual manera, sirvió para evitar los ataques de grupos terroristas. En 2017 se ha terminado de construir la valla a fin de detener la migración irregular y evitar amenazas terroristas.
						Evitar la inmigración		
44	África	Egipto	Gaza	2009	Ahmed Aboul Gheit, ex ministro de Relaciones exteriores	Defensa ante posible agresión externa	Sí	Se trata de un túnel que pretende impedir el ingreso de suministros para los habitantes de Gaza, como frenar el comercio ilegal de bienes y armas con los habitantes palestinos en Gaza.
						Frenar la delincuencia transnacional	Sí	

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
45	África	Túnez	Libia	2015	Habib Essid, Primer Ministro	Defensa ante posible agresión externa	Sí	El gobierno tunecino decidió levantar muro de arena de 250 kilómetros de longitud en la frontera con Libia para evitar el paso de miembros de agrupaciones terroristas en sus fronteras.
46	África	Argelia	Libia	2015	Gobierno de Argelia	Defensa ante posible agresión externa	Anunciado	La razón principal fue evitar la presencia de grupos terroristas en el territorio de Argelia. También se señaló que se adoptaría como medida, el envío de tropas a la región fronteriza.
47	África	Argelia	Marruecos	2016	Gobierno de Argelia	Frenar la delincuencia transnacional Evitar la inmigración	Sí	El objetivo de este muro es detener el contrabando ilegal entre los dos países, y frenar la migración irregular.
48	África	Marruecos	Argelia	2015	Hassan II, ex Rey de Marruecos	Frenar la delincuencia transnacional Evitar la inmigración	Sí	Ya desde 1994, Marruecos cerró sus fronteras con Argelia, a la vez que empezó a solicitar visas a sus ciudadanos. Sin embargo, no es hasta el 2015 que el gobierno de Marruecos empezó a construir una barrera de aproximadamente 100 kilómetros a lo largo de la frontera. Dos son los objetivos principales de esta: (i) evitar el paso ilegal de sustancias

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
								psicotrópicas, hashish, entre otros, y (ii) frenar el ingreso migrantes sub saharianos
49	África	España	Ceuta y Melilla (Marruecos)	1998 ambas vallas	José María Aznar, ex presidente	Evitar la inmigración	Sí	Se trata de dos vallas, ubicadas en las provincias de Ceuta y la de Melilla, en la frontera con Marruecos. El objetivo es evitar la migración irregular de ciudadanos provenientes de África.
50	África	Marruecos	Sahara occidental	1980 - 1987	Hassan II, ex Rey de Marruecos	Defensa ante posible agresión externa	Sí	El propósito de esta barrera de casi 2.700 kilómetros de longitud fue garantizar la seguridad nacional frente a la amenaza de grupos terroristas. A ello debe sumársele que líderes del Frente Polisario en el Sáhara occidental afirman que no existe ningún paso que permita a la población saharauí acceder al Sáhara Occidental.
51	África	Botsuana	Namibia	1996	Gobierno de Botsuana	Proteger recursos naturales	Sí	El propósito principal del muro fue proteger el ganado de enfermedades. Con el paso de los años, en el 2013, se empezó a electrificar la barrera.

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
52	África	Botsuana	Zimbabue	2003	Gobierno de Botsuana	Evitar la inmigración	Sí	Inicialmente el gobierno de Botsuana alegó que se construía para evitar el contagio de enfermedades ganaderas, sin embargo, la razón verdadera era evitar la entrada de inmigrantes irregulares
53	África	Sudáfrica	Zimbabue	1984	Gobierno de Sudáfrica	Evitar la inmigración	Sí	El gobierno de Sudáfrica erigió una barrera fronteriza de 268 kilómetros, con el objetivo de detener la migración irregular.
54	África	Sudáfrica	Mozambique	1975	Gobierno de Sudáfrica	Defensa ante posible agresión externa	Sí	El gobierno de Sudáfrica cerró la frontera por temor a que Mozambique se pueda expandir algún movimiento independentista. Esta barrera es conocida como la "Serpiente de Fuego" y fue construida en 1975 para evitar que el alzamiento armado en Mozambique se propagara a Sudáfrica. Sirve actualmente para evitar la emigración de ciudadanos mozambiqueños.
						Evitar la inmigración		
55	África	Kenia	Somalia	2015	Joseph Nkaisery, Ministro de Seguridad Interior	Evitar la inmigración Defensa ante posible agresión externa	Sí	Con este muro se buscó evitar ataques terroristas del partido militante: Al Shabab. Asimismo, se espera que el muro detenga el flujo de migrantes irregulares. Actualmente cuenta menos de 10 kilómetros de construido.

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
56	Asia	India	Pakistán	1990	Gobierno de India	Defensa ante posible agresión externa	Sí	En el 1990 el gobierno de la India empezó a construir una cerca vallada en la frontera para frenar el flujo de migrantes irregulares. En el año 2003 se terminó de construir la cerca.
57	Asia	India	Nepal	2017	Gobierno de India	Defensa ante posible agresión externa Evitar la inmigración	Anunciado	Se ha anunciado la construcción de un muro con el propósito de evitar la infiltración de terroristas y criminales. De igual manera se busca acabar con el problema del contrabando de drogas.
58	Asia	India	Bangladesh	1989	Vishwanath Pratap Singh, ex Primer Ministro	Evitar la inmigración	Sí	La valla está destinada a frenar el flujo de migrantes y mejorar la gestión en la frontera india-Bangladesh. La valla ha generado más problemas que beneficios pues el gobierno de Bangladesh ha protestado repetidamente sobre las consecuencias de esta.
59	Asia	India	Myanmar	2004	Gobierno de India	Frenar la delincuencia transnacional	Sí	En 2004 ambos gobiernos decidieron erigir una cerca en su frontera para reducir la delincuencia transnacional, específicamente el contrabando de drogas.

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
60	Asia	Myanmar	India	2017	Daw Aung San Suu Kyi, Ministro de relaciones exteriores	Defensa ante posible agresión externa	Anunciado	En 2017 el gobierno de Myanmar anuncio que construiría una cerca en la frontera con India con propósitos de proteger la seguridad nacional, a la vez que se busca detener operaciones de insurgentes.
61	Asia	Myanmar	Bangladesh	2009	Myanmar	Frenar la delincuencia transnacional	Sí	En 2009 se construyó la cerca en la frontera para detener el tráfico de humanos y el contrabando de drogas.
62	Asia	Tailandia	Malasia	2007	Najib Razak, Primer Ministro de Malasia y Prayuth Chan-Ocha, Primer Ministro de Tailandia	Defensa ante posible agresión externa	Sí	Este muro responde al propósito de evitar el contrabando de bienes como petróleo y drogas. De igual manera, se busca desde 2007 impedir el ingreso a terroristas infiltrados.
						Frenar la delincuencia transnacional		
63	Asia	Brunei	Malasia	2005	Hassanal Bolkiah, Sultán de Brunei	Evitar la inmigración	Sí	En 2005, Brunei empezó la construcción de una valla de seguridad a lo largo de su frontera de 20 kilómetros con Limbang, Malasia, esta valla tiene el propósito de regular la migración, y de igual manera cerrar las vías para el contrabando.
						Frenar la delincuencia transnacional		
64	Asia	China	Hong Kong	1960	Gobierno británico	Evitar la inmigración	Sí	En 1960 se empezó a construir, y en el 1962 se fortificó un muro a fin de evitar que ciudadanos

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
								chinos salieran del territorio en búsqueda de mejores oportunidades
65	Asia	China	Macao	1871	Gobierno chino	Evitar la inmigración	Sí	A pesar de que Macao es una provincia de China, es necesario contar con un permiso especial para entrar en ella. Además, se ha evidenciado la presencia de múltiples <i>checkpoints</i> para controlar el traspaso de personas y bienes ubicado en Zhuhai, China continental.
66	Asia	China	Corea del Norte	2006	Hu Jintao, presidente de China	Evitar la inmigración	Sí	El objetivo de este muro es evitar el paso de ciudadanos norcoreanos, y eventuales solicitantes de asilo hacia la frontera china. Este muro ha sido electrificado en los últimos años.
67	Asia	Corea del Norte	China	2007	Kim Jong-un, líder supremo	Evitar la inmigración	Sí	Existe también un muro en la frontera norcoreana que tiene como único propósito evitar que sus ciudadanos abandonen dicho Estado y se dirijan hacia China.

	Continente	Fronteras entre las que se encuentra		Año en que se dispuso su construcción	Gobierno o autoridad que ordenó su construcción	Motivo	Permanencia o no en la actualidad	Explicación
68	Asia	Corea del Norte	Corea del Sur	1953	Ambos gobiernos	Defensa ante posible agresión externa	Sí	A lo largo de 250 kilómetros se encuentra la frontera más militarizada del mundo. Esta divide ambas Coreas con alambre de afeitar, sensores, minas terrestres y armas pesadas.
69	Europa	Georgia	Osetia del Sur	2008	Vladimir Putin, Primer Ministro ruso	Defensa ante posible agresión externa	Sí	Este muro se construyó para evitar el eventual avance de la ocupación rusa que se encuentra presente en la zona de Osetia del Sur.
70	Europa	Abjasia	Georgia	2008	Vladimir Putin, Primer Ministro ruso	Defensa ante posible agresión externa	Anunciado	Este muro se anunció con la finalidad de apoyar la independización de Abjasia del actual territorio georgiano. Pese a que fuentes rusas aseguran que no habría ninguna intención de levantar una barrera, distintas autoridades georgianas han recibido informes de que se estaría llevando a cabo dicha construcción.

1.4.2. Principales hallazgos a partir de la matriz presentada

Esta sección desarrollará los principales hallazgos de la matriz presentada. De esta manera, se describirán factores tales como la localización de los muros identificados, es decir, en qué continentes se encuentran. Asimismo, se desarrollará cuáles son las principales justificaciones esgrimidas por los Estados que los construyeron o que han anunciado su construcción. Y, finalmente, se analizará su permanencia en la actualidad, es decir si a la fecha siguen o no cumpliendo con la función prevista o si, por el contrario, han sido derribados o no tienen los mismos propósitos.

1.4.2.1. Localización

De los setenta (70) muros estudiados, la gran mayoría se encuentra en el continente asiático, seguido del continente europeo, africano y, en menor medida, americano. Debe adelantarse que, de estos 70 muros, actualmente se encuentran construidos 60, sin embargo, para efectos del estudio sobre las razones que impulsaron su construcción, se ha optado por considerar todos. (Ver Anexo 1 y 2)

1.4.2.2. Justificaciones

De igual forma, se ha evidenciado que la presencia de muros fronterizos responde a cuatro razones principales. No obstante, debe advertirse que más de un Estado ha argumentado más de una razón que justifica el muro construido en su frontera. Como apunta Vallet, a veces los argumentos esgrimidos por los Estados no son del todo claros. De esta manera, muchas de las veces la justificación planteada por estos responde a más de una razón, como la lucha contra el terrorismo o la lucha contra la delincuencia transnacional (contrabando, narcotráfico, tráfico de migrantes, trata de personas, entre otros). También ocurre que estas razones se han utilizado en diferentes momentos para justificar el mismo muro, como en el caso del muro construido entre México y Estados Unidos (Vallet, 2014).

En ese sentido, se tiene de un lado, treinta y seis (36) muros que han sido justificados en evitar el ingreso de migrantes al territorio del Estado; esto en ocasiones responde al creciente flujo migratorio de solicitantes de asilo que provienen, en su mayoría, de Estados que se encuentran en conflicto armado o en situación de violencia. De otro lado, treinta y cuatro (34) han sido construidos con el propósito de defensa ante eventuales agresiones externas, ya sea de algún Estado con el cual existe un conflicto armado, o

de la amenaza que suponen grupos terroristas. Asimismo, diecisiete (17) tienen el objetivo de frenar todo tipo de acto delincuenciales que pueda cometerse entre las fronteras de los Estados, principalmente el contrabando, la trata de personas y tráfico de migrantes, y también el narcotráfico. Y, finalmente, uno (1) de ellos, es menos común por haberse construido con el objetivo de proteger los recursos naturales (ganado) del Estado. (Ver Anexo 3)

De esta forma, las razones principales por las cuales se construye un muro fronterizo son dos, de un lado, la defensa ante una posible agresión externa, y de otro, evitar la inmigración. Respecto de la primera, se ha demostrado que son más los Estados del continente asiático los que construyen una barrera para evitar posibles ataques o amenazas terroristas, es decir, el muro encuentra razón de ser en temas de seguridad nacional. Con relación a la segunda razón, los Estados del continente europeo son los que más justifican la presencia de un muro en la frontera para reducir y evitar los flujos de migrantes, principalmente de individuos que huyen de conflictos suscitados en Oriente Medio.

1.4.2.3. Permanencia en la actualidad

Un último hallazgo que merece ser destacado está relacionado con la permanencia de los muros fronterizos en la actualidad. De esta manera, sesenta (60) se encuentran construidos, mientras que ocho (8) han sido anunciados, y dos (2) de ellos han sido paralizados (muro entre Ecuador y Perú) o derribados (muro de Nicosia en Chipre). (Ver Anexo 4)

1.5. La construcción de muros fronterizo: ¿Un fenómeno global o la respuesta a distintas circunstancias actuales?

A lo largo de la historia, los muros se han configurado como la respuesta estatal y unilateral frente a distintas situaciones conflictivas, a las que no fue posible hacerle frente o buscar soluciones comunes, a través del diálogo o la negociación. Ello ha permitido que esta problemática sea abordada y desarrollada desde distintas disciplinas académicas distintas, como la antropología, la sociología, las ciencias políticas, la arquitectura, la historia, la geografía y, aunque en menor medida, también desde el Derecho. Todas ellas, han contribuido a formar una idea más sólida del panorama actual y han sostenido de manera casi uniforme, que la construcción de muros resurge como respuesta a diferentes fenómenos globales que han venido forjándose desde los

primeros tiempos, pero que han cobrado más notoriedad con la globalización. Más adelante se abordarán dos de ellos: el terrorismo internacional y la migración.

De acuerdo a una investigación llevada a cabo por Elisabeth Vallet, entre los años 1945 y 1991, fueron construidos 19 muros, de los cuales 12 fueron derribados al término de la guerra fría; desafortunadamente, dicha tendencia positiva se revirtió en la década posterior, en la cual 14 muros fueron nuevamente construidos en las fronteras de los Estados. Hoy en día, después de veintiséis años culminada la época del mundo bipolar, el número total de muros se ha multiplicado (Vallet, 2014).

En un inicio, la transición hacia un mundo sin fronteras empezó casi de manera paralela al surgimiento del fenómeno de la globalización, pero sin duda tomó un mayor impulso con este. Este fenómeno se consolidó tras el fin de distintos acontecimientos como la segunda guerra mundial, la caída del muro de Berlín y el fin de la guerra fría. Dicho periodo surgió con la promesa de una mayor apertura, pero terminó generando mayores espacios que tendieron hacia el endurecimiento de las fronteras.

Como lo define David Held, la globalización es el proceso o el conjunto de procesos, que encarna una transformación en la organización espacial de las relaciones y transacciones sociales, evaluadas en términos de su extensión, intensidad, velocidad e impacto, generando flujos transcontinentales o interregionales y redes de actividad, interacción y ejercicio de poder (1999: 16). Este proceso caracterizado por la multiplicidad de actores, que interactúan de manera más rápida y frecuente, y que se abren hacia un horizonte de mayor cooperación, trajo no solo réditos sino también nuevos y más complejos problemas. En esa medida, nuevas e importantes transformaciones comenzaron a surgir a partir de la globalización, mientras otras se complejizaron y agudizar aún más.

1.5.1. Entre beneficios y desventajas: la globalización y sus efectos

Mientras el orden internacional vigente entre 1945-1990 era concebido como heterogéneo y beligerante por la existencia de dos sistemas disímiles que competían entre sí por la supremacía mundial (Chuquihuara, 1994: 30): el bloque soviético y el estadounidense, tras la caída de la llamada cortina de hierro, una nueva etapa empezó a forjarse. La apertura, el intercambio y la velocidad fueron las características principales de la globalización, junto con ellas, la sociedad internacional se vería más rápidamente interconectada: la información y la ciencia antes solo compartida por una élite,

comenzaría a ser más accesible para grandes mayorías. El flujo de capitales, bienes y servicios, fue creciendo a velocidades inimaginables; y sin duda, la movilidad de personas empezó a llegar a casi todos los rincones del hemisferio con facilidad y rapidez. Dicho periodo impuso:

La liberalización del comercio internacional y el aumento de la competencia en los mercados mundiales, la expansión de las inversiones extranjeras directas, y la aparición de flujos financieros masivos transfronterizos, fenómenos todos ellos ligados a dos factores subyacentes que crearon las condiciones propicias para su aparición. En primer lugar, las decisiones políticas y jurídicas adoptadas por los Estados a fin de reducir las barreras nacionales a las transacciones económicas internacionales. En segundo lugar, el impacto de las nuevas tecnologías en los ámbitos de la información y comunicaciones (Carrillo Salcedo, 2004: 17).

Esto derivó en que el tradicional concepto de Estado – nación se viera fuertemente cuestionado, en tanto la globalización comenzó a relativizar paulatinamente el concepto de frontera y las posibilidades de control efectivo del Estado nacional (Arrondo, 1997: 191). La seguridad, en este contexto, tenía como objetivo preservar la integridad territorial del Estado frente a amenazas externas que puedan alterar su constitución (Orozco, 2006: 168).

Uno de los acontecimientos históricos más relevantes que dio inicio a esta nueva era de integración y cooperación fue la caída del muro de Berlín, el 9 de noviembre de 1989, después de veintiocho años de construido. Al año siguiente, en 1990, se dio la reunificación de la RDA, a la RFA, y en 1991 la caída del bloque soviético (URSS), y con ello, la culminación de la guerra fría.

Tras dichos eventos, la idea de construir masivas y costosas barreras en las fronteras se tornó anacrónica, pues en un mundo en el que empezó a primar la libre circulación de mercancías y personas, la construcción de una barrera de concreto, bloqueaba las fronteras e impedía el progreso y desarrollo. Esta relación cada vez más estrecha y de interdependencia que empezó a forjarse entre los Estados, favoreció un vínculo de reciprocidad y empezó a tejer un vínculo de necesidad.

De esta manera, acontecimientos como la negociación de tratados de libre comercio como el NAFTA (*North American Free Trade Agreement*, por sus siglas en inglés), y la eliminación de los controles al interior de las fronteras, como ocurrió con la Unión Europea, parecían confirmar el progreso hacia un mundo “sin fronteras” (Ohmae, 1990).

1.5.2. El retorno de las fronteras amuralladas

Ese escenario de sumas y restas supuso la aparición de nuevos brotes conflictivos empezaron a surgir como protesta frente a este reparto desigual de beneficios al que se aludía anteriormente. Distintas manifestaciones que reclamaban mayor inclusión en el nuevo orden global emergieron en espacios diversos, a la vez que empezó a vislumbrarse un sentimiento global de desilusión, producto de una crisis de la identidad de las culturas locales debido a la homogenización propuesta en este nuevo orden mundial⁹.

Como consecuencia de este proceso homogeneizador, durante la década de 1990, nacieron nuevos Estados producto de la descolonización, los cuales se erigieron sin instituciones sólidas, cohesión interna o una consciencia de nación. Algunos ejemplos que revelaron estas tensiones étnicas fueron la ya mencionada caída del bloque soviético y la disolución de la ex Yugoslavia. Autores como Hoffman señalan que “la tensión dominante de la época fue el choque entre la fragmentación de Estados y el progreso económico, cultural, y político, es decir, la globalización” (2002: 104). Lo que resulta más perjudicial en medio de este proceso homogeneizador es la asimilación de la diversidad cultural a un único patrón o a una estandarización, lo cual ha devenido en innumerables conflictos étnico-religiosos, muchos de los cuales perduran hasta la actualidad.

Junto a estos reclamos, fueron retornando las mismas razones anacrónicas que siglos atrás legitimaron la construcción de bloques de concreto en las fronteras o límites territoriales de los Estados en pro de garantizar la seguridad internacional. Al mismo tiempo, empezó a crecer un rechazo por “lo ajeno” o lo foráneo, exacerbándose un discurso xenófobo contra quienes no pertenecían a una misma nación. Esto, visto desde la perspectiva antropológica, marca una línea de ruptura entre unos y aquellos, reconociendo a quienes se encuentran al otro lado del muro como individuos distintos, frente a los cuales existe un enfrentamiento, una oposición y diferenciación (Tolosana, 1994). Se hizo patente un fuerte contraste, basado en la necesidad de auto identificación y cuestionamiento “que somos nosotros porque al lado está él”. Así, desde la perspectiva antropológica:

⁹ Para mayores referencias sobre la crisis de identidades, se recomienda revisar: KENNEDY, Paul “Globalization and the Crisis of Identities?”. En *Globalization and National Identities*. Ed. Paul Kennedy.

La muralla física o simbólica rodea de salvaguardas las costumbres e instituciones, valores y códigos, protege la unidad e integridad de las creencias propias, del sistema político; no favorece cambios, no admite compromisos, no tiene dudas, está en posesión de la verdad: es la antítesis del “Otro” al que se considera enemigo. La frontera, en su capacidad expresiva de valores, es pues, la imagen de la inversión, el del otro lado es el ‘no-yo’, la antiestructura (Tolosana, 1994: 93, 100).

En esa medida, queda claro que el levantamiento un muro a lo largo de una frontera representa la imposibilidad del diálogo. Es la manifestación de una disfunción fundamental dentro de la relación entre dos o más Estados. Aún con esas consecuencias, el muro erigido en una frontera, se ha convertido en la solución más rápida y “eficiente” frente a un fenómeno experimentado por los Estados a propósito de la globalización.

Al mismo tiempo, el muro representa una respuesta asimétrica frente a una relación económica, étnica o social también asimétrica, la cual parte de una percepción construida de “amenaza”, desarrollada en ausencia de diálogo por parte del Estado que lo construye. Entonces, un muro fronterizo manifiesta la voluntad de uno de los lados de separarse, disociarse, de crear una distancia que no puede existir geográficamente porque los dos comparten una frontera común (Vallet, 2014).

No obstante, cabría formular la siguiente pregunta: ¿realmente los muros separan “al otro”, y a “lo ajeno”? La respuesta es no, indudablemente el muro, lejos de contribuir con sus propósitos solo genera nuevas y más peligrosas formas de trasgresión al mismo. Esto significa que, ante la imposibilidad de cruzar la zona en donde se encuentra un muro, se buscarán nuevas rutas para poder atravesarlo, sea para migrar o para atentar contra la seguridad del Estado. En última instancia, a medida que se refuerzan las defensas fronterizas, el muro pone al descubierto una vulnerabilidad subterránea, se crean nuevas estrategias de elusión tales como redes de túneles contrabando, estratagemas y rutas de migración redibujadas muestran cierto patrón (Vallet, 2014).

Dicha realidad se hace más evidente en contextos de migración, muchas veces estas rutas que emprenden las personas migrantes suelen ser más peligrosas. En esa línea, autores como Velasco señalan que:

La construcción de muros y la militarización de las fronteras es una práctica cada vez más habitual que, sin embargo, no detiene el tránsito internacional de personas. No se conoce frontera alguna que sea infranqueable. Ni la policía fronteriza, ni el ejército, ni la armada, ni los vuelos de observación, ni las cámaras de televisión, ni los sofisticados sistemas de sensores alcanzan la eficacia requerida en la consecución del objetivo perseguido (2012: 461).

En concordancia con ello, la construcción de muros representa el retorno más perceptible del discurso que exagera la seguridad estatal y la de los individuos. Bajo este esquema, eventos como los del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos trajeron como consecuencia el incremento exponencial de bloques de concreto. Esto se erigió como la respuesta pragmática e inmediata para refrenar aquellas situaciones que pudiesen amenazar la seguridad estatal. Transcurridos algunos años, el gobierno del entonces presidente Estadounidense George W. Bush promulgó la ley para la construcción de un muro (*Secure Fence Act of 2006, No. 109 367*¹⁰) en la frontera entre Estados Unidos y México, como parte del paquete de reformas en la política migratoria adoptadas a propósito del mencionado ataque terrorista.

Este alegado retorno a la seguridad representado a través del levantamiento de muros, puso de manifiesto las múltiples funciones de un muro para los Estados: contener los crecientes flujos migratorios, evitar las consecuencias de los conflictos armados, resguardar la seguridad frente a ataques terroristas, o incluso para afrontar todas estas situaciones de manera conjunta. Como señala Velasco “es aquí donde este mundo globalizado en tantos aspectos ofrece una de sus caras menos presentables: un mundo fronterizado, reterritorializado incluso, un mundo por el que campan a sus anchas estrategias de vigilancia y control que impiden o restringen la libre circulación de las personas” (2012: 464).

En consecuencia, se puede concluir que la construcción de muros fronterizos se distingue como una de las contradicciones más notorias de la globalización. Su existencia, ralentiza e incluso puede paralizar la integración, la cooperación y el intercambio en todos los sentidos, en aras de salvaguardar la seguridad estatal, o de resguardar cualquier intromisión territorial que otrora abanderaba el discurso del Estado – nación. En esa línea, hoy una frontera amurallada representa el contraste entre el discurso de un mundo abierto y el resurgimiento de la construcción de muros (Vallet,

¹⁰ Véase más en: H.R.6061 - *Secure Fence Act of 2006*. Disponible en: <https://www.congress.gov/bill/109th-congress/house-bill/6061/text>

2010). Puede afirmarse, por lo tanto, que estos hechos evidencian una gran paradoja: mientras la globalización disuelve fronteras, los muros las acentúan, e incluso las perpetúan.

No es propósito realizar un análisis exhaustivo de los diversos factores mencionados, y de otros que podrían condicionar el levantamiento de muros fronterizos, tanto más si se considera que este dependerá de cada contexto particular. En esa línea, no será igual el análisis de un muro en un contexto de conflicto armado, que uno justificado en temas de índole económica, o aquellos vinculados a los delitos transfronterizos, como el contrabando, por ejemplo. No obstante, sí es necesario abordar algunas de las variables que han incidido en su retorno, en particular dos. De un lado, las nuevas amenazas a la seguridad internacional. Y, de otro lado, el crecimiento acelerado de flujos migratorios.

Debe precisarse que estos hechos, o nuevas tensiones, no son excluyentes, esto es no se entienden necesariamente separadas e indistintas. Por el contrario, en muchas ocasiones confluyen y se interrelacionan, de acuerdo al contexto en que se erija cada muro.

1.5.3. Los efectos negativos de un reparto desigual de beneficios

Como se ha estudiado hasta ahora, no todo lo que trajo la globalización dejó un saldo positivo. Inequívocamente la actual sociedad internacional enfrenta una fuerte tensión que se hace latente en el incremento de contradicciones y contrastes. Como reconoce Henry Kissinger:

The international system thus faces a paradox. Its prosperity is dependent on the success of globalization, but that process produces a dialectic that can work counter to its aspiration. The managers of globalization have few occasions to manage its political processes. The managers of the political process have incentives not necessarily congruent with the economic managers. This gap must be eliminated or at least narrowed (2008). [Énfasis propio]

Se tiene, de un lado, una sociedad con nuevas y modernas redes de información, comunicación e interdependencia, y de otro lado, nuevos y más sofisticados muros levantados en las zonas de conflictos políticos y sociales (Jarillo, 2010: 107), en el que los individuos se han convertido en actores más protagónicos.

Esto muestra las tensiones y posibles riesgos del fenómeno de la globalización, en donde indiscutiblemente habrá quienes se beneficien y quienes, lejos de hacerlo, enfrenten situaciones de desigualdad. Esta visión escéptica es también sostenida por Chomsky, para quien la globalización fue impuesta bajo el logo de la integración internacional; sin embargo, desde sus inicios – señala, el término fue apropiado por un sector pequeño y limitado de poder, asociado con occidente, para referirse a su propia versión de la integración internacional. Esto con la finalidad de satisfacer sus propios intereses, los derechos de los inversores, por ejemplo. A partir de ello, la pregunta formulada por Chomsky es si la globalización se predica en favor de las personas, de la humanidad en su conjunto o, si más bien, es un fenómeno impulsado para apoyar de los intereses privados (2005).

Precisamente para ilustrar lo señalado por Chomsky, en este ámbito muchas empresas trasladaron el trabajo manufacturero desde Estados con mayor bonanza económica hacia otras partes del hemisferio, mientras que Estados con menos recursos y capital casi no aportaban y, en consecuencia, no recibían los mismos réditos. También se vislumbró un rápido pero desigual crecimiento de la población mundial durante el decenio post guerra fría, concentrándose principalmente en países pobres. Como señala el profesor Pastor Ridruejo:

El fenómeno de la globalización puede contribuir a ensanchar la separación si se le deja actuar según el libre juego de las fuerzas del mercado. Todo ello conduce a una situación de injusticia social a nivel mundial, pues no es aceptable desde el punto de vista de la solidaridad internacional que mientras los países ricos viven mayoritariamente en sociedades de consumo que llegan al despilfarro, las grandes masas de población de los países pobres sufran hambre en sentido físico, amén de privaciones culturales y de otro orden (2001: 50, 51)

Ello lleva a concluir que, lo que inicialmente parecía funcionar de manera muy eficaz, comenzó a evidenciar un rostro más crudo, marcado principalmente por la desigualdad social y económica. Como adecuadamente señala Chomsky, este fenómeno nunca tuvo réditos para la comunidad, sino solo para un pequeño sector de la economía.

De esta manera, la globalización ha traído entre sus efectos más perceptibles que los Estados con menos recursos económicos, se vean impedidos de alcanzar un desarrollo integral, similar al logrado por aquellos industrializados, cuyo poder económico derivaba

en una mejora de condiciones sociales. Es decir, la relación entre recursos económicos, bonanza y capital es directamente proporcional al nivel de igualdad y acceso a derechos económicos, sociales y culturales. Como apunta Chomsky:

Una interpretación más técnica del término globalización sería la convergencia hacia un mercado global, en el sentido de precios y salarios equivalentes en todas partes. No cabe duda de que lo que ha ocurrido no es eso, de ninguna manera, sino todo lo contrario. Respecto a los ingresos, la desigualdad está aumentando a un ritmo vertiginoso en este período de globalización, tanto dentro de los países como entre países, y se espera que la tendencia continúe (2005).

Esto ha marcado una profunda diferencia entre Estados conocidos como “desarrollados” y con amplia capacidad económica, de aquellos “subdesarrollados”, “del tercer mundo”, o pobres, los cuales han debido (y actualmente deben) afrontar los retos más grandes impuestos por la globalización. Por último, puede afirmarse que, si bien la globalización ha creado nuevas oportunidades, al acelerar el desarrollo tecnológico, al fomentar el intercambio económico y al acercar a gran parte de los individuos a través de la rapidez del avance las comunicaciones; también debe hacerse hincapié en que los beneficios que trajo este fenómeno se han repartido de forma desigual entre los Estados generando consecuencias de índole social. En ese orden de ideas, la globalización ha repercutido perniciosamente en aquellas economías incipientes, incrementando la brecha de desigualdad entre los individuos, y generando, por lo tanto, el deterioro de su calidad de vida.

Así, recapitulando, en un primer momento se evidenció un cambio favorable en la percepción y discurso sobre la construcción de muros fronterizos, el cual transcurrió desde su aceptación por tratarse de un objeto demarcador y una garantía de seguridad, a su destrucción y rechazo a partir de la caída del muro de Berlín, y con ello la transición hacia un mundo más conectado e interdependiente. No obstante, este paso adelante que suponía la destrucción de todo tipo de barreras, incluidas las fronterizas, ha enfrentado actualmente un retorno abrupto. El cuestionamiento central que debe formularse es ¿a qué se debe?, la respuesta desafortunadamente es la misma: los efectos negativos de la globalización.

1.5.3.1. La evolución y discurso de la seguridad internacional: dos perspectivas

Como se ha señalado previamente, los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, marcaron un cambio drástico en la configuración de la seguridad internacional. Esto supuso un giro en la conducción de las relaciones entre Estados, así como en la visión de la soberanía, su retorno abrupto hacia una perspectiva clásica, y sin duda el endurecimiento de las políticas migratorias de los Estados. Dichos ataques también mostraron que la globalización con todas sus ventajas en ámbitos de integración e independencia, económica y científica, facilitaban y hacían más accesible las formas más crudas de violencia.

Lo ocurrido en Estados Unidos ejemplifica perfectamente la ambivalencia de un Estado que representaba el concepto de la globalización en su sentido más estricto, pero que al mismo tiempo enfrenta las consecuencias del incremento y peligrosidad del terrorismo. Dado ello, la configuración de la seguridad estatal pasó a ser asunto prioritario en la agenda de los Estados, y la cooperación en venta de armamento pasó a ser una pieza clave para el resguardo de los nacionales.

Desde entonces, la historia ha ido demostrando que una de las principales preocupaciones es la integridad territorial y la salvaguarda del bienestar de los nacionales. Para comprender ello en toda su dimensión es necesario hacer un repaso a la evolución del concepto de seguridad y cómo esta ha sido entendida por los Estados con el paso del tiempo.

Ciertamente, “la seguridad ha sido siempre y es hoy en día un instrumento de poder político que se invoca para referirse a todos los ámbitos de la sociedad que se hallan en peligro o amenaza y que el Estado debe proteger, como la agresión exterior y movimientos internos que lo puedan poner en peligro” (Orozco, 2006: 164). Este concepto, amplio y complejo, ha sido abordado por distintas disciplinas, sin embargo, para el presente análisis es necesario detenerse en su desarrollo desde el campo de las relaciones internacionales y desde luego desde el Derecho internacional.

En primer lugar, se hará una breve referencia a la seguridad abordada desde la perspectiva de las relaciones internacionales, aquí se enunciarán algunos paradigmas teóricos que permitirán entender cómo la seguridad ha ido evolucionando en función a las necesidades e intereses de los Estados, así como a partir de la irrupción de nuevos y distintos actores que surgen en el panorama internacional. En un segundo momento, se desarrollarán los alcances de la seguridad internacional desde el campo del Derecho internacional; en este punto se presentarán a los titulares de derechos y obligaciones

que han surgido a lo largo de la historia, y cómo su estrecha relación ha exigido nuevas respuestas a para preservar la seguridad internacional.

En el campo de las relaciones internacionales, se comenzará advirtiendo que, para comprender la seguridad en la dimensión que representa hoy en día, debe volverse hacia el periodo anterior al fin de la segunda guerra mundial ya que, en este periodo histórico, la seguridad estaba orientada de manera exclusiva a la protección territorial del Estado y sus intereses. Esto encuentra su justificación en la necesidad de resguardar la soberanía territorial frente a cualquier injerencia. En esa línea, la primera fase que se encuentra es la desarrollada por el paradigma realista¹¹:

Tanto para el realismo como para el neorrealismo el objeto referente de la seguridad va a ser la integridad territorial del Estado, pues es éste el que puede a partir de su posición en el sistema, conservar los intereses de la nación y con ellos el bienestar de la sociedad. El objetivo central de la política de seguridad de un Estado debe ser, disponer de todos los medios indispensables, así como de los recursos necesarios para preservar el interés de la nación, pues con ello se logrará mantener la integridad y librar de las amenazas a aquellos intereses prioritarios del Estado (Moller, 1996).

En dicho momento, el referente de seguridad estatal era el mantenimiento, protección y preservación de sus instituciones políticas, la consolidación de la soberanía y la construcción de una nación. En tal visión, la seguridad de los individuos quedaba relegada a un segundo plano, encontrándose supeditada a la propia seguridad del Estado. Esto se debe a que el individuo no era considerado asunto central de protección. De este modo, las acciones emprendidas por los Estados para garantizar su seguridad e integridad, radicaba en el fortalecimiento de la capacidad militar que ostentaba, así como en la adquisición de material bélico que servía para mantener el *statu quo*.

Ello muestra que desde el paradigma realista los Estados eran más fuertes y seguros, siempre y cuando contaran con suficiente capacidad militar, así como recursos económicos necesarios para afrontar una situación de conflictividad, si fuera necesario (Cujabante, 2009: 98). Se identifica, entonces, que las amenazas a la seguridad estaban dadas por el uso de la fuerza por parte de los Estados.

¹¹ En el campo de las relaciones internacionales, el paradigma realista, cuyo máximo exponente es Hans Morgenthau, sostiene que una forma de analizar y entender el mundo a partir de la concepción del poder.

En la época posguerra, y con la globalización emergente, empieza a construirse una relación de cooperación entre los Estados y los actores que surgen en la escena internacional, los cuales empiezan a involucrarse e interactuar con mayor intensidad. Nace, entonces, el paradigma de la interdependencia, cuyos máximos exponentes son Robert Keohane y Joseph Nye. Ellos plantean que, en este periodo de la historia, la relación interestatal se encuentra caracterizada por la aparición de nuevos y diversos actores internacionales, como las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales y, aunque en menor medida, también los individuos. En este paradigma, el tradicional concepto de Estado-nación sostenido por la escuela realista, pasa a un segundo plano, dándosele mayor preponderancia a la interacción entre el Estado y nuevos actores internacionales quienes diversificaron la agenda internacional.

Un tercer momento importante surge con la corriente constructivista la cual coloca al interés nacional como la expresión de la identidad de una sociedad. En ese contexto, la seguridad de cada Estado encontraba sentido en el fortalecimiento de los lazos de identidad y cooperación, de modo tal que se asegure la supervivencia de instituciones eficaces a la hora de dirimir los conflictos (Orozco, 2006: 167). Bajo este paradigma, la identidad nacional impulsaba y fortalecía la seguridad colectiva, que hacía posible la preservación de los intereses del propio Estado a la vez que la de otros actores internacionales. El individuo, por su parte, empezó a adquirir un mayor protagonismo como parte del colectivo social, sin embargo, seguía estando relegado a un segundo plano en relación con los intereses de los Estados y otros actores internacionales.

Ahora bien, abordar la seguridad desde el Derecho internacional, exige analizar cómo era entendido el ejercicio de la soberanía en la relación entre los Estados en el Derecho internacional clásico, esto es, de manera casi absoluta, y poniendo al centro de la regulación la integridad territorial. Lo que se entendía como Derecho internacional clásico estuvo concebido en función de los Estados, es decir, la protección de la persona no podía llevarse a cabo más que a través de ellos, ya que aquél era ante todo Derecho interestatal. Como en 1927 dijera Nicolás Politis, refiriéndose a la situación del hombre ante el Derecho internacional de la época, “el Estado soberano era para sus súbditos una jaula de hierro, desde la que aquéllos no podían comunicarse jurídicamente con el exterior más que a través de muy estrechos barrotes” (Carrillo Salcedo, 2004: 14, 15).

Con el paso de los años, tras el fin de la segunda guerra mundial, la confrontación producida por las dos potencias, Estados Unidos y la Unión Soviética, así como sus aliados, fue distendiéndose progresivamente. Esto dio origen a un periodo de transición

que empezó con la culminación de la segunda guerra mundial en 1945, pero que se ha ido fortaleciendo a propósito de los distintos acontecimientos en el plano internacional, tales como la caída del muro de Berlín, la disolución de la URSS y el fin de la guerra fría.

Esta nueva etapa se caracteriza por el paso del Derecho internacional clásico hacia el Derecho internacional contemporáneo. En este momento, se dio una ampliación de las materias reguladas por el Derecho internacional, que antes se circunscribían estrictamente a las relaciones políticas entre Estados soberanos. También se pone de manifiesto la creciente relevancia del individuo, lo cual ha incidido y modificado la naturaleza, estructura y funciones del Derecho internacional que en muchos de sus principios inspiradores son muy diferentes a los proclamados por el Derecho internacional clásico (Carrillo Salcedo, 2004: 15).

Ello condujo a que los líderes de aquel periodo histórico empiecen a auto limitar su poder en aras de garantizar un entorno favorable a la paz. Así, nuevas Convenciones fueron suscritas con la finalidad de regular el uso, producción y comercio de armas (Ridruejo, 2001: 53-54), la adopción del Pacto de Moscú sobre prohibición parcial de pruebas nucleares (5 de agosto de 1963), y el tratado de Londres sobre no proliferación de armas nucleares (1 de julio de 1968), son solo algunos ejemplos de cómo las Potencias enfrentadas empezaron a fomentar un clima de mayor cooperación y compromiso con la seguridad internacional.

En el propio Derecho internacional empiezan a surgir nuevos sujetos de derecho que, aunque contaban con subjetividad limitada, empezaron a interactuar con el Estado. Con el fin de la guerra fría, los Estados dejan de ser los actores o sujetos protagonistas de Derecho internacional, y la proliferación de instrumentos internacionales de protección de derechos del individuo le otorga un papel preponderante en la nueva sociedad internacional. Esto demuestra que el concepto tradicional de seguridad se ha visto condicionado por el surgimiento de nuevos sujetos de Derecho internacional y, por lo tanto, se sostiene que es necesario re conceptualizarlo, incorporando al individuo como nuevo eje central de atención.

Como lo explica el profesor Pastor, el Derecho internacional contemporáneo tiene tres características, es social, institucionalizada y democrática (2001). En lo referente al carácter social, hay detrás un proceso de humanización en donde se presta mayor atención a la protección de los derechos fundamentales del de la persona humana, no

solo en un aspecto formal o de reconocimiento, sino principalmente en lo material, al instituirse nuevos mecanismos para su defensa. Junto con ello, hay una creciente preocupación por la suerte de los pueblos, por lo que los Estados empiezan a asumir un compromiso más grande para asegurar su derecho a la autodeterminación, traducido en la Carta de Naciones Unidas y en la Resolución 2625 de Asamblea General de Naciones Unidas.

Respecto a su carácter institucionalizado, las guerras antes justificadas encuentran una prohibición absoluta, y el recurso al *ius ad bellum*, se regula conforme a la Carta de la Naciones Unidas; esto marca un precedente en la seguridad internacional de los Estados, pues compromete a todos a velar por el mantenimiento de la paz, no solo desde una concepción negativa (el no recurrir a la guerra) sino más bien positiva, en respeto de los individuos y sus derechos. De igual manera, el surgimiento de múltiples y diversas organizaciones internacionales permitió una mayor vigilancia a los Estados y al cumplimiento de las principales garantías de derechos humanos, a la vez que limitó su poder (Pastor, 2001); esto sirvió para mejorar la eficacia de la cooperación y el desarrollo de los distintos actores en la sociedad internacional.

Finalmente, el carácter democrático alude a que, en espacios de confluencia de Estados, como en las organizaciones internacionales, la voluntad es expresada por todos los Estados, y ya no impuesta por aquellos más poderosos y desarrollados, lo que favorece ciertamente las exigencias de democratización del Derecho internacional (Ridruejo, 2001: 60, 61). No obstante, en los hechos los intereses de los Estados más desarrollados siguen primando por los de los Estados más pobres como ocurre en el Fondo Monetario internacional, organización en la cual la votación es ponderada, es decir, cuanto mayor es la contribución económica de un Estado, más peso tiene su voto.

Todo ello permite comprender el complejo ámbito de la seguridad y la ampliación de dicho concepto hacia nuevas formas de protección. Sin embargo y pese a todo ello, distintos problemas como el crimen organizado, el contrabando, los daños medioambientales o transfronterizos, la escasez de recursos naturales, los conflictos armados, la migración y el terrorismo han vuelto a recrudecer esta evolución, obligando a los Estados a fortalecer sus fronteras nuevamente. Una de las trasgresiones más visibles a la seguridad estatal radica en los múltiples y diversos actos terroristas, que con el paso de los años se han tornado más frecuentes y violentos, dejando a su paso no solo la destrucción de ciudades y patrimonio cultural, sino principalmente a víctimas a civiles.

1.5.3.2. Nuevas y más peligrosas formas de violencia: terrorismo internacional

Esta nueva tensión definió la conducción de la seguridad estatal y ha sido uno de los factores condicionantes para que los Estados vieran en la construcción de muros fronterizos la solución más inmediata para reforzar su defensa frente a estas nuevas y complejas amenazas. Ello indicaría que, el muro, con todas sus funciones (protección, separación y hasta segregación) y sus mecanismos de seguridad aparentemente permitiría al Estado eliminar el riesgo o amenaza a su integridad territorial (Vallet, 2012: 115).

Un hecho que complejiza esta tensión es el incremento de acciones terroristas. Para comprender la dimensión de esta consecuencia de la globalización hace falta reconocer la ausencia de una definición clara sobre la misma. No existe consenso en la comunidad internacional sobre lo que se debe entender como terrorismo, sin embargo, algunos instrumentos internacionales como el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo¹², o la Convención Interamericana contra el terrorismo, han intentado brindar elementos comunes a este delito¹³. A pesar de ello, algunos autores han intentado definir esta problemática. Por ejemplo, Novak ha señalado que:

El terrorismo es una forma de violencia que persigue desestabilizar a un gobierno, provocar cambios sociales estructurales, lograr la separación de un Estado o simplemente alterar las políticas públicas de este. En ese sentido, el terrorismo tiene como principal enemigo al Estado y para atacarlo utiliza el asesinato, la tortura, los secuestros, la extorsión, los atentados y explosivos dirigidos fundamentalmente contra la población civil, buscando con todo ello infundir temor en las personas y desestabilizar al Estado (2005: 7).

En esa línea, puede afirmarse que los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 significaron una transformación en la agenda de seguridad internacional, la cual supuso un *déjà vu* en relación con la agenda de seguridad internacional de la guerra fría (Rosas, 2006: 740). Como respuesta a ello, dos líneas de acción se emprendieron, una desde la cooperación internacional, y otra desde las políticas en el ordenamiento jurídico de los Estados.

¹² Véase más en: <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/spanish-18-11.pdf>

¹³ Véase más en: https://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/docs_esp/agres1840_02.htm

En relación al primer punto, Naciones Unidas, como organización internacional de carácter universal dio respuesta a esta situación a través del Consejo de Seguridad, que es el organismo encargado de mantener la paz y seguridad entre los Estados. Tras los ataques perpetrados, una serie de resoluciones fueron emitidas, todas ellas condenaron los actos terroristas y los consideraron una amenaza a la paz y a la seguridad internacional¹⁴, además se planteó la creación de un Comité en el seno del Consejo de Seguridad integrado por todos los miembros del Consejo, a efectos de supervisar el cumplimiento de los compromisos relativos a la lucha contra el terrorismo¹⁵. Otra de las cuestiones planteadas fue la legitimación del derecho de todos los Estados para defenderse usando la fuerza frente a grupos terroristas, y si fuese necesario, frente a Estados que los financien y apoyen. Sobre este punto se volverá en el capítulo 3, cuando se aborde el tema de legítima defensa.

Respecto a los mecanismos adoptados en el Derecho interno, se endurecieron las políticas en materia de seguridad y control migratorio en las fronteras. Por ejemplo, Estados Unidos planificó una política de seguridad que tuvo como eje la denominada “guerra contra el terrorismo”, específicamente contra Al – Qaeda, organización liderada por Osama Bin Laden, que se identificó como responsable de los ataques terroristas de 2001. Ello conllevó, a su vez, una planificada invasión de Afganistán y a los talibanes que en ese momento se encontraban en el poder.

Asimismo, la estrategia de seguridad nacional emprendida en el año 2002 supuso también una ofensiva contra Irak, debido al supuesto uso y almacenamiento de armas de destrucción masivas que tendrían (Fidler, 2004), no obstante, esta decisión no alcanzó un consenso ni apoyo de la comunidad internacional en su conjunto. Precisamente la ofensiva preventiva que se ejerció contra Irak, exacerbó las tensiones en Medio Oriente, constituyéndose en el germen para el brote de nuevos grupos terroristas fundamentalistas, los cuales han ido incrementando esta tensión entre globalización y seguridad internacional.

¹⁴ Véase más en: Resoluciones de Consejo de Seguridad S/RES/1368 (2001) “condena de los atentados cometidos el 11 de septiembre contra los Estados Unidos”; S/RES/1373 (2001) “Creación del Comité contra el Terrorismo”; S/RES/1377 (2001) “Declaración ministerial sobre la acción mundial para combatir el terrorismo”

¹⁵ Tras los ataques terroristas contra Estados Unidos, este Comité se crea con la finalidad de cooperar en la investigación, extradición, enjuiciamiento y sanción de personas que hayan participado en la comisión de actos terroristas. Véase más en: <http://www.un.org/es/sc/ctc/>

A propósito de ello, un informe publicado por *Human Rights Watch*, destacó que, tras el 11 de septiembre de 2001, el gobierno estadounidense tuvo como política la detención de personas que tuviesen el perfil de los secuestradores de los aviones que se emplearon en los atentados. En consecuencia, se detuvo, en su mayoría a hombres con rasgos árabes o que profesaran el islam (2002). Esto repercutió en los siguientes años, motivando por ejemplo que la política migratoria del presidente estadounidense Donald Trump tenga como objetivo la construcción de un tramo adicional del muro fronterizo. Si bien es cierto, la justificación principal es detener la migración irregular, lo cierto es que la política de lucha contra el terrorismo, también han “legitimado” la necesidad de dividir la frontera.

A modo de cierre, el terrorismo afirma el carácter antagónico del fenómeno de la globalización, que en un primer momento busca destruir muros físicos e imaginarios abriendo paso hacia un mundo interconectado. Sin embargo, al mismo tiempo ha facilitado la creación de espacios tales de desigualdad y pobreza que han justificado la edificación de nuevos muros para que los Estados protejan su soberanía y población frente a estas amenazas.

1.5.3.3. Una escalada en el flujo migratorio: El rechazo de lo foráneo

La OIM define a la migración como el “movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos”¹⁶. En esa línea, se puede afirmar que los movimientos migratorios tampoco son recientes, sino que han tenido lugar desde las primeras formas de organización social de los colectivos humanos, es decir los individuos se han desplazado desde siempre hacia lugares en los que se pudiesen satisfacer sus necesidades y expectativas de vida. Sin embargo, en “cada época de la historia han sido diferentes, ya sea por las causas que las motivan, como por las principales modalidades que revisten, las consecuencias que entrañan, y la significación que se les atribuye” (Arango, 2007: 1).

En la actualidad, los flujos migratorios se han mantenido e inclusive incrementado, así lo refleja la estadística mostrada por Naciones Unidas:

¹⁶ Véase más en: Glosario sobre Migración de la OIM http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

The number of international migrants worldwide has continued to grow rapidly in recent years, reaching 258 million in 2017, up from 220 million in 2010 and 173 million in 2000. Over 60 per cent of all international migrants live in Asia (80 million) or Europe (78 million). Northern America hosted the third largest number of international migrants (58 million), followed by Africa (25 million), Latin America and the Caribbean (10 million) and Oceania (8 million) (ONU, 2017).

Ello ha conducido a un sinnúmero de cambios y reformas en la configuración de la seguridad, que originó que se regule de manera más estricta el ingreso de personas al territorio de distintos Estados. El extranjero empezó a ser visto con desconfianza y, en consecuencia, el fenómeno migratorio, y en particular, la figura del migrante comenzó a ser percibida –erróneamente, como una amenaza para los Estados de acogida.

Frente a esto los Estados de acogida de migrantes han impulsado una serie de reformas que van desde el endurecimiento de sus políticas migratorias, hasta la construcción y fortalecimiento de muros en sus fronteras a fin de evitar la migración. Como sostiene Castles:

Para los países de inmigración es difícil impedir los flujos migratorios no deseados. Si bien es cierto que el Acuerdo de Schengen en Europa y el endurecimiento de los controles fronterizos en los Estados Unidos han reducido los movimientos irregulares, no los han suprimido en su totalidad. Varios países africanos y asiáticos han puesto en práctica medidas draconianas, como la expulsión en masa de trabajadores extranjeros (Nigeria, Libia y Malasia), la construcción de vallas y muros a lo largo de las fronteras (Sudáfrica, Israel y Malasia), los castigos graves infligidos a los inmigrantes irregulares (...) y las sanciones a los empleadores (Sudáfrica, Japón y otros países). A pesar de tales medidas, la migración no autorizada sigue siendo una preocupación casi en todos los países (2000: 29).

Esta cita permite arribar a la premisa que las actuales barreras físicas a la movilidad no solo se contraponen al propósito primero de la globalización, esto es, un intercambio en el sentido más amplio del término, sino que impiden la libre circulación de personas, imponiendo un régimen violento de separación. Esto muestra la ambivalencia: cooperación sí, migración no; fronteras abiertas para determinados propósitos, y para otros, muros y alambradas. Como señala Ortega, “estas murallas, vallas, barreras, cercas y fronteras fortificadas muchas veces son consideradas los nuevos muros de la globalización” (2006). Las ideas expuestas han sido confrontadas con lo expuesto

anteriormente: 70 muros, de los cuales 60 ya están contruidos, 8 planificados, y 2 recientemente destruidos.

A su vez, esta nueva tensión que supone el aumento de personas que dejan sus países de origen para residir en otros países, ha sido percibida equivocadamente como un problema y una amenaza también en aspectos relacionados a la identidad nacional, a la seguridad y a las distintas oportunidades de desarrollo para los ciudadanos del país de acogida:

Los migrantes hoy en día se desplazan a través de las fronteras desafiando toda clase de barreras físicas, étnicas o ideológicas, que cada vez se vuelven más insalvables sobre todo por parte de las naciones industrializadas las que vienen construyendo barreras físicas, como mecanismos anti migratorios, que garanticen la autodefensa y excluyan a todo aquel que viene desde afuera. Así, el migrante muchas veces es visto como una amenaza porque es el signo visible de cambios no esperados ni deseados durante el intercambio intercultural e interétnico. En este contexto de hostilidad que llega a ciertos niveles de agresividad es justificada o encubierta por discursos que exaltan el peligro que corre la propia identidad nacional (Chipana, 2000: 28, 30).

En medio de dichas complejidades, el crecimiento voraz de la movilidad internacional ha sido un factor condicionante para el retorno a los antiguos y extremos nacionalismos que exacerbaban la xenofobia y que colocan al migrante como el responsable de la inseguridad al interior de las fronteras del Estado. Autores como Castles afirman que:

Las migraciones y las minorías se consideran un peligro para el nivel de vida, el estilo de vida y la cohesión social. En Europa, los partidos de extrema derecha han crecido y florecido con campañas en contra de la inmigración. Del mismo modo, una de las reacciones a la crisis asiática de 1997-1999 fue culpar a los inmigrantes del desempleo y de otros males sociales y adoptar políticas de deportaciones a gran escala. La experiencia de los últimos cincuenta años indica que la inmigración casi siempre origina cambios culturales, que pueden ser percibidos como amenazadores. Como, por lo general, los líderes políticos hacen poco para preparar a sus poblaciones para este tipo de acontecimientos, el resultado suele ser una politización de las cuestiones relacionadas con la migración y el surgimiento de conflictos que pueden tardar años en resolverse (2000: 28).

Frente a ello, la construcción de muros exagera estas tensiones. Entonces, el papel del Estado debe estar orientado, más bien, a confrontar estos nuevos retos de manera conjunta con el mantenimiento de las tradiciones locales e identidades nacionales, de

modo que pueda hacer posible un espacio en donde se compartan un mínimo de valores que permitan el desarrollo pacífico de la sociedad, y en donde el ciudadano pueda considerarse a sí mismo como parte de un grupo dentro del cual coexiste con nuevos actores, y en la que tiene capacidades para ser parte activa del proceso de globalización (Jarillo, 2010: 133).

Al respecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha propuesto alternativas para abordar el fenómeno de la migración desde una perspectiva de los derechos humanos de los migrantes. Por ejemplo, en su Resolución 62/156 relativa a la protección de los migrantes, exhortó a los Estados, organizaciones internacionales y otros interesados:

Que tengan en cuenta en sus políticas e iniciativas sobre cuestiones relacionadas con la migración el carácter mundial del fenómeno de las migraciones y presten la debida consideración a la cooperación internacional, regional y bilateral en este ámbito, incluso organizando diálogos sobre la migración con la participación de los países de origen, destino y tránsito y la sociedad civil, incluidos los migrantes, con miras a abordar exhaustivamente, entre otras cosas, sus causas y consecuencias y el problema de los migrantes indocumentados o irregulares y dando prioridad a la protección de los derechos humanos de los migrantes¹⁷.

Finalmente, la mayoría de los Estados receptores de migrantes sienten gran inquietud por la permeabilidad de sus fronteras, razón por la cual han establecido nuevas y diversas medidas jurídicas para endurecer el control (Pécoud, 2005: 139). Un buen ejemplo es el levantamiento de muros fronterizos en algunos contextos, tal es el caso de Estados Unidos – México, a lo largo de la cual se han construido muros de hormigón, y patrullan agentes cada vez más numerosos provistos de equipo de sofisticada tecnología, como alumbrado de gran intensidad, elevadas alambradas de acero, sensores de detección de calor y movimiento corporal y video vigilancia (Nevins, 2002: 102), ha exacerbado la vulnerabilidad de quienes intentan cruzar la frontera.

Este capítulo ha tenido como objetivo general, evidenciar que la problemática de la construcción de muros fronterizos no es actual y ha venido dándose a lo largo de la

¹⁷ Véase más en: Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 62/156. Disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/156&Lang=S

historia. Asimismo, se ha propuesto el estado de la cuestión de la construcción de muros fronterizos en la actualidad y las principales justificaciones alegadas. Todo ello ha sido analizado a la luz del fenómeno de la globalización, el cual ha expuesto un sinnúmero de complejidades y contradicciones. En un primer momento condenando la presencia del muro fronterizo y exigiendo una mayor integración, y en un segundo momento, endureciendo las políticas de seguridad estatal y favoreciendo su retorno.

Estas son las bases para poder desarrollar si son o no legales a la luz de las obligaciones jurídicas de los Estados, principalmente en materia de protección del individuo. Es a partir de ello que en el siguiente capítulo se formulará un análisis jurídico, en donde se plantearán los vacíos existentes en temas de regulación, así como las respuestas jurídicas para determinar su eventual ilegalidad.



2. CAPÍTULO II: La construcción de muros fronterizos, una problemática que involucra al Derecho internacional

Esta investigación parte de la premisa de que no se puede afirmar *a priori*, y de manera categórica, que todos los muros fronterizos identificados en el capítulo anterior son o no ilegales a la luz del Derecho internacional. Por el contrario, el análisis de su legalidad dependerá del contexto que rodee cada muro en concreto pues solo de esa manera podrá evidenciarse o no la vulneración de determinados derechos u obligaciones. Sin perjuicio de esta precisión, lo que sí puede afirmarse es que un muro fronterizo restringe el ejercicio de determinados derechos humanos, no solo de aquellos que se encuentran fuera del territorio de un Estado, sino también de aquellos que se encuentran dentro del mismo.

En este capítulo se analizará cómo la falta de una regulación específica sobre la materia hace imposible un pronunciamiento contundente en torno a la legalidad o no de la construcción de muros fronterizos. Sin embargo, el aporte que brindará este capítulo recaerá en el desarrollo de dos aspectos jurídicos que permitirán comprender cómo pese a esos vacíos, estos muros fronterizos podrían devenir en ilegales. A saber, el proceso de humanización del Derecho internacional, y la aplicación extraterritorial de obligaciones convencionales en materia de derechos humanos. Para tales fines, se acudirá a los pronunciamientos de cortes e instancias jurisdiccionales.

Para ello, será útil abordar el desarrollo de conceptos como soberanía, territorio y jurisdicción pues en contextos tan hostiles como la presencia de muros fronterizos, se evidencia una tensión entre estos tres y las obligaciones de derechos humanos y DIH. En esa medida, será importante ver cómo estos tres conceptos se interrelacionan también con el mencionado proceso de humanización.

2.1. La ausencia de una prohibición general respecto a la construcción de muros fronterizos

Como planteamiento inicial, debe señalarse que no existe ninguna fuente en el Derecho internacional, ni convencional ni consuetudinaria, que prohíba de manera expresa la construcción de muros fronterizos. Esto quiere decir esta investigación parte de la premisa de que no existe una obligación vinculante a los Estados orientada a impedir su construcción. No obstante, esto no quiere decir que la ausencia de regulación jurídica clara sea motivo suficiente para descartar su ilegalidad, por el contrario, es necesario

revisar dos aspectos. De un lado, qué normas de Derecho internacional se encuentran presentes en el contexto fronterizo y vinculan a los Estados, y de otro lado, cómo pese al vacío existente los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional por hechos (aparentemente) lícitos.

2.1.1. El Derecho internacional presente en el contexto fronterizo

En lo que respecta a las normas jurídicas que vinculan a los Estados en el contexto fronterizo, se encuentran los tratados bilaterales de fronteras. Como se anticipó en el capítulo anterior, los Estados tienen la capacidad de desplegar su soberanía al interior de sus fronteras, las cuales se establecen mediante dos etapas, la delimitación y la demarcación¹⁸. Todo este proceso solo es posible mediante acuerdos que expresan la voluntad de los Estados de marcar los límites de sus territorios. Sin embargo, dada la complejidad de este tipo de tratados, cuentan con salvaguardas especiales.

Como señala Novak, estos “tratados que tienen una categoría especial, no pueden ser revisados o reformados más que por un acuerdo entre las partes: estos tratados tienen vocación de perpetuidad, es decir, están destinados a perdurar” (2001: 181). Por ejemplo, la propia Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969, contiene una salvaguarda en su artículo 62.2.a, cuando señala que no podrá alegarse un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él, cuando el tratado verse sobre temas fronterizos. En el mismo sentido, algunos años después la CIJ en la controversia territorial entre Libia y el Chad de 1994, señaló:

Once agreed, the boundary stands, for any other approach would vitiate the fundamental principle of the stability of boundaries, the importance of which has been repeatedly emphasized by the Court.

Además de los tratados bilaterales que determinan las fronteras, quizás uno de los únicos tratados a nivel regional que aborden el tema los elementos del Estado sea el tratado de Montevideo sobre derechos y deberes de los Estados. Este ha tenido gran acogida e importancia porque plantea en sus disposiciones cuáles son los elementos del Estado, destacando el territorio y su inviolabilidad¹⁹.

¹⁸ Véase más en: Capítulo 1 “Fronteras: ¿espacios de confluencia o de separación”

¹⁹ Véase más en los artículos 1, 9 y 10 de dicho tratado

Un último aspecto a puntualizar es qué ocurre cuando los Estados no llegan a un acuerdo en relación a los límites. Pues bien, el Derecho internacional prevé la aplicación de otros mecanismos para determinar estos límites. En caso no exista un tratado bilateral, se acudirá a los principios universalmente aceptados de Derecho internacional, o se puede recurrir a mecanismos jurisdiccionales de solución pacífica de controversias, tales como la constitución de tribunales arbitrajes, o acudir a la CIJ. Como señala Novak, estas instancias “están facultadas para establecer de acuerdo a Derecho, la frontera entre los Estados peticionarios por medio de una sentencia o laudo; aunque menos frecuente, la frontera puede ser también determinada por terceros sin participación o consentimiento de los involucrados, o que sea determinada por un acto unilateral” (2001: 181).

Recapitulando el tema central sobre a qué normas jurídicas acudir frente al vacío en la regulación sobre la prohibición de muros fronterizos, debe señalarse que estas se determinan, como regla general, mediante tratados bilaterales entre los Estados, y como excepción frente a la incapacidad de alcanzar un acuerdo, a través de medios jurisdiccionales de solución de controversias. Pero, ¿por qué es importante establecer los límites territoriales del Estado? Porque, como se ha venido sosteniendo, en este espacio despliega su soberanía. De ahí que resulte relevante hacer referencia a esta potestad y sus alcances y desarrollo desde el Derecho internacional.

2.1.1.1. Estado, territorio y soberanía: tres conceptos tradicionalmente indisociables

Abordar el desarrollo del concepto de soberanía implica necesariamente hacer una referencia al Estado, ya que aquella constituye un atributo inherente a este. Históricamente, el desarrollo del concepto “soberanía estatal” surge con el nacimiento de los tradicionales Estados – nación, heredados de la época Westfaliana. En 1648, culminada la guerra de los treinta años, fue fundado un nuevo orden internacional caracterizado por la ruptura de las relaciones internacionales basadas en ciertas categorías jerárquicas, religiosas o seculares, de coordinación o subordinación, que hasta ese momento habían estado en manos del papado y el emperador (Espósito, 2010: 173). Fue precisamente la paz de Westfalia, el hito que puso fin a dicho periodo bélico, el cual dejó como legado una multiplicidad de entes soberanos (Estados) caracterizados por:

(i) El mutuo reconocimiento de las soberanías; (ii) la distribución asimétrica del poder entre los Estados, lo cual llevó a la existencia de las grandes potencias; (iii) la prevalencia de mecanismos regulares de comunicación entre Estados, que explican las bases de la diplomacia moderna; y (iv) un conjunto de normas jurídicas (Wright, Martin, 1977, citado en Lafer, 1989: 572).

Lo antedicho revela que una de las principales características que ostentaban los Estados era la posesión de unidades territoriales, sobre las cuales tenían independencia jurídica. Es, precisamente a partir del territorio que ambas nociones, Estado y soberanía, empiezan a asociarse más intensamente. En consecuencia, un Estado era considerado soberano porque el territorio que poseía no se encontraba sujeto a ninguna autoridad externa, sino que tenía sobre el mismo una mayor autonomía. Sobre el particular, autores clásicos como Thomas Hobbes, Jean Bodin y Carl Schmitt asociaban a la soberanía con características como:

Supremacía (ningún poder es superior), la permanencia en el tiempo (no hay límite de tiempo), la capacidad de decisión (no hay vinculación o sumisión a la ley), un carácter absoluto y completo (la soberanía no puede ser probable o parcial), la condición de intransferible (la soberanía no puede cederse sin anularse a sí misma), y una jurisdicción especificada (territorialidad) (Brown, 2010: 30, 31).

En la misma línea, otros autores atribuyen el ejercicio de la soberanía a la presencia de determinados elementos, por ejemplo, Thomson señala que la soberanía posee seis aspectos esenciales: Estado, autoridad, población, coerción, territorialidad y reconocimiento. Esta definición supone un paso adelante, pues implica que un Estado puede ejercer autoridad a través de su derecho exclusivo de emitir normas e imponer su respeto mediante su capacidad de coerción (1995: 229). A partir de ello, se analizará que la soberanía se despliega en dos dimensiones: la soberanía interna y la soberanía externa.

De un lado, la soberanía interna hace referencia a la capacidad que los Estados desenvuelven dentro del territorio y que tiene como destinatario primario a su población. A su vez, supone dotar de cuotas de libertad a las instituciones gubernamentales que ejercen el poder político y participan en la toma de decisiones. De la misma forma, implica el ejercicio de poder frente a la comunidad de personas que se encuentra dentro de un territorio, determinado por fronteras establecidas. Nagan y Hammer destacan que, junto con la territorialidad, una de las manifestaciones más fundamentales de la soberanía es el fortalecimiento de instituciones políticas al interior de cada Estado, que

actúan bajo la autorización o fijación de competencias asignadas para la toma de decisiones sobre las instituciones de gobierno (2004: 153).

Esta dimensión implica el ejercicio exclusivo y excluyente del poder estatal dentro del territorio de los Estados. En ese sentido, la autoridad soberana de los Estados ha radicado tradicionalmente en el principio de territorialidad y exclusión de otros Estados en asuntos pertenecientes al dominio reservado, es decir, a la negativa a cualquier tipo de injerencia en los asuntos internos. Como señala Salmón, debe entenderse por 'dominio reservado' a todas aquellas materias sobre las cuales ningún otro Estado tiene derecho a intervenir (2014: 73).

De otro lado, la soberanía externa, implica un reconocimiento de la soberanía estatal por parte de terceros Estados y organizaciones internacionales. Asimismo, en palabras de Novak, "es también llamada independencia y permite al Estado determinar libremente sus relaciones diplomáticas con otros Estados, decidir su participación en organizaciones y conferencias internacionales, así como sus relaciones económicas internacionales" (2001: 41). En la misma línea, dicho autor reconoce que, en el marco de la dimensión externa, existen ciertos parámetros de acción de los Estados: prerrogativas y deberes en torno a su ejercicio, tales como la "ausencia de subordinación a otros sujetos de derecho internacional, la presunción de regularidad de los actos estatales la autonomía constitucional y la libre elección del régimen político, así como la posibilidad de participar en relaciones internacionales" (2001: 41). En cuanto a los deberes, se puede mencionar la prohibición del uso de la injerencia en los asuntos internos de otros Estados y la prohibición del uso fuerza, ambas prohibiciones reguladas en la Carta de Naciones Unidas.

Habiendo desarrollado ya el surgimiento del Estado y las manifestaciones de la soberanía, importa hacer hincapié en la evolución que estos conceptos han atravesado. Así, por ejemplo, la concepción de Estado y soberanía no serán las mismas en el Derecho internacional clásico que en el Derecho internacional contemporáneo. En el primero, los Estados eran considerados los únicos sujetos del Derecho internacional, es decir eran a la vez los creadores y los destinatarios de las normas jurídicas internacionales, pues la existencia de un nuevo sujeto que haga las veces de legislador internacional resultaba impensable en un medio social integrado por Estados soberanos (Carrillo Salcedo, 2000: 70).

Sin embargo, la sociedad internacional, con el paso de los años, ha ido paulatinamente transformándose y erosionando el concepto tradicional de soberanía, reinterpretándolo de conformidad con el surgimiento de nuevos sujetos de Derecho, a partir de su interrelación y de las nuevas obligaciones adoptadas por los propios Estados. Estas nuevas obligaciones internacionales contraídas, gran parte de las cuales son de derechos humanos, han derivado en lo que el profesor Carrillo Salcedo identifica como una tensión dialéctica entre soberanía y derechos humanos. Esta tensión a la que el alude se resuelve considerando que, precisamente “por ser soberanos, los Estados han adquirido obligaciones internacionales en materia de derechos humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto” (2000: 20).

2.1.1.2. La concepción clásica del Estado en el Derecho internacional clásico: caso Lotus (Francia vs. Turquía)

Un caso emblemático que ejemplifica la concepción más clásica de los Estados soberanos es la controversia entre Francia versus Turquía, conocida como caso Lotus. Este caso fue resuelto en 1927 por la CPJI, órgano jurisdiccional de la Sociedad de las Naciones, organización internacional precedente a la actual Organización de las Naciones Unidas.

Este caso versó sobre la colisión en alta mar entre dos buques, uno de nacionalidad francesa y otro turco, dejando como consecuencia, el fallecimiento de ocho nacionales turcos. Esto originó que el capitán de la embarcación francesa “Lotus”, Demons, fuera juzgado y condenado a ochenta días de prisión y multa por parte de tribunales turcos. Este hecho generó tensiones diplomáticas entre ambos Estados, lo que conllevó a que el gobierno francés proteste y exija la liberación de Demons, o en su defecto que su caso fuese revisado por tribunales franceses. Ante la falta de consenso entre ambos Estados, Turquía y Francia acordaron someterse a la jurisdicción de la CPJI.

El análisis de este caso es de especial relevancia porque pone de manifiesto la hegemonía del Estado como sujeto pleno y soberano de Derecho internacional. Al respecto, las preguntas que la CPJI dilucidó fueron, (i) si Turquía vulneró o no el Derecho internacional cuando los tribunales turcos ejercieron jurisdicción sobre un delito cometido por un nacional francés, en alta mar; y (ii), si correspondía o no pagar una indemnización a Francia. A efectos de determinar ello, la CPJI sostuvo que:

International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed. Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that-failing the existence of a permissive rule to the contrary-it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention. (p. 18)

In these circumstances, all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty. (p.19) [Énfasis propio]

La corte concluyó que un Estado es soberano porque ejerce jurisdicción en su propio territorio. Más adelante se analizará cómo esta visión limitada de jurisdicción, entendida como control territorial, se va extendiendo a través de los distintos pronunciamientos de tribunales internacionales. En ese orden de ideas, el caso permite arribar a la conclusión de que otra manifestación de la soberanía estatal guarda relación con el derecho inherente de todo Estado a juzgar y sancionar a los posibles autores de crímenes cometidos en su territorio.

Ahora bien, sin perjuicio de que en el caso Lotus el alegado delito no haya sido cometido dentro del territorio turco, sino más bien en alta mar, el fallo emitido por la CPJI es particularmente importante porque muestra (i) cómo el Derecho internacional clásico admitía únicamente como sujeto de derecho a Estados soberanos, y (ii) que la soberanía era entendida como el ejercicio de jurisdicción estrictamente territorial. De igual manera, mostraba los alcances de la soberanía a partir de la exclusión de otros Estados.

2.1.1.3. Caso de la Isla de Palmas: dimensión interna y externa de soberanía

Otro caso que describe la relación Estado – soberanía es el arbitraje referido al asunto Isla de Palmas, entre Países Bajos y Estados Unidos. Esta controversia fue resuelta por la CPA en el año 1928, y desarrolló ampliamente aspectos vinculados con el ejercicio y límites de la soberanía estatal. Ambos Estados reclamaban para sí el ejercicio de soberanía sobre la Isla de Palmas, ubicada en Filipinas; en virtud de ello, decidieron

llevar dicha controversia ante el fuero de la CPA en el año 1925. Tres años después, el árbitro Max Huber, al resolver el caso, estableció que:

Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organisation of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations (p. 838). [Énfasis propio]

Dicho pronunciamiento permite diferenciar las dos dimensiones de la soberanía ya enunciadas: la interna y la externa. Solo importa reiterar que, respecto de la primera, esta hace referencia a que es la propia comunidad la que determina la estructura política y jurídica que regirá, sin injerencia de ningún orden. Con relación al aspecto externo, el árbitro Huber señaló que este atributo supone contar con una cuota de independencia en relación con terceros Estados; debe considerarse que esta atribución se asocia también con la aspiración de una comunidad para determinar su propia dirección y política, a fin de proteger el territorio del Estado frente a cualquier tipo de interferencia externa (Hinsley, 1986: 183).

Por todo ello, puede considerarse que, al igual que en el caso Lotus, este laudo reconoce al Estado como sujeto de Derecho internacional por excelencia, lo cual implica la exclusión de terceros Estados en el ejercicio de su autoridad. Este laudo es también importante porque desarrolla el concepto de soberanía desde el paradigma clásico, es decir, sustentado en la territorialidad. El árbitro Huber señaló que:

Territorial sovereignty is, in general, a situation recognized and delimited in space, either by so-called natural frontiers as recognised by international law or by outward signs of delimitation that are undisputed, or else by legal engagements entered into between interested neighbours, such as frontier conventions, or by acts of recognition of States within fixed boundaries.

Territorial sovereignty involves the exclusive right to display the activities of a State. This right has as corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory. Without manifesting its territorial sovereignty in a manner corresponding to circumstances, the State cannot fulfil this duty. Territorial sovereignty cannot limit itself to its negative side,

i.e. to excluding the activities of other States; for it serves to divide between nations the space upon which human activities are employed, in order to assure them at all points the minimum of protection of which international law is the guardian. (p. 838-839) [Énfasis propio]

A partir de ello, puede afirmarse que la soberanía territorial se justifica en la plenitud de jurisdicción del Estado sobre un determinado espacio territorial, que incluye la capacidad de disponer de él. Dicho en otras palabras, la soberanía es el nivel más alto de jurisdicción de un Estado sobre un espacio dado (Kohen, 2016). No obstante, esta visión de soberanía territorial ha quedado desfasada con el paso de los años pues se constriñe exclusivamente a la esfera espacial de jurisdicción del Estado.

En ese contexto, la soberanía, que otrora se reclamaba absoluta para los Estados, empezó a relativizarse, pues nuevos límites le fueron impuestos. En primer lugar, por la multiplicidad de sujetos de Derecho internacional entre los cuales se identifican como más importantes a las organizaciones internacionales y al individuo. Y, en segundo orden, por las nuevas obligaciones internacionales asumidas por la comunidad internacional en su conjunto, las cuales presuponían, como acertadamente señaló Carrillo Salcedo, ceder una cuota de la soberanía estatal. No obstante, no debe perderse de vista que, a pesar de dichas transformaciones, los Estados aún hoy siguen teniendo subjetividad plena en la esfera internacional, y son los principales impulsores de la adopción de decisiones.

Así, la soberanía, entendida en su faceta clásica como control territorial, ciertamente ha evolucionado, pero no ha quedado superada, es decir, el elemento territorial sigue siendo un elemento fundamental y hasta determinante. En la actualidad, los Estados siguen teniendo prerrogativas amplias, pero también son pasibles de obligaciones internacionales, y aunque se haya reconocido la presencia de nuevos sujetos de Derecho internacional, estos siguen siendo actores primarios.

2.1.2. El muro fronterizo como un hecho lícito

Ahora bien, tras haber abordado las principales consideraciones en relación al ejercicio de la soberanía, un punto que debe destacarse es que la ausencia de una regulación específica en torno a la construcción de muros fronterizos no es causal para que su presencia no genere consecuencias jurídicas. Por el contrario, incluso si se determinara que son objetos lícitos, esto también podría generar la responsabilidad internacional de

los Estados que los construyen. Si bien esta investigación no tiene como objetivo plantear la responsabilidad internacional por hechos lícitos, sino más bien por hechos ilícitos, es preciso dejar sentada la postura de que un muro fronterizo puede generar responsabilidad internacional de los Estados, ya sea que este sea un objeto lícito o no. En ese sentido, este acápite detallará algunos aspectos importantes de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos lícitos.

En este ámbito, la construcción de un muro fronterizo se erige como una actividad peligrosa no prohibida por el Derecho internacional. Estas actividades peligrosas, por lo general, tienen un impacto en el territorio de un tercer Estado. Este impacto suele ser de carácter medio ambiental, por lo que se puede afirmar que genera también un perjuicio en los individuos. A esto comúnmente se le llama daño transfronterizo, frente a lo cual, los Estados tienen ciertas obligaciones que asumir. Al respecto, la CIJ ha señalado en la opinión consultiva sobre legalidad amenaza empleo armas nucleares de 1996 que:

“The existence of the general obligation of states to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other states or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment”.

Mientras que, por su parte, la Corte IDH en la opinión consultiva “Medio Ambiente y derechos humanos” de 2017, ha destacado que:

97. El Derecho internacional exige a los Estados una serie de obligaciones frente a la posibilidad de daños ambientales que traspasen las fronteras de un particular Estado (...). Asimismo, dicha corte ha señalado, en aplicación de este principio, que los Estados deben velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción, así como que están obligados a usar todos los medios a su disposición para evitar que actividades que tienen lugar en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un daño significativo al medio ambiente de otro Estado.

En ese sentido, aunque un muro no se constituya *ex ante* como un objeto ilícito, puede generar repercusiones tanto en el Estado en que se construyó, como en el Estado fronterizo. Es por ello que existen algunas consideraciones que los Estados deben acatar para evitar incurrir en responsabilidad internacional por tales actos. Por ejemplo, los Estados que conduzcan actividades riesgosas, tienen la obligación de prevenir daños ambientales transfronterizos.

La jurisprudencia de la CIJ ha establecido en el caso Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania) de 1949, que “el principio de prevención, como regla consuetudinaria, tiene su origen en la debida diligencia que se requiere de un Estado en su territorio. Además, [la prevención] es la obligación de todo Estado de no permitir que su territorio sea utilizado con conocimiento de causa para cometer actos contrarios a los derechos de otros Estados”. Esto significa, que los Estados tienen la obligación de utilizar todos los medios disponibles a fin de evitar que actividades riesgosas o nocivas para el medio ambiente se lleven a cabo en su territorio y que, a su vez, conlleven un “*daño significativo*” en el medio ambiente de un tercer Estado²⁰. Como se adelantó, estas afectaciones sin duda ponen en riesgo también a los individuos; en ese sentido, la CIDH ha señalado en su informe sobre Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes e industrias extractivas que:

Cobra relevancia en caso un plan o proyecto concreto suponga un riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado. Puede tratarse de afectaciones a la vida o integridad personal producto *inter alia* de la contaminación ambiental, desplazamiento u otros impactos en tales derechos humanos.

Otros de los deberes es el de precaución que implica “la adopción de medidas en casos donde no existe certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad en el medio ambiente” (CIDH, 2017). Estos deberes han sido reforzados en instrumentos de *soft law* como la Declaración de Río de 1992, en donde se señala que “los Estados tienen (...) la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional” (principio 2).

Ahora bien, como se verá cuando se aborde el tema de jurisdicción, los Estados tienen obligaciones no solo en su propio territorio, sino también en aquel espacio en donde ejercen cierto tipo de control. Esto fue señalado también por la CIJ en la precitada sentencia sobre el caso del Canal de Corfú, en donde señaló que:

“Every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used contrary to the rights of other States” (p. 22).

²⁰ Véase más en: *Asunto de las Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay)* de fecha 10 de abril de 2010.

En ese sentido, aun cuando se conduzcan actividades lícitas en el propio territorio del Estado, que puedan tener impacto fuera del mismo, este tiene el deber de proteger todo aquello que pueda ser afectado como consecuencia de dicha actividad, incluyendo a los individuos. Esto encuentra justificación en que el propio Estado tiene control sobre la o las actividades que está desempeñando. Así, de acuerdo con lo señalado por la Corte IDH en la referida opinión consultiva:

101. (...) Las actividades que se emprendan dentro de la jurisdicción de un Estado Parte no deben privar a otro Estado de la capacidad de asegurar a las personas en su jurisdicción el goce y disfrute de sus derechos bajo la Convención. La Corte considera que los Estados tienen la obligación de evitar daños ambientales transfronterizos que pudieran afectar los derechos humanos de personas fuera de su territorio.

102. El ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado de origen frente a daños transfronterizos se basa en el entendimiento de que es el Estado, en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan estas actividades, quien tiene el control efectivo sobre las mismas y está en posición de impedir que se cause un daño transfronterizo que afecte el disfrute de los derechos humanos de individuos fuera de su territorio (...). [Énfasis propio]

Finalmente, es preciso hacer hincapié en la relación que existe entre el impacto medioambiental en el territorio de un tercer Estado y la relación que tiene con los derechos del individuo. Así, como señala Blanco:

Un medio ambiente saludable no sólo constituye un derecho esencial, sino que es pre requisito para el goce de los demás derechos humanos (...). Desde el desarrollo inicial del DIMA, el derecho a la vida y a la integridad personal han sido fuertemente asociados con la preservación y sostenibilidad medioambiental, en la medida en que no pueden entenderse sin un medio ambiente sostenido que los garantice y asegure (2017).

En ese orden de ideas, se puede concluir que un muro fronterizo, en el marco de un análisis sobre responsabilidad internacional por constituirse en un hecho lícito, efectivamente podría repercutir en el medio ambiente y en consecuencia en el individuo. Al respecto, derechos como vida, salud, e integridad podrían ser vulnerados con su presencial.

2.2. Hacia la determinación de la ilegalidad de su construcción

Ya se determinó en acápites precedentes que no existe una prohibición general de construir muros fronterizos, es decir, no existe norma alguna que vincule a los Estados a evitar su construcción. Asimismo, se ha señalado que, pese a no ser *per se* un hecho ilícito, su presencia puede conllevar a responsabilidad internacional de los Estados. En este acápite, se dará un paso adelante frente a este vacío jurídico; en esa medida, será necesario acudir a dos conceptos jurídicos que permitirán comprender la razón de su eventual ilegalidad.

En primer lugar, se analizará cómo la soberanía, antes entendida en un sentido absoluto, ha evolucionado a la luz de nuevos procesos que se han reivindicado la subjetividad internacional del individuo. Concretamente se abordará la humanización del Derecho internacional, y la importancia de que los Estados den cumplimiento a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y de DIH en el caso de conflictos armados. Esto evidenciará que la soberanía no puede entenderse de manera absoluta, es decir, que un Estado no puede construir un muro fronterizo en su territorio, alegando que lo hace en el marco de su soberanía, sino que deberá considerar otros factores como el respeto y garantía del *corpus iuris* de derechos humanos y DIH.

Y, en segundo lugar, se sostendrá que, pese a que el muro fronterizo se encuentre construido en el territorio del Estado, el concepto de jurisdicción ha evolucionado y ya no se encuentra constreñido a este, sino que se despliega en todo aquel espacio en donde el Estado tiene un cierto grado de control. Esto quiere decir que, aun encontrándose en el territorio del Estado, las consecuencias podrían trascender, por ejemplo, en el individuo que se encuentra del otro lado del muro, en particular en el ejercicio de sus derechos. En ese sentido, se analizará también la evolución del concepto de jurisdicción, y cómo a partir de la determinación de la misma, las obligaciones internacionales, por ejemplo, convencionales, son aplicadas extraterritorialmente.

2.2.1. Una necesaria reinterpretación del concepto de soberanía

Como se adelantó, frente al clásico principio de soberanía, ha aparecido otro principio consustancial: el de los derechos humanos (Carrillo Salcedo, 2000: 69). Así, una nueva transformación aparece en escena: la soberanía empieza a entenderse a la luz de nuevos factores y dinámicas que irrumpen la escena internacional, como la globalización y la aparición de diversos actores. Como consecuencia de dichos cambios, las características propias de los Estados soberanos se han visto severamente

comprometidas por los crecientes flujos de capital, personas, ideas, mercancías, violencias y vasallajes políticos y religiosos. Como señala Brown:

These flows both tear at the borders they cross and crystallize as powers within them, thus compromising sovereignty from its edges and from its interior (...). And nation-state sovereignty has been challenged by a quarter century of post national and international assertions of law, rights, and authority that sometimes openly aim to subvert or supersede the sovereignty of states (2015: 31).

Todas estas dinámicas demandan del Derecho internacional una justa reinterpretación de soberanía. En virtud de ello, hoy en día los Estados no son más considerados unidades independientes e impermeables como en la era post Westfalia; por el contrario, tienen una capacidad de influenciar y ser influenciados por el contexto internacional en el que se encuentran. Es en este ámbito en el cual el individuo ha irrumpido, obteniendo cada vez un mayor protagonismo. Por lo tanto, puede afirmarse que las continuas transformaciones globales han obligado a reinterpretar el concepto tradicional de soberanía estatal a la luz de una visión más asociada a lo antropocéntrico, conforme se analizará cuando se aborde la humanización del Derecho internacional. A este fenómeno de incursión del individuo en la esfera internacional se le denominará proceso de humanización.

Lo dicho hasta aquí no supone que la soberanía haya sido desplazada por el fenómeno de la globalización, sino más bien demuestra que es necesaria una lectura más amplia, acorde con las circunstancias y hechos que irrumpen a nivel internacional en la actualidad. De esta forma, un repaso histórico de los valores y acontecimientos suscitados a mediados del siglo pasado muestran este nuevo paradigma de soberanía. Por ejemplo, ya desde la segunda mitad del siglo XX, periodo histórico en el que los Estados tenían mayor preponderancia en la esfera internacional, se reconoció el principio de igualdad soberana y libre determinación de los pueblos como mandatos imperativos del Derecho internacional. En consonancia con ello, la Carta de Naciones Unidas (1945) consagró en su artículo 2.1 el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros.

Esto permitió que, con el paso de los años, se fomentara una creciente cooperación, la cual ha hecho cada vez más complejo que los dominios reservados de la soberanía se mantengan intactos. La interdependencia ha socavado -en muchos aspectos- el

principio de igualdad soberana, llegando a transformar conceptos e instituciones jurídicas a la luz de las nuevas necesidades del individuo en la esfera internacional.

2.2.2. El proceso de humanización del Derecho internacional

Junto con evolución de la soberanía, algunas de las principales manifestaciones fueron la proliferación de fuentes normativas, la irrupción de nuevos y diversos sujetos no estatales y las nuevas dinámicas entre ellos. Ya desde 1990, el Profesor Robert Jennings hablaba sobre el rápido crecimiento de un "nuevo tipo de Derecho internacional que involucraba directamente a personas y entidades distintas de los Estados" (Meron, 2006: 314).

De esta manera, los Estados en el ejercicio de su soberanía, comenzaron a adquirir compromisos respecto de la comunidad internacional en su conjunto (Carrillo Salcedo, 1995: 20), gran parte de los cuales empezaron a tener como destinatario al individuo. Así las cosas, las nuevas obligaciones de los Estados ya no se limitaban estrictamente a temas comerciales, sino que el ser humano empezó, paulatinamente, a ser un sujeto de protección y regulación bajo la óptica del Derecho internacional.

El impacto más relevante de este proceso ha sido la aparición de un sector o capítulo particular en el Derecho internacional, que es el DIDH. Como lo señala Meron, el DIDH ha atravesado un proceso de asunción general, en el que los individuos pueden ser titulares de derechos directamente reconocidos en fuentes del Derecho internacional. A partir de la creación del sistema universal de protección de derechos humanos, encabezado por la Organización de las Naciones Unidas, y más concretamente a partir de la aprobación de su tratado constitutivo, la Carta de las Naciones Unidas, en el año 1945, se inauguró un nuevo periodo en el respeto de los derechos y libertades elementales, cuya titularidad es ostentada por cualquier individuo.

Como se señaló, el proceso de humanización ha tenido eco en diferentes espacios. Preliminarmente, pero en menor medida, desde la redacción de la propia Carta de Naciones Unidas, y ya con el paso del tiempo en el desarrollo jurisprudencial de tribunales internacionales, los cuales han ido abriendo espacios, cada vez más amplios de defensa para el individuo. Como resultado de ello, aquellos instrumentos que tenían pocas referencias al individuo y sus prerrogativas empezaron a ser leídos bajo el paradigma de la humanización. Como apunta Meron:

The Charter of the United Nations states that one of the purposes of the United Nations is to promote human rights. Nevertheless, the human rights clauses in the Charter are few in number and modest in content. Except for the prohibition of discrimination, they are of such a general character that it is not surprising that initially they were regarded more as programmatic or inspirational than as imposing immediate legal obligations. During the first years of the United Nations, the doctrine of non-intervention in the domestic affairs of States loomed large in an uneasy coexistence with the Charter's human rights clauses. In recent years, this perception of the human rights clauses has undergone a dramatic transformation. The United Nations has been moving from a State-centric approach to an attitude increasingly focused on human rights and individual concerns (2006: 483) [Énfasis propio].

Otro hito importante en el proceso de humanización fue que tres años después del consenso de los Estados para aprobar la Carta de Naciones Unidas, en 1948, un instrumento de *soft law* recogió un catálogo mínimo de derechos humanos: la DADDH, y unos meses después la DUDH. Ambos instrumentos forjaron el importante proceso de transición que consolidó al ser humano como sujeto de Derecho internacional. En consecuencia:

There has been a growing acceptance of both the rights and the status of the individual in international law. Thus (...) "the individual has acquired a status under international law" (Tomuschat, 1999).

Uno de los máximos exponentes y propulsores de la humanización ha sido Antonio Cançado Trindade. Él ha identificado que el proceso de humanización, caracterizado por la irrupción del individuo en todos los ámbitos del Derecho internacional, ha encontrado eco en instituciones jurídicas conceptuales contemporáneas. A saber:

En el desarrollo, evolución y expansión de la noción de *ius cogens*; en las obligaciones erga omnes de protección de la persona humana, dentro de las que distingue una dimensión horizontal, que alude a las obligaciones de todos los Estados, y de a la comunidad internacional como un todo, y otra dimensión vertical, que son aquellas obligaciones oponibles a todos, tanto los agentes del poder público, como los simples particulares. También ha identificado, como tercera construcción, los conceptos de patrimonio común de la humanidad y de interés común de la humanidad, hoy día plasmados en instrumentos internacionales del derecho del espacio exterior, del Derecho internacional del mar, del Derecho internacional de la bioética, y del derecho ambiental internacional, así como de Convenciones de la UNESCO (sobre bienes culturales, propiedad inmaterial, diversidad cultural). Asimismo, la construcción conceptual, en el

ámbito de las Naciones Unidas, del derecho al desarrollo y del derecho a la paz. Y, en último lugar, el principio de la jurisdicción universal, y la complementariedad entre la responsabilidad internacional del Estado (por el crimen del Estado) y la responsabilidad penal internacional del individuo (2007: 49).

Con todo ello, se puede concluir que el proceso de humanización en el orden internacional se caracterizó por ampliar los espacios a sujetos antes inadvertidos, como los pueblos y sobre todo el individuo, rompiendo con ello, el exclusivismo tradicional de los Estados como únicos sujetos del Derecho internacional (Carrillo Salcedo, 2000: 73). Y, actualmente, se caracteriza por un proceso de transformación jurídica que otorga formalmente un estatus propio al individuo, y que se comparte con el principio de soberanía estatal. En virtud de ello, la evolución de distintos conceptos jurídicos, así como el desarrollo de los distintos tribunales internacionales ha ido dotando de mayor contenido jurídico al desarrollo los derechos del individuo.

Ahora bien, teniendo presente al individuo como nuevo sujeto, el propio Cançado Trindade identifica que este tiene capacidad jurídica internacional, y que esta es un reflejo del proceso de humanización del Derecho internacional (2007: 279). En esa línea, él identifica dos facetas de dicha subjetividad, una activa y otra pasiva. Por subjetividad activa debe entenderse la conquista de derechos y obligaciones frente a la comunidad internacional, lo cual supone la capacidad del individuo de demandar al Estado ante tribunales internacionales frente a la eventual vulneración de sus derechos contenidos en algún instrumento jurídico del que aquél es parte (Cançado Trindade: 2007). A ello habría que añadir los otros mecanismos cuasi jurisdiccionales, creados con la finalidad de dar respuesta al individuo frente a una eventual vulneración de sus derechos. Como se verá al final de la investigación, algunos de estos mecanismos son los Comités de Naciones Unidas e inclusive la propia CIDH.

De esta manera, si anteriormente un individuo no podía iniciar una acción ante un tribunal internacional, a menos que el Estado del cual era nacional o agente decidiera presentar una reclamación en su nombre (Salmón, 2014: 145), actualmente, en medio de este proceso de humanización, nuevos sistemas regionales de protección de derechos humanos empezaron a prever mecanismos para judicializar demandas individuales. Un ejemplo de lo antes mencionado es la aparición de cortes y otros mecanismos encargados de procesar demandas o peticiones interpuestas por individuos que han visto constreñidos sus derechos.

Estos constituyen un gran avance de la comunidad internacional para hacer frente, de manera efectiva y directa, a eventuales vulneraciones de derechos humanos. Debe precisarse que estos sistemas regionales de protección de derechos humanos han previsto la ampliación y desarrollo de fuentes, en su mayoría de naturaleza convencional, que prevén disposiciones en materia de respeto y garantía de derechos humanos elementales, las cuales, al haber sido ratificadas por los Estados, se han convertido en obligaciones positivas y vinculantes para los mismos.

El siguiente cuadro ejemplifica lo antedicho, evidenciando cómo no solo a nivel de Naciones Unidas, sino también a nivel regional, se han construido sistemas de protección de derechos humanos para modular cualquier acción excesiva de los Estados frente al individuo. A la vez, le permiten la reclamación directa frente a la vulneración de sus derechos. La construcción de estos sistemas es una de las manifestaciones más evidentes del proceso de humanización, pero también de la capacidad soberana de los Estados, quienes han optado por autorregularse construyendo sistemas que protejan a los individuos sometidos a su jurisdicción frente a eventuales vulneraciones de derechos que ellos mismos les pudiesen causar.

Sistema / características	Organización internacional	Tratado principal en materia de protección de Derechos humanos	Número de Estados parte en el tratado principal	Órganos principales de protección de Derechos humanos
Sistema interamericano de protección de Derechos humanos	Organización de Estados Americanos (OEA)	CADH (1969)	23 * De los cuales solo 20 han aceptado la competencia de la corte IDH	CIDH Corte IDH
Sistema Europeo de protección de Derechos humanos	Consejo de Europa	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950)	47	TEDH

<p>Sistema Africano de protección de Derechos humanos</p>	<p>Unión Africana</p>	<p>Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (1981)</p>	<p>53 * De los cuales 30 han ratificado el Protocolo Adicional sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos</p>	<p>Comisión Africana de Derechos humanos Corte Africana de Derechos humanos</p>
--	-----------------------	--	---	--

(*) Elaboración propia

Conforme se observa en el cuadro, los sistemas regionales de protección de derechos humanos han previsto la aprobación de tratados con disposiciones específicas que exijan el respeto y garantía de derechos del individuo en cada ámbito regional. Muchos de los cuales, prevén mecanismos para supervisar o fiscalizar el adecuado cumplimiento de sus disposiciones, a la vez que reciben denuncias individuales que culminan en la determinación o no de la responsabilidad estatal frente al incumplimiento de las obligaciones previstas.

Cabe destacar en este punto que, si bien la competencia de tribunales internacionales se activa en defensa del individuo, esta tiene como característica esencial la subsidiariedad. Este concepto hace referencia a que las instancias supranacionales no deben actuar en sustitución de los ordenamientos jurídicos nacionales, sino más bien, cuando estos últimos no tengan la capacidad para hacerlo o que los mecanismos contemplados hayan sido agotados. Precisamente, la subsidiariedad da cuenta de la gran importancia del principio de soberanía estatal puesto que “es necesario reconocer que las obligaciones libremente asumidas por los Estados [en ejercicio de su soberanía] se proyectan sobre todos los poderes del Estado, generándose el deber de adecuación del ordenamiento interno al internacional” (Santiago, 2013: 451). En consecuencia, son los Estados los primeros llamados a dar respuesta a una materia que es competencia primaria de su dominio reservado. En esa línea, como señala Del Toro:

El principio de subsidiariedad en el marco del DIDH supone que, no obstante la existencia de normas y procedimientos internacionales para la protección de los derechos humanos o precisamente en virtud de ellos, es a los Estados a los que corresponde en primera instancia respetar y hacer respetar tales derechos en el ámbito de su jurisdicción y sólo cuando éstos no han brindado una protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional (ahí donde exista), puede y debe ejercer su competencia. En principio, los

operadores nacionales son [los primeros llamados a] conocer, valorar y resolver sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos. Los operadores internacionales no intervienen ahí donde el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales (2007: 24).

Ahora bien, en lo que respecta a la faceta pasiva esta guarda relación con las obligaciones de respeto de derechos derivadas de normas internacionales, frente a cuyo incumplimiento el individuo puede comparecer ante tribunales nacionales en primer orden, y complementariamente, internacionales²¹. Como desarrolla Kai Ambos:

La misión del DPI y de su primera corte mundial permanente [la CPI] es doble: consiste en un aspecto individual y otro colectivo. En el nivel individual, el DPI está destinado a proteger derechos humanos fundamentales a través de la persecución y castigo de crímenes internacionales que violan esos derechos; en el nivel colectivo, aspira a contribuir a la “paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” a través de la efectiva persecución de crímenes internacionales que amenazan esos valores (2013: 6).

En atención a dichos valores, la responsabilidad penal recaerá sobre individuos que cometan alguna conducta tipificada como crimen internacional. Esta faceta muestra también que no solo el individuo ha ocupado un lugar importante por ser sujeto de derechos, sino también por ser pasible de obligaciones internacionales, principalmente negativas, que tienen relación por ejemplo con aspectos más punitivos como la no comisión de crímenes internacionales. Así, la creación de un sistema de naturaleza penal internacional, aunque todavía incipiente “ha venido a completar los sistemas penales nacionales, que en las dos últimas décadas han ido incluyendo entre sus objetivos el enjuiciamiento y represión penal de los crímenes internacionales” (Escobar, 2013: 3).

El siguiente cuadro pone en evidencia las oportunidades en que se han constituido tribunales penales para el enjuiciamiento y sanción de individuos. De esta manera, se podrá ver los tipos de tribunales constituidos: (i) ad hoc, es decir, constituidos a partir de situaciones específicas; (ii) híbridos o mixtos, es decir, con iniciativa de los propios Estados interesados, pero con el auspicio de Naciones Unidas; y, (iii) un único tribunal permanente que es la CPI. Estos tribunales son solo manifestaciones de la subjetividad pasiva del individuo, quien frente a la comisión de crímenes internacionales también

²¹ Véase, por ejemplo: Estatuto de Roma, Preámbulo y artículo 1

puede ser investigado, juzgado y sancionado por la comunidad internacional en su conjunto.

TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES			
Tipo	Denominación	Fecha de creación (cronológicamente)	Instrumento constituyente
Ad hoc	Tribunal Penal internacional para la ex-Yugoslavia	22 de febrero de 1993	Estatuto del tribunal internacional para la ex Yugoslavia. Creado por Resolución 827, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/827 (1993)
	Tribunal Penal internacional para Rwanda	8 de noviembre de 1994	Estatuto del tribunal internacional para Rwanda. Creado por Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/955 (1994)
Permanente	Corte Penal internacional	17 de julio de 1998	Estatuto de la CPI.
Híbrido	Tribunal Especial de Timor Leste	El 25 de octubre de 1999 mediante la resolución 1272 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se estableció la Administración Transitoria de Naciones Unidas (UNTAET). En junio del 2000, la UNTAET creó las Salas Especiales en las cortes del Distrito de Dili, así como el tribunal de Apelaciones.	Reglamento 2000/11 de la UNTAET del 6 de marzo de 2000; Reglamento 2000/14 de la UNTAET; Reglamento 2001/18 de la UNTAET; Reglamento 2001/25 de la UNTAET.
	Tribunal Especial y el tribunal Especial Residual para Sierra Leona	Acuerdo entre el Consejero jurídico de Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona para el establecimiento del	Estatuto del tribunal Especial para Sierra Leona. Entró en vigor de acuerdo a los términos

		tribunal, suscrito el 16 de enero de 2002.	del Acuerdo, el 12 de abril de 2002.
	Salas Especiales en los tribunales de Camboya	Acuerdo entre la ONU y el Gobierno de Camboya, suscrito el 6 de junio de 2003	Ley sobre el establecimiento de las Salas Especiales en los tribunales de Camboya (NS/RKM080/12) promulgada el 10 de agosto de 2002 y modificada el 27 de octubre de 2004.
	Tribunal Especial para el Líbano	Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativa al establecimiento de un tribunal Especial para el Líbano, suscrito entre el 23 de enero y 6 de febrero de 2007.	Estatuto del tribunal Especial. Creado por Resolución 1757 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/1757 (2007)
Mecanismo Residual internacional de los tribunales Penales		22 de diciembre de 2010	Creado por Resolución 1966 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/1966 (2010) para concluir la labor iniciada por el TPIY y el TPIR.

(*) Fuente: Naciones Unidas “cortes y tribunales penales internacionales e híbridos”²²

El cuadro elaborado muestra que, al tratarse de crímenes que agravan a la humanidad en su conjunto, se aplica la jurisdicción penal internacional. Esta jurisdicción ya no se determina bajo la soberanía estatal, sino que se deriva de mecanismos aceptados por los Estados para juzgar a los individuos responsables de dichas conductas u omisiones.

Todo ello constituye el rostro más visible del proceso de humanización en el cual el Estado no está exclusivamente al centro, sino que adquiere obligaciones de cara a la protección o juzgamiento del individuo, quien empieza a condicionar en gran medida la transformación del Derecho internacional. En síntesis, el proceso de humanización del

²² Véase más en: “cortes y tribunales penales internacionales e híbridos”. En Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/international-law-courts-tribunals/international-hybrid-criminal-courts-tribunals/>

Derecho internacional ha supuesto una interrelación entre el Estado y el individuo en la escena internacional. De esta manera, el pilar del Derecho internacional no será exclusivamente el principio de soberanía, sino que además será el respeto, protección y garantía de los derechos del individuo frente a eventuales interferencias en su ejercicio, así como su sometimiento a la justicia internacional.

2.2.3. Una visión escéptica del proceso de humanización del Derecho internacional

Después de haber analizado la irrupción del individuo en la escena internacional, así como el despliegue de su subjetividad, corresponde abordar aquellas posturas que resultan más críticas con este proceso de humanización del Derecho internacional al que se ha venido haciendo referencia. De esta manera, posiciones como la de Tzevelekos (2013) y Pellet (2000) resultan más escépticas pues asumen que para el individuo existe una base normativa más acotada, que se constriñe a las fuentes convencionales y normas de *ius cogens*, que ellos denominan “la ley natural” y que reconocen la personalidad jurídica internacional del individuo.

Inclusive, Pellet acuña el término “*human rightism*” para referirse “al estado de ánimo de los activistas de derechos humanos”. En la construcción de este concepto advierte que debe tenerse una gran precaución a fin de no confundir dos categorías que son distintas: “la ley, por una parte, y la ideología de los derechos humanos, por otra” (Pellet, 2000: 2).

Pellet identifica dos cuestiones peligrosas asociadas con el *human rightism*. La primera referida con creer (o promover la creencia) que los derechos humanos poseen una técnica legal particular cuando en realidad esta pertenece al Derecho internacional general; lo cual equivaldría a un reclamo injustificado de trato diferenciado. La segunda referida a que los *human rightists* tienen una tendencia a adoptar circunstancias emergentes incipientes como hechos legales. Para Pellet, el proceso de irrupción del individuo encuentra sus propios límites en las fuentes normativas del Derecho internacional general, y se distancia más bien del proceso evolutivo al que hacen referencia Meron o el propio Cançado Trindade.

Sobre este último aspecto, Pellet ejemplifica lo antes dicho con el tema concreto de las reservas a tratados de derechos humanos. No es propósito extendernos en las explicaciones que brinda sobre esta materia, pero sí advertir que, para las voces críticas

del proceso de humanización, la tendencia hacia la no ratificación de tratados de derechos humanos, en lugar de hacer reservas al mismo, ha supuesto la afirmación de que distintas normas vinculadas a derechos humanos pueden ser concebidas, casi automáticamente, como normas consuetudinarias:

Which is supposed to "harden" a law that is deemed excessively soft - especially if the treaties in question have not been ratified in the manner they feel is right and therefore retain the status of proposed rules for States that have not acceded to them. This temptation has gained considerable ground in the writings of American jurists, who try to get around United States dilatoriness in ratifying human rights treaties by means of the wholesale "customarization" of the most debatable rules (Pellet, 2000: 7).

Otra crítica planteada al proceso de humanización guarda relación con la aplicación de normas de derechos humanos. En esa línea, Pellet cita a René Cassin para señalar que, la responsabilidad básica de la observancia de los derechos humanos radica principalmente en la acción del Estado. Esto debido a que los órganos del Estado son responsables de la aplicación cotidiana de la aplicación de normas de derechos humanos, aun cuando tales normas se encuentren también contempladas en instrumentos jurídicos internacionales. Esto, dicho en otras palabras, implica que la eficacia de la aplicación de tales normas recae principalmente en los operadores de justicia nacionales. En esta área como en casi todas las demás, el Estado tiene la última palabra; este es el único capaz de dotar de valor a una norma internacional.

En ese sentido, Pellet no considera que el DIDH constituya una rama independiente del Derecho internacional general (Pellet, 2000). Si bien se erige como una disciplina separada, como uno de los múltiples capítulos de esta rama del Derecho, que complejiza y le agrega una dimensión más vinculada al individuo, lo cierto es que sigue utilizando las mismas fuentes, se basa en las mismas técnicas y, se encuentra con las mismas dificultades que el Derecho internacional público.

Finalmente, otra crítica de Pellet a este proceso de humanización tiene que ver con el cuestionamiento de la soberanía. Señala que, si bien se ha evidenciado un impacto de los derechos humanos en el ámbito del Derecho internacional público, y esto podría representar nuevos desafíos al ejercicio de la soberanía estatal, a su juicio:

[This] remains a powerful organizational factor in international society and a highly instructive key to international legal phenomena. While this is a point on which a more cautious approach is now adopted than in the past, some human rights specialists, carried

away by enthusiasm have rashly predicted if not the death at least the "erosion" of sovereignty (Pellet, 2000: 15).

Los aportes anteriores permiten contrastar las posturas frente a la irrupción del individuo en la escena internacional anterior. Pese a ello, tanto las voces más optimistas del proceso de humanización del Derecho internacional, como aquellas más escépticas, permiten arriba a una similar conclusión, y es que en mayor o menor medida hay un irreversible proceso de incorporación del individuo en la esfera internacional.

Esta investigación opta por una interpretación más afín al proceso de humanización, en relación a la capacidad soberana de los Estados. Sumado a ello, este documento tiene como objetivo situar al DIDH dentro del ámbito más amplio del Derecho internacional, demostrando cómo las disposiciones de derechos humanos se integran cada vez, de manera más directa en las distintas fuentes de obligaciones de Derecho internacional, ya sean convencionales o consuetudinarias.

A modo de conclusión, como señala Brownlie, en contraste con periodos anteriores, actualmente, la comunidad internacional en su conjunto ha acordado dar prioridad a la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos por encima del principio de soberanía y la jurisdicción doméstica de los Estados (1998). Como se ha podido señalar y esquematizar, quizás la consecuencia más inmediata de dicha consolidación haya sido la creación de distintos sistemas de protección de derechos humanos que enfrentan y cuestionan la acción de los Estados. Sin embargo, no debe perderse de vista que aun cuando la apuesta por una visión más contemporánea de soberanía haya ido consolidándose, han sido los propios Estados los que han creado estos mecanismos coercitivos.

2.2.4. Límites a la soberanía: ¿por qué la construcción de muros fronterizos ya no se puede justificar apelando al dominio soberano de los Estados?

Debido a que la construcción de muros fronterizos responde, casi en la totalidad de casos, a una decisión unilateral de los Estados y, en consecuencia, se construyen – la mayor parte de las veces, en el territorio de los mismos, esto podría llevar a la errada conclusión de que se encuentran plenamente justificados debido a que pertenecen, en principio, al ámbito de su dominio reservado. Sin embargo, como se ha venido sosteniendo, tal afirmación no se corresponde con la interpretación contemporánea e soberanía. Justamente, este fue el argumento que empleó la CPJI en su opinión

consultiva relativa a los decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos. En este pronunciamiento sostuvo que:

[39] The words "solely within the domestic jurisdiction" seem rather to contemplate certain matters which, though they may very closely concern the interests of more than one State, [p24] are not, in principle, regulated by international law. As regards such matters, each State is sole judge.

[40] The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends upon the development of international relations. Thus, in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within this reserved domain.

[41] For the purpose of the present opinion, it is enough to observe that it may well happen that, in a matter which, like that of nationality, is not, in principle, regulated by international law, the right of a State to use its discretion is nevertheless restricted by obligations which it may have undertaken towards other States. In such a case, jurisdiction which, in principle, belongs solely to the State, is limited by rules of international law. (CPJI, 1923).

No obstante, esta investigación sostiene que gracias el mayor protagonismo ganado por el individuo, la soberanía ha atravesado un proceso de transformación, razón por la cual hoy el dominio reservado no debe entenderse como un cajón de sastre, es decir de manera amplia e irrestricta. Por el contrario, este dominio reservado encuentra sus límites en el respeto las nuevas obligaciones internacionales adquiridas por el Estado.

En consonancia con lo anterior, la percepción de los Estados también ha ido cambiando. Hoy en día, estos no son más las unidades impermeables limitadas por una frontera, ya que sus dinámicas se encuentran condicionadas por el contexto internacional en el que interactúan. Indudablemente, el concepto de territorialidad no ha desaparecido, pero sí se ha visto severamente comprometido y cuestionado en el nuevo contexto global, que es uno de mayor integración e interdependencia. En este escenario, un muro fronterizo representa el último bastión de los Estados para defender la soberanía nacional, en su visión clásica, frente a situaciones complejas surgidas como consecuencia (también) del fenómeno de la globalización, como por ejemplo la migración y las nuevas amenazas a la seguridad nacional.

2.3. La localización geográfica de un muro: un factor potencial para determinar su ilegalidad

Un segundo argumento que coadyuvaría a determinar la ilegalidad es la comprensión de su localización geográfica. Se ha visto ya que la demarcación de las fronteras ha respondido tradicionalmente a una cuestión de extensión territorial y de tratados bilaterales, pues era a partir de estos instrumentos que se dotaba de predictibilidad la determinación de aquellos espacios territoriales que correspondían a cada Estado. Sin embargo, como se adelantó, la autoridad del Estado, en el marco de las obligaciones adquiridas, no se despliega exclusivamente al interior de estas, sino también dentro de su jurisdicción, entendiendo este término –en sentido lato, como el espacio donde un Estado ejerce control. En este punto, se continuará con el análisis sobre la localización del muro como un factor relevante, pero no determinante para el análisis de la legalidad bajo el Derecho internacional.

Sin duda, resulta una labor de análisis más sencilla y lógica la de determinar la ilegalidad de un objeto si este se encuentra construido en territorio de un tercer Estado, o fuera de este, como fue el caso de análisis de la CIJ en relación a la construcción de un muro por parte de Israel en territorios palestinos. Esto debido a que se vulnera directamente el principio de soberanía estatal. No obstante, no debe ser el único factor que se considere. Este capítulo también abordará, principalmente, aquellos muros que hayan sido erigidos dentro del espacio territorial del propio Estado que construye, pero que también podrían tener implicancias jurídicas en relación al individuo.

Como señala Tomuschat, “en principio un muro no representa más que un fenómeno fáctico, para apreciar su legalidad o no, se necesita recurrir a las normas que regulan su ubicación en el espacio geográfico, así como las consecuencias generadas por su construcción, es decir el régimen de vulneración de derechos que este objeto genera. Asimismo, se deberá analizar el régimen administrativo de paso” (2010: 174). Sumado a ello, debe agregarse el componente jurisdicción para verificar si aun habiendo sido construido dentro de los márgenes o control estatal, este representa una eventual amenaza para aquellos que se encuentran del otro lado de la frontera.

Esta última afirmación permite arribar a una premisa que no había sido objeto de debate por la CIJ, que constituye un nivel más profundo en el análisis: la jurisdicción del Estado que construye el muro fronterizo en su propio territorio. Así, no solo la ubicación de la construcción será fundamental al analizar si el Estado que construye tiene o no

jurisdicción, sino también será indispensable analizar, de manera independiente, cuáles son los efectos y consecuencias que esta construcción genera en materia de respeto y garantía de derechos humanos. O si su presencia posibilita el cumplimiento de obligaciones, por ejemplo, en el contexto de un conflicto armado.

2.3.1. Más allá del muro: cuando la ubicación no es el aspecto más relevante, la aplicación extraterritorial de obligaciones convencionales de derechos humanos

Como se ha establecido, la ilegalidad de un muro fronterizo no se desprende solamente de considerar que este pueda haber sido construido fuera del territorio del propio Estado, como en el caso de Israel y territorios ocupados palestinos. En esa línea, esta investigación se ha propuesto ir más allá: si bien es cierto el criterio de territorialidad ha venido marcando la pauta en el Derecho internacional, se ha venido abordando una noción más amplia que permitirá determinar en qué otros casos podrían vulnerarse obligaciones internacionales: jurisdicción. En ese sentido, sin importar en donde se haya construido el muro fronterizo, el estudio partirá de evaluar el criterio de jurisdicción para comprender si el Estado tenía o no control sobre los eventos ocurridos a partir de su construcción. Para lo cual será sumamente útil hacer una remisión a la cláusula pertinente en cada tratado de derechos humanos.

En primer lugar, conviene definir qué es jurisdicción, dado que a partir de ese concepto se abordará el alcance de la aplicación de obligaciones convencionales en materia de derechos humanos. Autores como Lowe señalan que la jurisdicción se traduciría en la autoridad del Estado, establecida pero también constreñida por el Derecho internacional, que sirve para regular distintas conductas, tanto de personas naturales como legales, acorde a su propio ordenamiento jurídico interno (1999). Entre tanto, Milanovic arriba a una definición similar al señalar que:

Jurisdiction is the actual exercise of control and authority by a state, while title or sovereignty establishes the state's right in international law to exercise such authority within a specific territory (2001: 8).

Este concepto permite responder qué ocurre si un Estado vulnera derechos de personas que se encuentran fuera de sus límites territoriales. En este acápite se partirá de la premisa que, incluso fuera de ellos los Estados tienen el deber de respetar y garantizar los derechos, caso contrario, podrían incurrir en responsabilidad internacional. Otra de

las cuestiones planteadas alrededor de este tema es que, si se parte de la premisa de que los derechos humanos tienen como característica su universalidad, entonces, ¿por qué debería importar si un Estado vulnera un derecho dentro o fuera de su territorio? Al respecto, Milanovic señala lo siguiente:

Human rights are, after all, supposed to be universal—why should it matter whether a state violates a person’s rights through killing, torture, indefinite detention, or unfair trials by acting within its territory or outside it? Indeed, when a state acts against an individual outside its territory, there is almost a human rights reflex to immediately venture into the substantive issue of whether the person’s rights were violated (2011: 2).

Es por ello que deben de estudiarse las consecuencias de aplicar obligaciones convencionales en materia de derechos humanos, incluso cuando tales violaciones se cometan fuera del dominio tradicional, que es el territorial. Además, la respuesta en torno a la jurisdicción permite determinar quién debe garantizar los derechos, y quién debe responder frente a un eventual incumplimiento.

Sobre este aspecto, Milanovic plantea la tesis de la aplicación extraterritorial de obligaciones convencionales en materia de derechos humanos. Esto significa que:

At the moment of the alleged violation of his or her human rights the individual concerned is not physically located in the territory of the state party in question, a geographical area over which the state has sovereignty or title. Extraterritorial application of a human rights treaty is an issue that will most frequently arise from an extraterritorial state act, i.e. conduct attributable to the state, either of commission or of omission, performed outside its sovereign borders— (...). However—and this is a crucial point—extraterritorial application does not require an extraterritorial state act, but solely that the individual concerned is located outside the state’s territory, while the injury to his rights may as well take place inside it (2011: 8) [Énfasis propio].

En relación a ello, es posible señalar que la aplicación extraterritorial de obligaciones convencionales en materia de derechos humanos se encuentra alineada a lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969, ya que la complementa. Esto en la medida que el artículo 29 prescribe que un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo. Así, si bien algunas obligaciones convencionales de derechos humanos señalan de manera expresa su aplicación dentro del ámbito territorial de los Estados, habrá otras

obligaciones que se apliquen de manera independiente al territorio sobre el cual los Estados ejercen jurisdicción.

Ya en términos prácticos, la determinación de la jurisdicción del Estado será útil para que un tribunal sea competente para investigar y juzgar violaciones a derechos humanos. En consecuencia, y sin perjuicio de analizar la *ratione personae* y la *ratione temporis*, dichos tribunales u órganos a abocados a examinar presuntas violaciones de derechos humanos, deberán además evaluar conjuntamente si *ratione materiae* (cláusula de jurisdicción del tratado en cuestión) y *ratione loci* (por el lugar en donde se cometió la presunta vulneración), puede o no un Estado ser responsable internacionalmente.

De ahí que resulte fundamental revisar las cláusulas de jurisdicción que contengan los tratados en materia de derechos humanos. Dicha cláusula, permitirá concluir cuáles son los límites y alcances en la aplicación del tratado en cuestión para el Estado que lo ratifica, de modo que su cumplimiento se materialice.

Un ejemplo sobre un Estado que ejerce jurisdicción extraterritorial a partir de la construcción de un muro fronterizo es el caso de Calais, el muro construido en Francia, con financiamiento, control y vigilancia británicos. Conforme se indicó en la matriz presentada, el objetivo de dicho muro es frenar el tránsito de inmigrantes desde Francia hacia Reino Unido. Esta situación ha dejado como consecuencia a miles de personas varadas en Francia, que además no desean recibir protección internacional de dicho gobierno, sino de Reino Unido.

A inicios de 2018 iniciaron las conversaciones a fin de modificar las condiciones establecidas en un tratado bilateral “Le Touquet”²³ de 2003 en lo tocante al tema migratorio, y otros acuerdos relativos al desembolso de un monto millonario para garantizar las medidas de seguridad. Sin embargo, la parte que interesa para este análisis es la contenida en el artículo 3 de dicho tratado, que establece cuál será la jurisdicción en dicha zona fronteriza:

Dentro de la zona de control, cada gobierno permitirá a los funcionarios responsables del otro Estado llevar a cabo sus funciones en su propio territorio en la aplicación de sus poderes relacionados con los controles de frontera. Las leyes y regulaciones

²³ Véase más en: Treaty between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the French Republic concerning the Implementation of Frontier Controls at the Sea Ports of both Countries on the Channel and North Sea. Disponible en <http://treaties.fco.gov.uk/docs/pdf/2004/TS0018.pdf>

relacionadas con los controles de frontera del Estado de arribo [Reino Unido] serán aplicables en la zona de control de la misma forma en que son aplicables dentro de su propio territorio. Estos serán aplicados por los oficiales del Estado de arribo [Reino Unido] de la misma manera y con las mismas consecuencias que en su propio territorio.

Los incumplimientos de las leyes y reglamentos relacionados con los controles de frontera del Estado de arribo [Reino Unido] que se detecten en la zona de control del Estado de salida [Francia] se someterán a las leyes y reglamentos del Estado de arribo [Reino Unido] como si las infracciones hubieran ocurrido allí.

Cuando se comete un delito de cualquier otro tipo en la zona de control del Estado de salida [Francia], ese Estado tendrá jurisdicción. [Traducción y énfasis propios].

Se evidencia entonces una cesión de jurisdicción en la 'zona de control fronterizo', la cual ha venido siendo compartida entre el Estado de salida (Francia), y el Estado de arribo (Reino Unido). Dichas disposiciones permitieron al Reino Unido establecer *checkpoints* en Calais y Dunkerque.

2.3.2. Una mirada hacia las cláusulas de jurisdicción de los principales tratados de derechos humanos

En este acápite se analizarán comparativamente tres cláusulas de jurisdicción. Resulta esencial, para efectos del análisis sobre los derechos eventualmente vulnerados a partir de la construcción de un muro, determinar cuál es el ámbito de aplicación que tiene un tratado de derechos humanos de alcance universal como el PIDCP, y dos de alcance regional como la CADH y el CEDH.

De manera preliminar, se puede afirmar que la aplicación de los tratados de derechos humanos enunciados se encuentra limitada por una cláusula bastante parecida en los tres casos. En principio, el individuo afectado deberá encontrarse bajo la jurisdicción del Estado, de modo que esa persona pueda incoar una reclamación frente a la eventual vulneración de algún derecho contra el Estado.

El siguiente cuadro comparativo muestra el contenido de cada una de las cláusulas de jurisdicción, según el tratado regional o universal estudiado:

Tratado	Cláusula de jurisdicción prevista
PIDCP	Artículo 2.1: Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
CADH	Artículo 1: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a <u>toda persona que esté sujeta a su jurisdicción</u> , sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [Énfasis propio]
CEDH	Artículo 1:“La obligación de respetar los derechos humanos las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

(*) Elaboración propia

Ahora bien, en lo que concierne a la cláusula de jurisdicción del PIDCP, puede destacarse que el alcance de aplicación de este instrumento normativo se desenvuelve, en primer lugar, en el territorio del Estado parte. No obstante, importa destacar la técnica jurídica empleada para dicha cláusula, la misma que incluye la palabra “y”, y no “o” cuando determina los límites de la jurisdicción. Por esta razón, podría interpretarse que posee una vocación más extensiva de protección que incluye a aquellos individuos que se encuentren fuera del territorio del Estado.

Mientras que la cláusula de jurisdicción de la CADH, puede señalarse que su aplicación ha ido complementándose con los aportes de la Corte IDH que, en la opinión consultiva sobre Medio ambiente, se pronunció sobre la jurisdicción de los Estados en asuntos vinculados a los derechos humanos. Así, la Corte IDH señaló que:

El ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado acarrea su responsabilidad por las conductas que le sean atribuibles y que se aleguen violatorias de los derechos consagrados en la CADH. La jurisdicción de los Estados, en cuanto a protección de los derechos humanos de las personas bajo la Convención Americana, no se limita a su espacio territorial. El término jurisdicción en la CADH es más extenso que el territorio de un Estado e incluye situaciones más allá de sus límites territoriales. Los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas bajo su

jurisdicción, aunque no estén dentro de su territorio. (...) El concepto de jurisdicción bajo el artículo 1.1 de la CADH abarca toda situación en la que un Estado ejerza autoridad o control efectivo sobre la o las personas, sea dentro o fuera de su territorio (...) (2017: 3). [Énfasis propio]

En esa medida, se puede concluir que la jurisdicción se va determinando por el ejercicio de control o autoridad sobre una zona. Por último, en lo que respecta a la aplicación del CEDH, es TEDH la instancia jurisdiccional que más ha desarrollado la temática relativa a la aplicación extraterritorial de obligaciones de derechos humanos. Sin embargo, los casos a los que ha hecho referencia no trascienden de la situación más común, que son las de conflictos armados, en las que se presentan casos como ocupación, control militar y desde luego privación de la libertad. Por ese motivo, a continuación, se analizará de manera más profunda, algunos de los pronunciamientos realizados por dicho tribunal y se sostendrá que también en zonas fronterizas el Estado que construye un muro fronterizo puede tener control efectivo sobre las consecuencias que tienen estos objetos al otro lado de la frontera.

2.3.3. La ampliación del concepto de jurisdicción: aportes de la jurisprudencia del TEDH

Aun cuando el concepto de jurisdicción ha sido generalmente aceptado, hoy en día se siguen evidenciando múltiples ejemplos en los que la actuación de los Estados se despliega fuera del dominio territorial que poseen, violando ciertos derechos de los individuos, y desde luego interfiriendo en la soberanía de los Estados. Tal es el caso de los ataques de Estados Unidos con drones en Pakistán, o la determinación de responsabilidad en los casos de la invasión en Irak.

Es frente a esta problemática que cada vez se hace más necesario establecer las reglas claras para determinar la jurisdicción, pues son ellas las que permitirán concluir si un Estado está obligado a respetar y garantizar derechos y obligaciones convencionales en un espacio que no necesariamente se corresponde con el de su propio territorio. De igual modo, dicha atribución permitirá determinar si existe o no responsabilidad internacional. En esa línea, la importancia de esta investigación radica en el impacto que los tratados de derechos humanos están adquiriendo, principalmente en contextos ajenos al territorio del propio Estado.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia expedida por las distintas instancias judiciales internacionales:

Han resuelto la cuestión de la jurisdicción a partir de un test de control fáctico, en el cual el control sobre (una parte de) un territorio o persona establece la relación necesaria para ser colocada dentro de la jurisdicción estatal, independientemente de si este control fáctico surge en circunstancias de conflicto armado, ocupación militar u operaciones de represión contra la piratería en alta mar o en aguas costeras (Butha: 2016, 11) [Traducción propia].

Ello muestra uno de los planteamientos, el relativo a la existencia de un cierto grado de “control”. Esto aplicado al caso de estudio, indicaría que la presencia de un muro en el territorio del Estado que lo construye no sería un factor que exime a este de sus obligaciones, por el contrario, a propósito de la soberanía, el deber de respeto y garantía de derechos se extenderá no solo dentro de su territorio, sino también para con aquellas personas que, encontrándose fuera del mismo, se puedan ver afectadas por dicha causa, al intentar y en ese tránsito encuentren vulnerados sus derechos, por ejemplo.

Ahora bien, habiéndose examinado la cláusula de jurisdicción planteada en los distintos tratados de derechos humanos, resulta importante analizar los modelos de jurisdicción que el TEDH ha venido desarrollando, pues este ha sido el tribunal que más ha desarrollado alcances sobre esta materia. En esa línea, mediante la jurisprudencia de dicho tribunal se podrá comprender cómo es que este concepto ha ido ampliándose a raíz de algunas intervenciones de los Estados en lugares ajenos a su territorio. Si bien durante mucho tiempo no hubo una postura firme y única sobre la aplicación extraterritorial del CEDH, la línea jurisprudencial del TEDH ha ido flexibilizándose.

En un inicio se propuso un modelo de jurisdicción de índole estrictamente territorial²⁴, es decir, este se encontraba constreñido a los límites espaciales del propio Estado. Sin embargo, con el paso del tiempo se han ido incorporando otros modelos menos rígidos.

De esta forma, los casos más recientes han aclarado que éste resulta aplicable a las acciones de un Estado en situaciones bélicas emprendidas en el territorio de un tercer Estado, sea porque este ejerce control efectivo sobre un área en particular, o sea porque los agentes del Estado ejercen, de hecho, control sobre un individuo (Borelli, 2015: 26).

²⁴ Este modelo fue reafirmado en el caso del tribunal Europeo de Derechos Humanos, Bankovic y otros vs. Bélgica y otros, del año 2001.

Frente a ello, resulta una labor compleja determinar qué nivel de control debe de tener dicho Estado en un territorio para entender que deben aplicarse extraterritorialmente sus obligaciones en materia de derechos humanos. Como apunta Milanovic:

If the word 'jurisdiction' in Article 1 ECHR and similar jurisdiction clauses of other human rights treaties, means 'effective overall control of an area', then it of course still needs to be determined what degree of control suffices, and how exactly to geographically or spatially define an 'area'. The rule about the territorial scope of application of human rights treaties would then be relatively simple—they apply whenever a state has effective overall control of an area, regardless of whether it has title over that area or not, and of whether its control over the area was obtained lawfully or unlawfully. Conversely, however, the treaties would not apply when such control is lacking. In my view, this would hold even for territory over which the state actually does have title. As I have argued, there should be no difference in principle between intra- and extraterritorial application of a human rights treaty, in the absence of the requisite degree of state control (2011: 118). [Énfasis propio]

Ello muestra una de las cuestiones centrales en la determinación de la jurisdicción: la existencia de un “control general”, más allá de si este control resuelto o no legal en cada uno de los casos, siempre que se despliegue en un espacio geográfico determinado. Por ejemplo, en el caso *Catan y otros vs. Moldavia y Rusia*, resuelto en el año 2012, el TEDH indicó que el ejercicio de control efectivo es una cuestión de hecho:

107. Constituye una cuestión de hecho si un Estado ejerce un control efectivo sobre una zona fuera de su propio territorio. Para determinar si existe un control efectivo, el tribunal fundamentalmente, hará referencia a la capacidad de la presencia militar del Estado en la zona [...]. Otros indicadores también pueden ser relevantes, tales como el grado en que se proporciona apoyo militar, económico y político sobre la administración local subordinada con su influencia y control sobre la región [...]. [Traducción propia]

En el mismo sentido, un caso de especial relevancia resuelto por el TEDH es el de *Al - Skeini y otros vs. Reino Unido* (2011), que se desarrolla en el contexto de la invasión de Irak. El TEDH determinó cuáles son los modelos de jurisdicción que pueden presentarse bajo el CEDH. Específicamente, abordó dos, de un lado el modelo personal, y de otro lado, el modelo espacial. En lo que respecta al primer modelo, se concluyó que un Estado ejerce jurisdicción cuando ostenta algún nivel de control o autoridad en relación a un individuo o colectivo. En la sentencia precitada, el TEDH lo describe así:

133. (...) Como excepción al principio de territorialidad, la jurisdicción de un Estado parte, en virtud del artículo 1, puede extenderse a los actos de sus autoridades que produzcan efectos fuera de su territorio. (...) La responsabilidad de del Estado "podría estar involucrada" en dichas circunstancias.

134. (...) Los actos de los agentes diplomáticos y consulares, que están presentes en territorio extranjero, de conformidad con las disposiciones del Derecho internacional, pueden equivaler a un ejercicio de jurisdicción cuando estos agentes ejercen autoridad y control sobre otros²⁵.

135. En segundo lugar, el TEDH ha reconocido el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por parte de un Estado cuando, mediante el consentimiento, la invitación o la aquiescencia del gobierno de ese territorio, ejerce todos o algunos de los poderes públicos que normalmente tendrían que ser ejercidos por el gobierno²⁶. Así, cuando de acuerdo a la costumbre, el tratado u otro acuerdo, las autoridades del Estado desempeñen funciones ejecutivas o judiciales en el territorio de otro Estado, entonces el primero podrá ser responsable de las infracciones del Convenio incurridas en él, por lo cual tales actos serán atribuibles a él y no al Estado territorial.

136. Además, (...) en determinadas circunstancias, el uso de la fuerza por agentes del Estado que operan fuera de su territorio puede someter a la persona sometida al control de las autoridades de dicho Estado a la jurisdicción del artículo 1 del CEDH. Este principio se aplica cuando un individuo queda bajo la custodia de agentes estatales en el exterior. [Traducción propia]

Este modelo hace que la jurisdicción recaiga en el individuo o agente estatal, que se encuentra en el territorio de un tercer Estado, y que tiene a su cargo algún nivel de autoridad. Sobre el segundo de ellos, el modelo espacial, el TEDH señaló en la mencionada sentencia que este se encuentra estrechamente vinculado al control efectivo de un Estado sobre una determinada área o territorio. De esta manera:

138. Otra excepción al principio de que la jurisdicción bajo lo prescrito por el artículo 1 del CEDH, se limita al propio territorio de un Estado y ocurre cuando, como consecuencia de una acción militar lícita o ilícita, un Estado parte ejerce el control efectivo de un área fuera de su territorio nacional. La obligación de garantizar, en dicho espacio, los derechos y libertades enunciados en la CEDH, se deriva del hecho de tal control, ya sea ejercido

²⁵ Esta idea ha sido señalada previamente por el TEDH en la sentencia del caso *Banković vs. Bélgica*, del 12 de diciembre de 2001, párr. 73

²⁶ Esta idea ha sido señalada previamente por el TEDH en la sentencia del caso *Banković vs. Bélgica*, del 12 de diciembre de 2001, párr. 71

directamente, a través de las propias fuerzas armadas de dicho Estado, o por medio de una administración local subordinada (...). Cuando se establece el hecho de tal dominación sobre el territorio, no es necesario determinar si el Estado contratante ejerce un control detallado sobre las políticas y acciones de la administración local subordinada. El hecho de que la administración local sobreviva como resultado del apoyo militar y de otro tipo del Estado implica la responsabilidad del Estado en sus políticas y acciones. El Estado que controla tiene la responsabilidad bajo el artículo 1 de asegurar, dentro del área bajo su control, toda la gama de derechos sustantivos establecidos en el Convenio y los Protocolos adicionales que ha ratificado. Será responsable de cualquier violación de esos derechos.

139. Es una cuestión de hecho si un Estado parte en el CEDH ejerce un control efectivo sobre un área fuera de su propio territorio. Para determinar si existe dicho control efectivo, el TEDH tendrá principalmente como referencia la fuerza de la presencia militar de dicho Estado en el área (...). Otros indicadores también pueden ser relevantes, como en qué medida su apoyo militar, económico y político será relevante frente a la administración subordinada local, y si tal apoyo le proporciona influencia y control sobre la región. [Traducción y énfasis propios]

En este fallo, el TEDH se sirve de ciertos indicadores para determinar el grado o nivel de control que tiene un tercer Estado en el territorio de otro Estado. Esto permite concluir si la “injerencia” o poder ejercido en un caso concreto es tal que se puede extender la jurisdicción para el Estado o sus agentes.

Ahora bien, estos criterios plasmados en la sentencia antedicha fueron flexibilizándose en posterior jurisprudencia. Así, en el caso *Jaloud vs. Países Bajos (y Reino Unido, como tercera parte interviniente)* de noviembre de 2014, el TEDH señaló que el CEDH puede ser aplicado en el marco de situaciones en las cuales las fuerzas armadas de un Estado conduzcan acciones militares en un tercer Estado, como en Irak, siempre que estas se den como parte de la acción organizada y sostenida del Estado. En el mencionado caso, las tropas de Países Bajos tenían control de un puesto de seguridad fronterizo y, en consecuencia, los disparos hacia el automóvil en el que se encontraba el señor Jaloud se enmarcaron en las acciones militares llevadas a cabo por Países Bajos.

Para dar respuesta a este caso, el TEDH revisó los dos modelos de jurisdicción extraterritorial previamente señalados. Sin embargo, en el caso *Jaloud*, el tribunal ensayó una fórmula distinta, mediante la cual planteó el “control efectivo”, esto es que

la jurisdicción surja como resultado de que los Estados ejerzan algún tipo de autoridad y poder sobre una porción del territorio extranjero, como, por ejemplo, un caso de ocupación. Así, el TEDH concluyó que:

146. El hecho de ejecutar una decisión y orden dada por una autoridad de un Estado extranjero, no es *per se* un argumento suficiente para exonerar a una Alta Parte Contratante de las obligaciones que deben adoptarse bajo el CEDH. Por ello, la parte demandada no está despojada de su "jurisdicción", en el sentido del artículo 1 del Convenio, únicamente por haber aceptado el control operacional de (...) un funcionario del Reino Unido. [Traducción propia]

El TEDH determinó que el individuo en cuestión, se encontraba bajo la jurisdicción de Países Bajos, no por el uso del arma por parte de militares de dicho Estado, sino porque atravesó un *checkpoint*, el cual fue creado específicamente con el propósito de ejercer cierto control y autoridad. Por ello, esta sentencia constituye un hito pues flexibiliza la jurisdicción planteada en el CEDH hacia situaciones más complejas que una detención o arresto (jurisdicción personal), sino más bien permite desplegar dicha jurisdicción de manera extraterritorial incluso en situaciones limítrofes en donde haya control militar como las que implica el resguardo de un *checkpoint*.

Esto, dicho en otras palabras, quiere decir que un Estado que conduce operaciones militares fuera de su propio territorio no podrá desvincularse de aplicar –en el caso concreto, el CEDH (o el tratado de derechos humanos del que es parte) en un tercer Estado en donde lleva a cabo dichas actividades, siempre que exista un control efectivo. Como señala Sari:

First, the Court applied the personal rather than the geographical model of extra-territorial jurisdiction. The checkpoint is merely the means through which the Netherlands was said to have asserted its authority and control over persons passing through it. It is therefore best conceptualized as a sphere of influence existing in space, rather than as a precisely demarcated geographical location. Second, because of this, the boundaries of this category of extra-territorial jurisdiction are fluid and uncertain. Checkpoints do not have to be fixed or permanent. They can be mobile and be set up at short notice. (Sari, 2014)

Por último, puede afirmarse que para el TEDH un Estado que conduce operaciones militares fuera de su propio territorio, como fue el caso de Países Bajos y otros Estados, no podrá desvincularse o sustraerse de aplicar –en el caso concreto, el CEDH (o el tratado de derechos humanos del que es parte) en un tercer Estado en donde lleva a

cabo dichas actividades, siempre que exista un control efectivo. El estándar de control efectivo ha ido ampliándose por el propio tribunal, y se aleja de lo señalado en el caso *Bankovic y otros vs. Bélgica*, resuelto en el año 2001, en donde exige más bien un nivel de influencia decisiva en el territorio del tercer Estado.

A modo de conclusión, la noción de jurisdicción estatal ha evolucionado de un carácter eminentemente territorial hacia uno extraterritorial a lo largo de los años. Así, un primer hallazgo es que, a través de la jurisprudencia de las cortes de derechos humanos, se ha ido ampliando la noción de jurisdicción. Es mediante esta que los Estados podrían tener la obligación de aplicar las obligaciones de derechos humanos de las que son parte frente a determinadas situaciones.

De acuerdo al desarrollo jurisprudencial se ha visto que, frente a temas de ocupación o privación de libertad, o control en zonas de *checkpoint*, los Estados podrían eventualmente tener atribución de responsabilidad internacional por la falta de aplicación de obligaciones convencionales. Esto pone en evidencia que los Estados pueden y deben aplicar el cuerpo jurídico de sus obligaciones de derechos humanos en ciertos escenarios, como podría ser, por ejemplo, el contexto fronterizo.

Finalmente, se ha analizado la evolución de estos conceptos a la luz de lo desarrollado por el TEDH y su jurisprudencia, la cual ha ido flexibilizando los estándares construidos en materia de jurisdicción y control efectivo. Así, si bien en un momento se planteó la jurisdicción como un asunto eminentemente territorial, con el paso de los años nuevos modelos de jurisdicción empezaron a ser propuestos. Por ejemplo, se ensayaron los modelos personal y espacial, y ya en el caso *Jaloud* se planteó una postura mucho más razonable que tiene relación con un modelo que proponga una constatación de control efectivo. Dicho de otra manera, se puede concluir que las actividades llevadas a cabo en un contexto de control no quedan fuera del alcance del artículo 1 del CEDH, pues como se estudió en el caso *Jaloud*, se dieron órdenes de parte de mandos extranjeros en un contexto como el acontecido en Iraq.

Si bien los avances de este tribunal de derechos humanos han sido significativos en la determinación de jurisdicción y atribución de responsabilidad internacional, esta investigación sostiene que los casos de estudio no han salido del mismo contexto, es decir, conflictos armados, situaciones de ocupación, o algún tipo de control militar, pero sí han brindado alcances más amplios sobre su aplicación. Por ello, en el siguiente

acápites se examinará cómo en la zona fronteriza podría determinarse la existencia de cierto control por parte del Estado que construye el muro fronterizo.

2.3.4. ¿Los Estados tienen control efectivo en la zona fronteriza?

Como se ha advertido en el primer capítulo, los cambios causados principalmente por la globalización y la apertura de relaciones entre Estados ha hecho que las operaciones de los Estados no se constriñan a sus fronteras, sino que se expanda en su territorio y su jurisdicción. En esa línea, los alcances de las obligaciones de los Estados no se agotan más en sus límites territoriales, sino que se extienden ahí en donde existe control efectivo por parte de los mismos.

Teniendo ello presente, esta investigación propone que la construcción de un muro puede devenir en ilegal siempre que, como consecuencia del control que se ejerce a partir del mismo, se constate la vulneración de un derecho en el territorio de un tercer Estado. Para efectos de examinar la responsabilidad de Estado por hechos internacionalmente ilícitos (por ejemplo, mediante la vulneración de un derecho), será fundamental constatar cuál era el vínculo que dicho Estado tenía en la zona fronteriza correspondiente al tercer Estado, es decir si había jurisdicción o no. Como señala Tzevelekos, de acuerdo a la jurisprudencia del TEDH se requiere:

The basis of factual criteria, such as the nexus (effective control) between the state on the one hand, and the “locus delicti” (territory) or the victims (persons), on the other hand (2014: 133).

Esto supone que, por ejemplo, debido a las condiciones de un muro fronterizo, el Estado que construyó el muro tenga jurisdicción en la zona fronteriza como consecuencia de tal construcción. Por solo citar un ejemplo, en el hipotético caso que una persona fallezca en el tercer Estado en donde se encontraba antes de intentar cruzar, el Estado que construyó el muro será jurídicamente responsable porque tenía control, no solo sobre la zona en donde el muro estaba construido, sino en la zona contigua, que abarcaría el tercer Estado en donde ocurrió el accidente.

Conforme se analizó en el acápite anterior, la jurisprudencia ha ido ampliando las situaciones en donde un Estado puede tener control efectivo. Las clásicas razones esgrimidas para la determinación del control efectivo se han dado en situaciones límite, pero la propuesta planteada en esta investigación, extiende estos supuestos clásicos de

control efectivo a una situación bastante *sui generis* como el contexto fronterizo, es decir en un espacio en donde conjuntamente con el muro, frecuentan patrullas o policías fronterizas.

Se sostiene, así, que un Estado puede tener control efectivo en la zona que rodea el muro fronterizo, pues aun cuando este se encuentra en su territorio, es innegable que puede tener un impacto perjudicial directo al otro lado de la frontera, hecho que puede llevar a identificar la vulneración de un derecho u obligación. Al respecto, la CIDH en su informe sobre Movilidad Humana ha desarrollado que:

146. En el Derecho internacional, las bases de la jurisdicción no son exclusivamente territoriales, sino que puede ser ejercida sobre otras bases también (...). De esta forma, aunque jurisdicción usualmente se refiere a la autoridad sobre personas que se encuentran dentro del territorio de un Estado, los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos y no se basan en su nacionalidad o ubicación. Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cada Estado está obligado en consecuencia a respetar los derechos de todas las personas dentro de su territorio, de aquellas presentes en el territorio de otro Estado, pero sujetas al control de sus agentes, así como de aquellas que se encuentran en altamar, pero sujetas al control de sus agentes. [Énfasis propio]

En ese mismo sentido, Hathaway señala que:

Human rights are applied extraterritorially whenever the state has effective control over the territory, person, or situation in question (2011: 390)

Frente a ello, uno de los derechos que generalmente se vulneran con la presencia del muro fronterizo, es el de no devolución. Precisamente, un muro fronterizo supone una devolución indirecta, y como se verá en el tercer capítulo una vulneración a derechos relativos a un procedimiento adecuado en el marco de solicitudes de asilo, por ejemplo. En esa línea, cabe destacar que la CIDH en el mencionado informe ha indicado que “el principio de no devolución se aplica extraterritorialmente”, esto quiere decir que, en el contexto fronterizo, la presencia de un muro podría generar la vulneración de tal obligación, haciendo que el Estado que lo construyó pueda incurrir en responsabilidad internacional.

De la misma manera, la Corte IDH ha sostenido en la opinión consultiva sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección que:

187. Es ampliamente aceptado que el principio de no devolución aplica no sólo en el territorio de un Estado, sino también en la frontera, las zonas de tránsito internacional y en altamar, en razón del rol preponderante que ejerce para garantizar el acceso al asilo territorial. En consonancia con las obligaciones de no devolución en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, el ACNUR ha sostenido que el criterio decisivo no reside en determinar si la persona se encuentra en el territorio nacional del Estado o en un territorio que está de jure bajo el control soberano del Estado, sino si esa persona está sujeta o no a la efectiva autoridad y control del Estado.

188. (...) En suma, la Corte considera que el ámbito de protección contra la devolución no se circunscribe a que la persona se encuentre en el territorio del Estado, sino que también obliga a los Estados de manera extraterritorial, siempre que las autoridades ejerzan su autoridad o el control efectivo sobre tales personas. [Énfasis propio]

Ahora bien, el argumento que podría establecerse en contra de la tesis presentada, es –nuevamente- la apelación a la soberanía de los Estados para establecer sus políticas migratorias, en el marco de su dominio reservado. Sin embargo, resulta trascendental revisar cómo los estándares internacionales han ido marcando la pauta en torno al cómo deben de ser estas políticas migratorias. Por ejemplo, la Corte IDH en el caso Vélez Loo contra Panamá del año 2010, estableció que:

126. (...) En el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes. [Énfasis propio]

Por lo tanto, una justificación que recaiga de manera estricta en la potestad migratoria del Estado, ignora que esta, así como la actuación de los Estados, tiene que encontrarse acorde al *corpus iuris* de obligaciones de derechos humanos y de DIH. En suma, es posible concluir que, independientemente de la evaluación casuística, los Estados podrán desplegar sus obligaciones jurídicas de manera extraterritorial en contextos

como los fronterizos, en particular en situaciones en donde los muros fronterizos generen el incumplimiento de derechos como el de no devolución.

En el siguiente capítulo se analizará, precisamente, cuál puede ser el impacto que un muro fronterizo puede tener en el ejercicio de derechos de quienes se encuentran del otro lado de la frontera. Así, una vez determinada la jurisdicción se analizará qué derechos y obligaciones pueden ser vulnerados, específicamente en relación al individuo. Ello llevará a la determinación acerca de si los Estados que construyen muros fronterizos pueden o no incurrir en responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos.



3. CAPÍTULO III: Muros: ¿objetos de regulación bajo el Derecho internacional?

En el presente capítulo se estudiará por qué un muro, por su naturaleza, debe ser un objeto de interés y regulación desde el Derecho internacional. Un muro fronterizo repercute en la creación de un entorno particularmente hostil para quienes se encuentran tanto dentro del territorio del Estado que lo construye, como para aquellos que se encuentran fuera pues, como se analizará, este objeto, por sí mismo, repercute en el ejercicio de derechos. Es por ello que el análisis que se efectúe debe contener, como mínimo, un desarrollo desde el conjunto de obligaciones internacionales de los Estados, lo cual implica un examen de cada cuerpo normativo del que un Estado es parte, es decir, de aquello que lo vincula jurídicamente²⁷.

Arribar a esta conclusión permitirá determinar cómo un muro fronterizo restringe, y potencialmente atenta en contra de ciertas obligaciones convencionales de derechos humanos. En consecuencia, se sostendrá que la construcción de muros fronterizos debe de encontrar su principal límite en el respeto de otras obligaciones internacionales, algunas de ellas de especial importancia por vincularse con la protección del individuo: las relativas al DIDH y DIH.

Para efectos metodológicos, esta investigación abordará solo el estudio de las obligaciones convencionales pues, por su naturaleza, estas son la manifestación más clara de la voluntad de los Estados para acatar disposiciones de derechos humanos. Si un muro fronterizo impide el cumplimiento de dichas obligaciones entonces se estará en el terreno de la responsabilidad internacional de los Estados, pero esta vez por hechos ilícitos.

3.1. ¿Qué tipos de muros pueden ser abordados desde el Derecho internacional?

En la práctica, el fenómeno de la construcción de muros fronterizos debe ser abordado a partir del particular contexto social, territorial, histórico y político que presentan, con lo cual cada uno de ellos es diferente al uno del otro (Sorel, 2016). Esta complejidad que rodea un muro fronterizo hace que todos ellos marquen una división, una pertenencia y un régimen jurídico distinto.

²⁷ Para efectos de la presente investigación solo se considerarán las fuentes convencionales. Sin embargo, el Derecho consuetudinario también forma parte del *corpus iuris* de obligaciones que los Estados deben acatar.

Ahora bien, una de las dificultades a la que se enfrenta esta investigación es la falta de posicionamiento en el campo del Derecho internacional frente a este fenómeno global. Por muchos años su legalidad ha sido incuestionable pues se ha ponderado el principio de soberanía en su versión más clásica o territorial, y porque los análisis realizados respondían, más bien, a situaciones políticas concretas. Sin embargo, ha quedado demostrado que el análisis de la soberanía no debe realizarse de manera autónoma y excluyente, el estudio debe ser más bien sistemático a la luz del *corpus iuris* de obligaciones de los Estados.

Así, con el paso de los años, se ha constatado que cada vez más, la presencia de muros fronterizos tiene un impacto en el ejercicio de derechos, tanto de quienes intentan cruzarlo, como de quienes intentan salir. De ahí, que algunas instancias jurisdiccionales se hayan pronunciado al respecto. A propósito de ello, esta tesis propondrá una clasificación de muros fronterizos presentes en la actualidad y el régimen jurídico aplicable.

De la matriz planteada en el capítulo 1, pueden evidenciarse dos tipos de muros, de un lado, los muros construidos en situaciones de ocupación, y de otro lado, muros construidos en el territorio del propio Estado, a los que se denominará “otros muros”. Evidentemente, las repercusiones que ambos tipos presentan son complejas y diferentes, toda vez que en el primero de ellos la rama del Derecho que se aplica principal pero no exclusivamente es el DIH, por ser una situación de CAI, mientras que, en el segundo tipo de muro, se aplica el DIDH.

3.2. Muros en situaciones de ocupación: la aplicación principal pero no exclusiva del DIH

Si bien como se ha visto en el primer capítulo, la construcción de muros fronterizos data desde tiempos antiguos, lo cierto es que su análisis desde el punto de vista jurídico es bastante más joven y reciente. De esta manera, no es sino hasta el año 2004 en que la CIJ, como tribunal de justicia de alcance universal, se pronunció a través de una opinión consultiva sobre las consecuencias de un muro construido en una situación bastante *sui generis* que es la de un régimen de ocupación. Concretamente, la corte abordó las implicancias jurídicas de la construcción de un muro por parte de Israel en territorios ocupados palestinos. La CIJ reconoció que un muro es un objeto cuya presencia en una

determinada zona podría derivar en consecuencias jurídicas. Así lo señaló en la opinión consultiva:

39. En el presente caso, si la Asamblea General pide a la corte que determine las consecuencias jurídicas derivadas de la construcción del muro, el uso de estos términos implica necesariamente una evaluación sobre si dicha construcción viola o no ciertas normas y principios del Derecho internacional. [Énfasis propio]

Antes de dicha opinión consultiva, la construcción de muros no era jurídicamente reprochable, ya sea porque en el Derecho internacional nunca los había cuestionado, o porque, como se señaló, eran considerados medidas estrictamente coyunturales, pertenecientes al dominio reservado del Estado. Ejemplo de ello es que, frente al muro construido en Chipre, conocido como muro de “Nicosia”, no hubo un pronunciamiento respecto de su legalidad o no.

De igual manera, un muro sobre el que tampoco ha habido un pronunciamiento y que sobre el que hasta ahora existen controversias respecto al régimen jurídico de aplicación es el del Sahara occidental y Marruecos (1980), el cual sigue en pie hasta el día de hoy. Sin embargo, a partir del régimen en el que se encuentra, se puede determinar las consecuencias jurídicas que tiene. De acuerdo con el estudio proporcionado por la universidad de Ginebra, denominado “Rule of Law in Armed Conflicts” (RULAC), efectivamente, existe una situación de ocupación por parte de Marruecos desde 1975:

Morocco has been occupying the Western Sahara since 1975. Morocco is opposed by the Polisario Front, a national liberation movement set up in 1973 and recognized as representing the people of Western Sahara by the United Nations General Assembly in 1979. Seeking self-determination for the people of Western Sahara, the Polisario Front established the Sahrawi Arab Democratic Republic (SADR) in 1976. However, the question whether the SADR is a state as defined by international law remains controversial. Morocco controls two thirds of the territory while the Polisario Front governs the remaining area (2018). [Énfasis propio]

Las fuerzas armadas de Marruecos comenzaron la construcción del muro en 1980 y culminó en abril de 1987, después de construidos más de 2200 kilómetros. De acuerdo a lo señalado por Marruecos, el muro fue construido con el propósito de defender a su población de los ataques cometidos por el Frente Polisario (Saddiki, 2012). Sin embargo, parte del territorio del Sahara occidental fue utilizado para tales propósitos, con lo cual será necesario analizar si existen derechos y obligaciones en el régimen de ocupación

que han conculcados a partir de tal construcción. Asimismo, en relación a este muro habría que examinar las múltiples consecuencias que este tiene en la región, particularmente en el incremento de operaciones conducidas por grupos militares y el aumento de migración irregular proveniente, precisamente, del Sahara (Saddiki, 2012).

Con estos planteamientos preliminares, se analizarán los pronunciamientos de distintos tribunales internacionales en relación a la problemática jurídica derivada de la construcción de un muro fronterizo en contextos como los de ocupación. Para ello, será de gran utilidad acudir a los pronunciamientos de instancias jurisdiccionales como tribunales nacionales y, desde luego, la opinión consultiva de la CIJ respecto del muro construido en territorios palestinos ocupados.

3.2.1. Los pronunciamientos de los tribunales internacionales: las sentencias del tribunal supremo israelí y la opinión consultiva de la CIJ

En este acápite se estudiarán tres importantes fallos jurídicos y una opinión consultiva de la CIJ, los cuales han sido expedidos tomando como tema central la construcción de un muro fronterizo. Debe precisarse, sin embargo, que el contexto abordado en las tres sentencias y la opinión consultiva, no permite tener una visión general sobre la problemática, sino que más bien aborda un contexto particular, restringiendo el análisis a un tipo *sui generis* de muro: la situación del muro construido por Israel en territorios ocupados palestinos. Sin perjuicio de ello, un punto a favor es que, al ser este uno de los muros más polémicos, es inevitable que los tribunales de Israel se hayan pronunciado en términos jurídicos sobre la legalidad del mismo. Además, este caso es bastante particular pues se da en contexto de un CAI, en donde se aplican principal, pero no exclusivamente, las normas de DIH.

Los pronunciamientos que se enunciarán describen la composición y justificación jurídica del muro construido en territorios ocupados, solamente. Para ilustrar el contexto en que estos pronunciamientos abordan el tema, se describe la complejidad de un muro como “un sistema integrado de muros, barreras, trincheras y cercas por todo el territorio de Cisjordania, por parte de Israel, construidas en junio de 2002” (Akram y Lynk, 2006). Israel ha justificado en reiteradas oportunidades que el muro se construyó con la

finalidad de evitar ataques terroristas, los cuales habían incrementado tras la segunda Intifada²⁸. Dicho en otras palabras, alegó un tema de seguridad nacional.

En ese sentido, la justificación de parte de Israel en relación a la seguridad nacional resulta compleja por dos razones fundamentales. En primer lugar, no existe un estándar vinculante que defina los límites de dicho término; y, en segundo lugar, los Estados no están obligados a justificar ampliamente su empleo, ni cuándo se está frente a una situación que la haga peligrar. Al respecto, su desarrollo ha sido solamente desde el ámbito del *soft law*, ejemplo de ello son los Principios de Siracusa de 1984 sobre las disposiciones de limitación y derogación del PIDCP, que sobre temas de seguridad nacional disponen lo siguiente:

Seguridad Nacional

19. Solamente se puede invocar la seguridad nacional para justificar las medidas que limiten ciertos derechos cuando estas medidas se adopten para proteger la existencia de la nación, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de la fuerza.

20. No se podrá invocar la seguridad nacional como motivo para imponer limitaciones o impedir amenazas puramente locales o relativamente aisladas contra el orden público.

21. No se podrá utilizar la seguridad nacional como pretexto para imponer limitaciones vagas o arbitrarias y solamente se podrá invocar cuando existan garantías adecuadas y recursos eficaces contra los abusos.

22. La violación sistemática de los derechos humanos socava la seguridad nacional y puede poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. Un Estado que sea responsable de una violación de este tipo no podrá invocar la seguridad nacional para justificar las medidas encaminadas a suprimir la oposición a dicha violación o a imponer prácticas represivas contra su población. [Énfasis propio]

En consecuencia, se sostiene que cualquier apelación a la seguridad nacional no justifica la limitación de derechos, por el contrario, conforme se ha previsto en los principios antes mencionados, existen causales taxativas que autorizan la restricción, las cuales se analizarán en el próximo acápite. Es precisamente esta premisa la que ha generado muchas críticas en relación a la construcción del muro en el territorio ocupado. En este punto, solo se referirán aquellas críticas que guarden relación con asuntos

²⁸ Se conoce como Intifada al levantamiento de palestinos en contra de represión israelí. En particular, la segunda Intifada, se inició a partir del 29 de septiembre de 2000, provocada por la visita del entonces primer ministro israelí Ariel Sharon a la Explanada de las Mezquitas

estrictamente jurídicos, en particular, aquellas que cuestionan el asunto de la seguridad nacional, como elemento determinante para la restricción de derechos:

The legal criticism focused mostly on Israel's choice to build large sections of the barrier within the occupied territories. First, it was argued that Israel was de facto annexing Palestinian territory, and, in this sense, the barrier was described as motivated by political rather than security considerations.

Second, critics pointed out that the route chosen for the barrier protects not only Israel's territory but also Israeli settlements in the occupied territories, long regarded by the international community as infringing the Fourth Geneva Convention.

Third, grave infringements of humanitarian law and of the human rights of Palestinians residing in areas adjacent to the barrier were also targeted, including land expropriations and the significant limitation of access to vital services. These infringements pertained mainly to Palestinians caught on the "Israeli" side of the barrier and in need of services supplied from the West Bank, but sometimes also to residents of the "Palestinian" side who are now detached from their fields, which remain on the other side (Barak-Erez, 2006: 541).

Advertido ello, se abordarán en primer lugar, las sentencias del tribunal supremo israelí de junio, expedidas el 30 de mayo de 2004; el 15 de septiembre de 2005; y, el 18 de febrero de 2007. Y, en segundo lugar, la opinión consultiva de la CIJ, a la que se ha hecho referencia anteriormente, la cual se expidió a menos de un mes del primer fallo del tribunal israelí (2004). Todas ellas permitirán tener una idea más completa sobre las implicancias jurídicas de un muro fronterizo.

3.2.1.1. Caso Beit Sourik resuelto por el tribunal supremo israelí²⁹

La primera sentencia que analiza la controversia surgida a partir de la decisión de construir una "valla de seguridad", surge con el caso iniciado por el del Consejo de Beit Sourik vs el gobierno israelí y el Comandante a cargo de las Fuerzas de Defensa de Israel en Cisjordania. Fue resuelto por el tribunal supremo israelí el 30 de junio de 2004. A continuación, se enunciarán aquellas partes de la sentencia que hacen referencia al análisis jurídico sobre el tramo de muro construido.

²⁹ Los fundamentos jurídicos de la sentencia han sido traducidos por la autora.

Como parte de las situaciones de hostilidad acontecidas, el gobierno de Israel decidió emprender diversas operaciones militares, por ejemplo, la operación “Muro defensivo” (en marzo de 2002), y la operación “Ruta determinada” (en junio de 2002). El objetivo de ambas acciones militares fue derrotar la llamada “infraestructura terrorista” palestina e impedir ataques terroristas contra civiles israelíes (párr. 2). En la misma línea, el Comité de Ministros de Seguridad Nacional decidió como medida temporal:

Erigir un obstáculo en las tres regiones más vulnerables al paso de terroristas hacia Israel: la región Umm El-Fahm y el pueblo dividido entre Israel y la zona (Baka y Barta'a); la región de Qalqilya-Tulkarm; y la región de Jerusalén Mayor. También se decidió crear un equipo de Ministros, encabezado por el Primer Ministro, que examinaría las soluciones a largo plazo para impedir la infiltración de palestinos, incluidos terroristas, en Israel.

Como se observa, la controversia principal está vinculada con las órdenes de construcción del muro fronterizo. La parte demandante, que eran los terratenientes y Consejeros de la aldea, señalaron que dichas órdenes gubernamentales eran ilegales por cuanto la construcción afectaba sus derechos, y en consecuencia estas deberían ser anuladas y la ubicación de la barrera/muro de separación debería ser modificada (párr. 9), de modo que no resulten perjudicados. Concretamente, las afectaciones que identificaron los pobladores de dicha zona fueron las siguientes:

Más de 42.000 dunams³⁰ de sus tierras estarán afectados (...) de los cuales 26.500 son tierras agrícolas que han sido cultivadas por muchas generaciones. El acceso a estas tierras agrícolas será difícil e incluso imposible. La capacidad de los peticionarios para trasladarse dependerá de un régimen burocrático de permisos complejo.

El uso de pozos de agua locales no será posible, en consecuencia, el acceso al agua para las cosechas será obstaculizado. El pastoreo, que depende del acceso a estos pozos, será difícil (...). La valla (sic) separará las aldeas (...). Los medios de subsistencia de cientos de familias palestinas, basadas en la agricultura, serán gravemente dañados. Además, la valla (sic) de separación dañará la capacidad de las aldeas para desarrollarse y expandirse.

Las vías de acceso a los centros urbanos (...) serán bloqueadas. El acceso a servicios médicos y otros servicios en Jerusalén Este y en otros lugares será imposible. Las ambulancias tendrán dificultades para proporcionar servicios de emergencia a los

³⁰ El dunam es una unidad de superficie

residentes. El acceso de los niños a las escuelas de los centros urbanos y de los estudiantes a las universidades se verá afectado.

En vista de dichas consideraciones, el tribunal supremo israelí determinó que las Fuerzas de Defensa de Israel no podían construir el muro en atención a motivaciones estrictamente políticas, dado que su sola presencia menoscaba los derechos de los aldeanos, razón por la cual sería imprescindible un análisis jurídico. En consecuencia, un aspecto importante a determinar es la referencia a la vulneración de obligaciones en materia de DIDH y también de DIH, por tratarse de una situación de ocupación.

De igual manera, el tribunal hizo hincapié en que la “valla de separación” no podría estar motivada por un deseo de anexar territorios (párr. 27). Es menester considerar que esto encuentra sustento jurídico en las disposiciones de DIH relativas al régimen de ocupación. Israel no puede construir caminos ni modificar el estatus de las tierras que gobierna (ocupa) para la obtención de propios beneficios, salvo sea (como lo señala explícitamente las normas de DIH sobre ocupación³¹), por excepciones contempladas en el DIH: en beneficio de la población civil, o por razones militares y de seguridad.

Sin perjuicio de las críticas realizadas, el tribunal rechazó los argumentos de los demandantes, y señaló de manera general, que dicho muro no violaba las disposiciones de Derecho internacional, por haberse construido *par excellence* por temas de seguridad nacional (párr. 29). En este punto el tribunal reconoció que aun cuando el muro se justifica en razones de interés nacional, existían tramos del mismo que se encontraban cerca de Jerusalén Este, y que no superan el test de proporcionalidad que pondera entre la necesidad militar y seguridad nacional, y los derechos de la población ocupada.

Debido a ello, el tribunal estimó que aproximadamente 25 kilómetros del tramo de 40 kilómetros requerido por los demandantes fuesen reorientados más cerca de la línea verde (línea de demarcación que se estableció en el armisticio de 1949), que delimita el territorio del Estado de Israel. De igual modo, dicho tribunal abordó también la cuestión de los derechos humanos invocados por los demandantes palestinos, como la confiscación de propiedad privada, extremo que es posteriormente desestimado. Finalmente, dicho fallo pone en evidencia las repercusiones no solo fácticas sino también jurídicas que supone la construcción de un muro fronterizo, y cómo su presencia, en determinadas circunstancias impide el ejercicio de derechos.

³¹ Véase más en: Cuarto Convenio de Ginebra, artículos 27 al 34 y 47 al 78

3.2.1.2. Caso Mara'abe resuelto por el tribunal supremo israelí³²

Este segundo caso fue resuelto por el tribunal supremo israelí el 15 de septiembre de 2005. En dicha oportunidad la controversia fue planteada también por los habitantes de aldeas palestinas versus el Primer Ministro israelí y otras instituciones gubernamentales. El tribunal señaló que la aldea israelí de "Alfei Menashe" fue asentada aproximadamente cuatro kilómetros más allá de la línea verde. Con ello presente, y debido a los acontecimientos de violencia suscitados bajo el régimen de ocupación, el comandante militar ordenó la construcción de una "valla de separación", la cual rodeó la mencionada aldea, dejando solo un pasaje por el que se hallaba una carretera que conectaba con Israel. La consecuencia inmediata de ello fue la constitución de un enclave de aldeas palestinas en el lado israelí del muro, lo cual generó distintas restricciones. A modo de contexto, las cinco aldeas palestinas afectadas tenían una población aproximada de 1200 personas:

Arab a-Ramadin (población aproximadamente 250); Arab AbuFarda (población de aproximadamente 120); Wadi a-Rasha (población aproximada de 120); Ma'arat a-Daba (población aproximada de 250), y Hirbet Ras a-Tira (población aproximada de 400)

Asimismo, en esta controversia, el muro se describió de la siguiente manera:

La valla (sic) de separación es un obstáculo construido de una serie de componentes. En su centro se encuentra una "valla inteligente" (sic), cuyo objetivo es alertar a las fuerzas que se despliegan a lo largo de ella de cualquier intento de cruzarla; en el lado exterior de la valla (sic) se encuentra un obstáculo anti-vehículo compuesto por una zanja (...). Adyacente a esta, una carretera de servicio está pavimentada. En el lado interno de la valla electrónica (sic), hay una serie de caminos: un camino de rastreo (...), una carretera de patrulla y un camino para vehículos blindados, así como una barrera adicional.

La anchura media de esta es de 50-70 metros. Debido a diversas restricciones en ciertos puntos a lo largo de la ruta, se construirá una valla más estrecha (sic) (...). En ciertos casos esta puede alcanzar una anchura de 100 metros, debido a las condiciones topográficas.

³² Los fundamentos jurídicos de la sentencia han sido traducidos por la autora.

Varios medios para ayudar a prevenir la infiltración se erigirán a lo largo de la ruta del obstáculo. Las FDI [fuerzas de defensa de Israel] y la policía fronteriza patrullarán la “valla de separación” y serán llamadas a lugares de infiltración para frustrar dichas acciones y perseguir a quienes logren cruzar la valla de seguridad (párr. 4 y 11).

En ese sentido, el petitorio fue que el tribunal resuelva sobre la legalidad de este segmento del muro el cual, a criterio de los demandantes, era desproporcionado y discriminatorio. Principalmente, los jueces se basaron en lo resuelto en el antecedente Beit Sourik Village Council contra el gobierno de Israel, y en lo señalado a través de la Opinión Consultiva de la CIJ, para negar la ilegalidad.

Dicho tribunal concluyó que, pese a que el punto de partida desarrollado por la CIJ y lo resuelto por el tribunal nacional tenía un origen común, lo cierto es que ambos llegaron a conclusiones diferentes. Así, es importante destacar que, de un lado, la CIJ, mediante su opinión consultiva sostuvo, que la ruta trazada del muro contraviene el Derecho internacional debido a que en su mayoría atraviesa territorios ocupados. Mientras que, de otro lado, el tribunal supremo israelí, en el caso Beit Sourik, falló en su sentencia que no se debería dar una respuesta amplia a la cuestión de la legalidad del muro de acuerdo con el Derecho internacional y que cada segmento de este debería ser examinado por separado. En este punto, debe recordarse que en el asunto Beit Sourik se decidió que parte de la ruta examinada en esa petición se ajusta perfectamente al Derecho internacional y que parte de ella lo contravenía (párr. 73).

En el caso concreto, el tribunal israelí señaló que, de conformidad con la sentencia precedente, continuaría examinando la legalidad de cada uno de los segmentos de la “valla de seguridad”. Para tales efectos, el tribunal se preguntó si en cada segmento existía un equilibrio proporcional entre la necesidad seguridad militar y los derechos de la población local. En consecuencia, si la respuesta relativa a un segmento particular de la valla (sic) era positiva, consideraría que ese segmento sería legal. En cambio, si su respuesta era negativa, consideraría que ese segmento no sería legal (párr. 74).

Finalmente, el mencionado tribunal señaló que, con relación a la sección específica de la “valla de seguridad” impugnada por los demandantes, resultaba de aplicación lo establecido en el caso Beit Sourik, es decir, el análisis de cada tramo, ya que esta fracción impugnada estaba motivada por consideraciones de seguridad nacional. Sin perjuicio de ello, en el contexto particular, el tribunal observó y analizó el impacto positivo e inmediato que la construcción de esta tendría en la disminución de ataques terroristas.

En otras palabras, nuevamente la seguridad nacional fue un elemento a considerar para realizar la ponderación, en relación al ejercicio de determinados derechos humanos. Siguiendo dicha línea, el tribunal se cuestionó:

¿Y cuál será el caso si el examen de la ruta alternativa lleva a la conclusión de que la única ruta que proporciona la seguridad mínima requerida es la ruta existente? Sin él, no hay seguridad para los israelíes. Con él, hubo una grave lesión en el tejido de la vida de los residentes de las aldeas (...). No nos enfrentamos a la misma situación que en el Caso Beit Sourik, ya que, en dicho contexto, sí había una alternativa que proporcionaba seguridad a los israelíes (...) (párr. 116).

Este caso es particularmente relevante porque el tribunal determina que la parte del muro que se buscaba construir en territorios ocupados no era proporcional, en tanto no se habían explorado alternativas que pudiesen garantizar la seguridad que fuesen menos lesivas. Esto motivó, en consecuencia, que el tribunal ordenara el desmantelamiento de un tramo del muro para que fuese reubicado, en respeto del marco jurídico nacional e internacional. Como señala Barak-Erez, esto refleja:

The broad impact of international law on domestic adjudication. The foundation for the case law in this area is the international law of occupation. At the same time, the Court's decisions show that international law varies according to the forum applying it. In its Mara`abe decision it emphasized that it was instructed by the norms of international law as defined by the International Court of Justice, and explained its different conclusion on the basis of differences in the facts before each court, especially regarding the background security situation (2006: 546) [Énfasis propio].

Finalmente, conviene advertir que una de las diferencias sustanciales que estos casos tienen en relación a la opinión consultiva desarrollada por la CIJ es que el tribunal supremo israelí resolvió demandas más específicas en relación a secciones determinadas de la "barrera de seguridad". Entre tanto, como se verá más adelante, la CIJ desarrolló una opinión consultiva en relación a la problemática general creada a partir de la construcción de un muro fronterizo, mas no desarrolló las características específicas de las necesidades de seguridad con respecto a cada sección particular, como lo hizo el tribunal supremo israelí.

3.2.1.3. Caso Yassin resuelto por el tribunal supremo israelí³³

Este tercer caso de análisis fue presentado por Ahmed Issa Abdallah Yassin, (Presidente del Consejo del pueblo Bil'in) contra el gobierno de Israel y Comandante a cargo de las Fuerzas de Defensa de Israel en Cisjordania, y fue resuelto por el tribunal supremo israelí el 18 de febrero de 2007. A modo de contexto, dicho tribunal señaló:

El asentamiento israelí de Modi'in Illit se encuentra ubicado en el área geográfica correspondiente a Modi'in (...). En él viven aproximadamente 32,000 residentes, la mayoría de quienes son ultraortodoxos. Cerca de dicho asentamiento hay numerosas aldeas palestinas. Como parte del programa del gobierno israelí para erigir una valla de seguridad entre Israel y el área, se planificó que la ruta de la valla atravesara esta área [las aldeas palestinas], en la "etapa C" de su construcción. La valla en esta área tenía el objetivo de separar los asentamientos del bloque Modi'in (Mattityahu, Modi'in Illit y Hashmona'im) de las aldeas palestinas de Bil'in, Saffa, Harbata, Dir Qaddis, Ni'lín y Al Midiya, con la finalidad de proteger a los residentes de Modi'in Illit (y otros). La aldea de Bil'in, es una aldea palestina afectadas, se encuentra al este de Modi'in Illit, y ahí viven aproximadamente 1.700 residentes.

En ese sentido, la demanda interpuesta por los representantes de la aldea Bil'in exigió la reorientación de la "valla de seguridad" debido a que se estaba construyendo en la propia aldea. De otro modo, los residentes palestinos de dicha aldea verían perjudicado el derecho a trabajar las tierras agrícolas que poseían. En ese sentido, antes de que el caso sea conocido por el tribunal supremo israelí, los representantes cuestionaron judicialmente dichos planes de construcción. Esto llevo a que el Comandante a cargo de las Fuerzas de Defensa de Israel en Cisjordania, tomando en cuenta las disposiciones del caso Beit Sourik, analizara la conveniencia de reorientar dicho segmento de la "valla de seguridad". Todo ello con la finalidad de tener un mejor análisis acerca de si el tramo del muro construido podría o no afectar a los residentes palestinos. De esta manera:

El comandante militar reexaminó la ruta de la cerca, a la luz de los estándares determinados en dicha sentencia. Se decidió una modificación de la ruta, por la cual la sección de la valla que pasa a través del lecho del río Modi'im (al oeste de Bil'in) se reorientaría hacia el oeste. La modificación de ruta se presentó a los residentes en octubre de 2004, y el 24 de noviembre de 2004 se emitió una orden de embargo enmendada, alterando los límites inicialmente planteados.

³³ Los fundamentos jurídicos de la sentencia han sido traducidos por la autora.

Pese a ello, los residentes de la aldea Bil'in se mostraron en contra de la nueva ruta propuesta y, señalaron que esta seguía afectándolos. En ese contexto, la pregunta central en este juicio es ¿cómo afecta en el ejercicio de derechos la construcción de un segmento de muro en dicha zona? Para los residentes palestinos:

La ruta vallada alterada que pasa por la tierra de la aldea de Bil'in es de 1,7 km. Largo, y toma hasta 260 dunams. La ruta establecida se encontraría a dos kilómetros de las casas más alejadas de la aldea israelí de Modi'in Illit. Esto deja aproximadamente la mitad de la tierra de la aldea de Bil'in en el lado "israelí" de la valla (sic). Según el demandante, la extensión de las tierras de la aldea Bil'in que permanecerán en el área entre la cerca y el límite del área de Judea y Samaria sería de aproximadamente 1.980 dunams, que es parte de propiedad privada de los residentes de Bil'in y parte de la aldea tierra cultivada por sus residentes.

(...) Actualmente en esta tierra hay plantaciones de olivos, almendros y vides. La tierra también sirve como pastos para rebaños de ovejas propiedad de los residentes de las aldeas. Constituye la principal fuente de sustento para aproximadamente 200 familias en Bil'in. Sin él, estas familias están condenadas a vivir en la pobreza. Además, los demandantes argumentan que, para llegar a su tierra, los residentes palestinos deberán recibir un permiso de entrada en el área cerrada y pasar una puerta en la cerca. [Énfasis propio]

En consecuencia, para los peticionarios no había duda de que las razones expuestas por los agentes estatales israelíes no tenían relación con asuntos de seguridad, sino que más bien respondían a un deseo expansionista de los asentamientos judíos en dicha área (eventual anexión de territorios). En suma, se argumenta que la ruta de la valla (sic) no es proporcional, ya que causa daños de enormes dimensiones a la aldea, así como restringir los derechos fundamentales de sus residentes, incluidos los derechos de propiedad, la libertad de circulación y la libertad de desarrollarse (párr. 19).

El análisis jurídico llevado a cabo por el tribunal, empezó señalando el marco normativo del DIH (*lex specialis*) que aplica en el régimen de ocupación. Acto seguido, el tribunal explicó en qué supuestos cabría construir una valla de seguridad para proteger la vida de la población israelí. En un segundo nivel de análisis, el tribunal señaló que un Comandante militar no tiene la libertad de tomar ninguna decisión que satisfaga las necesidades de seguridad legítimas, por el contrario, debe examinar una serie de consideraciones, de modo que no se restrinjan derechos de manera desproporcionada.

Así, “al determinar la esencia de los derechos de los israelíes que viven en la zona, se debe considerar el carácter de la zona bajo ocupación beligerante y las fuerzas del comandante militar” (párr. 29).

Un aspecto importante en el análisis conducido por dicho tribunal es el de restricción de derechos humanos. Así, para el Estado de Israel:

Los derechos humanos a los que tienen derecho las "personas protegidas" y los israelíes en la zona no son absolutos. Como con todos los derechos humanos, son relativos. Ellos pueden ser restringidos. Algunas de las restricciones se derivan de la necesidad de considerar los derechos de los demás. Algunas de las restricciones se derivan del interés de seguridad. El comandante militar debe equilibrar las diversas consideraciones, que a veces chocan entre sí. Un estándar central en este equilibrio es la "proporcionalidad", que se examina en una prueba de tres partes. La primera prueba determina que se necesita un enlace de ajuste entre el objetivo y los medios. La segunda prueba determina que, entre los medios que se pueden emplear para realizar el objetivo, se deben emplear los medios que causen el menor daño. La tercera prueba determina que el daño causado al individuo por los medios empleados debe mantener una proporción adecuada al beneficio que se deriva de ello.

En ese orden de ideas, el tribunal concluyó que la ruta establecida perjudicaba seriamente a los residentes de la aldea de Bil'in. Ese daño era causado por el resultado de la confiscación de las tierras para la construcción del segmento de valla (sic) en sí misma, y suponía el desarraigo las tierras agrícolas cultivadas en el lado "israelí", que son una fuente indispensable para la vida de los residentes. En el planteamiento del test de restricción antes mencionado, el tribunal señaló que no hay convicción de que el segundo paso de dicho test se satisfaga, toda vez que, existen mecanismos alternativos para la construcción de la valla (sic) que permitan la protección de los residentes de Modi'in Illit. De igual modo, el tribunal destacó que:

La ruta de la valla no resiste el tercer paso del test, pues la ruta elegida causa un daño grave a los residentes de Bil'in. El daño es causado por la toma de tierra para construir la cerca, la destrucción de árboles ubicados a lo largo de la ruta y la confiscación de tierras agrícolas. (...) La ruta de la valla separa el pueblo de Bil'in de una gran parte de la tierra que aún pertenece al pueblo.

Finalmente, el tribunal ordenó que, dentro de un período de tiempo razonable, se reconsidere una alternativa a la ruta de la “valla de separación” en la tierra de la aldea

Bil'in, que no cause los daños enunciados anteriormente a sus residentes. Aplicando el marco normativo establecido en los casos Beit Sourik y Mara'abe, el tribunal en este caso, volvió a referirse a las consecuencias negativas de la construcción de tramos de la "valla de seguridad", y cómo los agentes estatales debían considerar las obligaciones en materia de DIH (régimen de ocupación), y de DIDH en relación al respeto de los derechos de los pobladores de Bil'in, quienes serían los más afectados con dicho plan. Aunque no lo señaló de manera directa, se puede entender de dicho pronunciamiento que no cualquier apelación a la seguridad nacional debe ser considerada, sino que este debe de pasar un test de proporcionalidad en relación a elementos igualmente valiosos, como el respeto de los derechos de los residentes en determinado territorio.

3.2.1.4. Opinión Consultiva de la CIJ

Conforme se ha mencionado, el 9 de julio de 2004, la CIJ emitió una opinión consultiva en la cual desarrolló cuáles eran las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. Este documento es importante porque entre otros aspectos, se refirió a la vulneración de obligaciones internacionales en materia de DIDH y DIH en el contexto de la ocupación israelí.

En esa línea, la Asamblea General (en adelante "La Asamblea"), a través de su resolución ES-10/14, de 8 de diciembre de 2003 planteó a la corte determinar si la construcción de un muro fronterizo era legal o no a la luz del Derecho internacional. En dicha resolución, la Asamblea manifestó su preocupación en relación a que:

(...) Israel, la Potencia ocupante, ha empezado a construir y sigue construyendo un muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores, que se aparta de la línea del armisticio de 1949 (línea verde) y ha supuesto la confiscación y destrucción de tierras y recursos palestinos, la perturbación de la vida de miles de civiles protegidos y la anexión de facto de extensas zonas de territorio, y subrayando que la comunidad internacional se opone unánimemente a la construcción de ese muro (...).

Decide, de conformidad con el Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, pedir a la corte, en virtud del Artículo 65 del Estatuto de la corte, que emita con urgencia una opinión consultiva (...).

Tras analizar los cuestionamientos de admisibilidad de dicha solicitud de opinión consultiva, a partir del párrafo 66, la corte empezó a desarrollar el fondo del asunto planteado. Para tales efectos, delimitó el ámbito geográfico de análisis excluyendo el

tramo del muro ubicado geográficamente en el territorio israelí, y refiriéndose – de forma exclusiva, a aquel tramo construido en el territorio ocupado:

67. (...) Que la solicitud de la Asamblea General se refiere a las consecuencias jurídicas del muro que se está construyendo en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores. Como también se explicará más adelante, algunas partes de esta compleja obra se están construyendo o se construirán en el propio territorio de Israel; la corte no considera que deba examinar las consecuencias jurídicas de la construcción de esas partes del muro.

68. La cuestión planteada por la Asamblea General se refiere a las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado. Sin embargo, para indicar a la Asamblea General cuáles son esas consecuencias, la corte debe determinar primero si la construcción de ese muro vulnera el Derecho internacional. Procederá, pues, a decidir esa cuestión antes de ocuparse de las consecuencias de la construcción. [Énfasis propio]

La corte, entonces, no abordó las consecuencias jurídicas del tramo del muro construido en Israel, sin embargo, debe considerarse que este hecho no significó una toma de postura en relación a la ausencia de consecuencias jurídicas en dichos tramos. Por lo tanto, se sostiene que el hecho de que la corte no se pronunciara sobre la sección construida en territorio israelí no quiere decir, en modo alguno, que dichas secciones del muro sean legales, por el contrario, requieren de un análisis distinto.

Siguiendo dicho razonamiento, se concluye que la ilegalidad no deriva solo de la localización, sino que puede manifestarse a partir de los efectos perniciosos que un objeto puede generar para el ejercicio de derechos. De ahí que la opinión consultiva, aun cuando constituye un buen primer antecedente de análisis de la problemática desde el Derecho internacional, no resulta suficiente ni brinda un panorama general de la situación, pues impide tener una comprensión amplia sobre las consecuencias generadas a partir de la construcción de cualquier muro fronterizo y el impacto en el individuo. En esa misma línea, la corte parte de una premisa específica y no general como parecería indicar en el precitado párrafo 68, y apunta que:

69. Se efectuará en primer lugar un breve análisis del estatuto del territorio afectado, y luego describirá las obras ya construidas o en curso de construcción en ese territorio (...).

En consecuencia, la CIJ no determina, *ex ante*, si un muro vulnera o no obligaciones de Derecho internacional, sino más bien, aborda una situación específica que es la del régimen de ocupación que desde 1967 se da en los territorios palestinos por parte del Estado de Israel. A partir de ello, se deben considerar por lo menos dos puntos débiles de la mencionada opinión consultiva.

En primer lugar, la relativa a su propia naturaleza, ya que el muro se encuentra incurso en un análisis del régimen de ocupación israelí, lo cual impide un desarrollo más amplio y general sobre las consecuencias de un objeto de dicha magnitud en la frontera en escenarios distintos al de un conflicto armado. Y, en segundo lugar, en lo relacionado a su alcance, ya que hubiese sido necesario un desarrollo desde el factor ubicación o localización, es decir, formularse la pregunta acerca de las consecuencias del muro construido en territorio israelí. De esta manera, las consecuencias del muro específico que la CIJ analiza, se desprenden del lugar de su construcción, es decir, del tramo que se encuentra en los territorios palestinos. Como lo señala la propia Asamblea General:

83. En el informe del Secretario General se indica que en la parte más septentrional el muro construido o en construcción se desvía muy poco de la línea verde. Sin embargo, casi toda su trayectoria se encuentra en territorio ocupado [Énfasis propio].

Un último aspecto que debe notarse es en relación al propio desarrollo jurídico realizado por la corte que detalla las principales obligaciones vulneradas tanto en el DIH (por *lex specialis*) como en el DIDH a propósito de la actuación de Israel en territorios palestinos. En consecuencia, al evidenciar en el caso concreto una restricción desproporcionada en el ejercicio de determinados derechos, la corte recomendó a Israel detener de manera inmediata la construcción, así como dismantelar o destruir el muro en las zonas en donde ya se había construido, derogar cualquier acto legislativo que apruebe la construcción de esta “valla de seguridad”, entre otras medidas (párr. 163).

3.2.2. Aportes de los cuatro pronunciamientos

Habiendo examinado estos cuatro pronunciamientos en torno a la ilegalidad de la construcción de un muro fronterizo, se concluye que, en lo referido al desarrollo del tribunal supremo israelí, la revisión judicial respecto de la “valla de seguridad”, aborda cuanto menos tres aspectos fundamentales. En primer lugar, la consideración de normas de DIDH y DIH a la luz del caso concreto, esto es en el régimen de ocupación. A partir de ello, el tribunal identifica las consideraciones de seguridad subyacentes para

la construcción de la “valla”, o más propiamente muro fronterizo. Esto es, el contexto particular de cada segmento del muro, y cuándo se puede justificar una medida como esa incluso cuando se trata de un territorio ocupado.

En segundo lugar, las tres sentencias muestran una evolución y una rigidez en el test de proporcionalidad planteado, en razón del cual dos elementos son comparados, de un lado, la seguridad nacional, y de otro lado, los derechos constreñidos. Dicho test permite analizar si es válida o no la restricción de derechos. De esta manera, el tribunal examinó si el muro fronterizo construido en localidades específicas, correspondientes estrictamente a territorios ocupados, responde a exigencias de seguridad nacional, o más bien responde a un deseo expansionista de anexar territorios palestinos.

Como se observa, la metodología de análisis en los tres casos partió de un estudio fáctico basado en las necesidades de cada caso concreto. Tomando en cuenta ello, se determinó si era posible sopesar la seguridad nacional a costa de la restricción, o eventual vulneración de obligaciones convencionales, como lo señaló el tribunal supremo israelí en relación al *corpus iuris* del DIH.

Un tercer punto es que las dos primeras sentencias (caso Beit Sourik y Mara'abe), mostraron una mayor rigidez en el análisis, otorgando mayor importancia al ámbito de la seguridad nacional. Entre tanto la tercera sentencia examinada (caso Yassin), puso de manifiesto los recursos judiciales utilizados tanto por los demandantes como por los demandados, esto es, los criterios planteados en la jurisprudencia, así como un esfuerzo por reorientar la ruta de construcción del muro.

Frente a ello, el tribunal israelí evaluó y reconsideró la construcción de segmentos de la “valla de seguridad” en determinados ámbitos geográficos. En dichas localidades, se evidenció que esta medida no resultaba necesaria, sino que había posibilidades menos lesivas. Por último, un aspecto relevante de los tres procesos conducidos por el tribunal israelí, fueron las medidas particulares adoptadas por el Estado en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones internacionales que ejerce como potencia ocupante, en relación a la población palestina que se encuentra en Cisjordania, refiriéndose particularmente a las obligaciones en relación a las personas protegidas, y a la no anexión de territorios.

De otro lado, un primer hallazgo importante sobre la opinión consultiva de la CIJ, en relación con los fallos del tribunal israelí, es que no abordó la situación de las

obligaciones específicas relativas a los tramos o segmentos del muro. Es decir, en situaciones tan tensas como las que supone la presencia de un conflicto armado, ¿es posible realizar un análisis de manera general y amplia? O es que ¿acaso la seguridad nacional debe examinarse, como lo hizo el tribunal israelí, en cada área geográfica específica?

Si bien no puede afirmar tajantemente que un muro vulnera obligaciones convencionales en todos los supuestos, sí puede señalarse, conforme se ha podido estudiar de los pronunciamientos jurídicos anteriores, que restringe y menoscaba el ejercicio de derechos. Es por ello que, en todos los casos, se hace necesario un test de proporcionalidad, que permita arribar a conclusiones más objetivas sobre la validez o no de la limitación de derechos, a partir del contexto suscitado. En esta misma lógica, la CIJ analizó cómo la construcción del muro fronterizo, en diferentes localidades de Cisjordania, impactaba negativamente en el ejercicio de derechos, así como en el desacato de las obligaciones de una Potencia ocupante, tales como el impedimento de anexión de territorios.

Otra conclusión a la que se puede arribar tras el análisis de la opinión consultiva es el factor de la localización. Como se ha venido mencionando solo se analizaron aquellos tramos del muro correspondientes a los territorios ocupados, mas no aquellos correspondientes al territorio israelí. No obstante, entendiendo que tras un test de proporcionalidad la restricción de derechos no logra justificarse bajo el argumento de seguridad nacional, y que dichos territorios están bajo un régimen de ocupación, ¿qué duda cabe que existe no solo una restricción sino una vulneración de derechos y obligaciones convencionales?

Finalmente, del pronunciamiento de la corte se pueden evidenciar dos cuestiones. La primera de ellas es que ha formulado un análisis limitado en sus alcances, pues contrariamente a lo que se sostiene, esta investigación propone que ciertos derechos u obligaciones son restringidos y eventualmente vulnerados incluso cuando el muro es construido en el propio territorio. En el caso particular, hubiese sido conveniente un análisis jurídico sobre los tramos del muro en Israel conjuntamente con una definición más amplia del concepto de jurisdicción.

Y la segunda cuestión, es que producto de dicho análisis se terminó reafirmando una postura que hoy en día se considera superada: la visión clásica de soberanía. Así, aunque la corte no lo señaló en su literalidad, se desprende que los Estados tendrían la

potestad inherente de construir o no un muro fronterizo en su propio territorio, independientemente de las consecuencias jurídicas que puedan presentarse.

En consecuencia, el haber optado por una postura que pondera el principio de soberanía estatal, y la limita al ejercicio de una jurisdicción exclusivamente territorial, impide tener una mirada más completa en cuanto a la restricción o vulneración de derechos. Debe considerarse que este concepto ha ido evolucionando con el pasar de los años, con lo cual el ejercicio de la soberanía no puede entenderse sino a la luz del desarrollo de DIDH³⁴. Dicho en otras palabras, el examen de legalidad debe considerar dos aspectos esenciales planteados en el capítulo dos: la evolución de la soberanía y el proceso de humanización del Derecho internacional, y de otro lado, el análisis a partir del régimen constituido por el muro, es decir, si este es válido a la luz del *corpus iuris* del DIDH y DIH, no solo en el propio territorio del Estado.

3.3. Otros muros fronterizos

Si bien es cierto, distintos pronunciamientos jurídicos han sido dados en el marco de muros construidos bajo un régimen de ocupación, esta investigación ha dejado sentado en la matriz presentada en el capítulo 1 que estos no son los únicos muros erigidos actualmente. Por el contrario, existen aún más construidos en el territorio del propio Estado, frente a los cuales el Derecho internacional debe adoptar también una postura en torno a su legalidad o no.

En ese sentido, tomando en consideración las situaciones en que un muro puede devenir en ilegal analizadas en el capítulo precedente, a continuación, se examinarán las consecuencias en el terreno de lo práctico. Es decir, la restricción de derechos y la eventual vulneración de los mismos. Para ello, será útil enunciar cuáles son dichos derechos y en qué contextos pueden ser restringidos o vulnerados con la presencia de un muro fronterizo.

3.3.1. Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro fronterizo: la restricción y eventual vulneración de derechos humanos u obligaciones de Derecho internacional humanitario

³⁴ Para mayor detalle véase: Capítulo 2, acápite sobre la ampliación del concepto de jurisdicción: aportes de la jurisprudencia del TEDH

Partiendo de la premisa de que los derechos humanos no son concepciones absolutas, sino que admiten restricciones, se analizará cómo la construcción de un muro fronterizo en ocasiones impide el ejercicio de un derecho en plenitud, y cómo eventualmente puede llegar a vulnerar derechos u obligaciones convencionales tanto de DIDH como de DIH. En las siguientes líneas, se propondrán elementos jurídicos que permitirán conducir un análisis acerca de la validez de las restricciones impuestas por la presencia de un muro fronterizo. Se estudiará, por ejemplo, un método empleado comúnmente en el Derecho constitucional, que se planteó inicialmente en Alemania, y que posteriormente fue desarrollado por académicos como Robert Alexy: el test de ponderación o proporcionalidad.

Se incorporará también el desarrollo que desde el Derecho internacional se ha brindado en supuestos límite como la presencia de un muro fronterizo. Es imperativo advertir que no se hará un análisis casuístico sino más bien se hará el ejercicio inverso para contar con un panorama general, vale decir, no se examinarán casos concretos, sino que se abordará la situación jurídica en su conjunto, debido a que un estudio sobre cada situación específica demandaría además de un trabajo académico, uno de campo.

3.3.2. ¿Es válida la limitación de derechos frente a la construcción de un muro fronterizo?: Restricciones y suspensiones de derechos

Se debe partir de una premisa elemental: los derechos reconocidos en distintos tratados, demandan de los Estados su cumplimiento. En el caso de tratados vinculados a derechos humanos o DIH, se establecen ciertas obligaciones vinculadas con su respeto y garantía. Sin embargo, en determinadas circunstancias específicas, estos derechos no pueden ser ejercidos de manera completa o efectiva, por el contrario, pueden ser o restringidos o, en algunos casos, suspendidos en su ejercicio. En ambas circunstancias, se deben seguir ciertos lineamientos que permitan establecer y justificar las causas por las cuales tales limitaciones se están adoptando.

Es importante hacer una aclaración conceptual previa sobre dos conceptos: restricción y suspensión. Cuando se habla de restricción de derechos, esto supone que el contenido del derecho se acotará, sin incidir en el contenido esencial del derecho. Para poder restringir un derecho sin vulnerar este contenido esencial será necesario llevar a cabo un test que permita ver si tal restricción es válida (González, 2015).

En el caso de la suspensión de derechos, se puede afirmar que los casos más comunes son aquellos vinculados a situaciones de Estados de excepción. Por lo tanto, la suspensión entrañará una restricción mayor del derecho que impide su ejercicio en un contexto determinado (González, 2015).

Sin embargo, otros autores como Cecilia Medina, apuntan a caracterizar los tipos de restricción que existen. De esta manera, existen, de un lado restricciones temporales y, de otro lado, otras que son permanentes. Como su propio nombre lo indica, las temporales responden a situación excepcional, siendo el supuesto más conocido el de los Estados de emergencia o de sitio. No obstante, no significa que todos los derechos serán limitados, y que esta limitación se dará de manera absoluta, pues existe un núcleo duro de derechos que en ninguna situación pueden ser suspendidos, por ejemplo, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros. Estos principios constituyen un núcleo duro inderogable, que en el Derecho internacional se conoce como normas de *ius cogens*. En esa línea, una restricción temporal debe estar basada en consideraciones de proporcionalidad y racionalidad (Medina, 1996).

De otro lado, Medina señala que las restricciones permanentes aluden a supuestos o situaciones en las cuales los derechos deben de limitarse para facilitar su ejercicio armónico. De esta manera, la facultad de restringir "no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el Derecho internacional, que exige el cumplimiento de ciertas condiciones, cuya ausencia transforma la restricción en ilegítima y, por lo tanto, en violatoria de las obligaciones del Estado (Medina, 1996).

En esa línea, algunas consideraciones respecto de este tipo de restricciones son que se encuentren taxativamente establecidas por ley, y que esta se dé de conformidad con lo establecido en el Derecho internacional, a fin de evitar arbitrariedades y abusos por parte de las autoridades del propio Estado. Asimismo, un segundo aspecto que detalla Medina es que la causa invocada para favorecer tal restricción sea acorde a las consideraciones de Derecho internacional (Medina, 1996). En estos supuestos, distintas fuentes convencionales prevén taxativamente en qué circunstancias los derechos pueden o no ser suspendidos, y qué condiciones deben de tomarse en cuenta. ¿Cuál podría ser una causal taxativa? Por ejemplo, el orden público, la seguridad nacional, o temas de salud.

A modo enunciativo, el siguiente cuadro mostrará algunas de las fuentes correspondientes a cada sistema de protección de derechos, así como la cláusula o artículo que prevé la posibilidad de suspensión:

Sistema de protección de derechos	Fuente convencional	Cláusula que prevé la suspensión de un derecho
Sistema universal de derechos humanos	PIDCP	<p>Artículo 4:</p> <p>1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.</p> <p>2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.</p> <p>3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto (...).</p>
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	CADH	<p>Artículo 15. Derecho de Reunión</p> <p>Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.</p> <p>Artículo 27. Suspensión de Garantías</p> <p>1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar</p>

		<p>disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.</p> <p>2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.</p> <p>3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención (...).</p>
Sistema Europeo de Derechos humanos	Convenio Europeo de Derechos humanos	<p>Artículo 18 Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos</p> <p>Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas.</p>
Sistema Africano de Derechos humanos	Carta Africana de Derechos humanos y de los pueblos	<p>Artículo 11</p> <p>Todo individuo tendrá derecho a reunirse libremente con otros. El ejercicio de este derecho estará sujeto solamente a las necesarias restricciones estipuladas por la ley, en especial las decretadas en interés de la seguridad nacional, la seguridad personal, la salud, la ética y los derechos y libertades de los otros.</p>

(*) Fuente: elaboración propia

Como se ve, los cuatro principales tratados correspondientes a cada sistema de protección de derechos humanos imponen suspensiones en el ejercicio de ciertos derechos, frente a situaciones que puedan suponer un riesgo mucho mayor como, por ejemplo, conflictos armados, situaciones que involucren la seguridad nacional o que pongan en peligro la vida de la nación, etc. Existen algunas cláusulas más detalladas que otras; sin embargo, todas contemplan la posibilidad de suspender derechos en ciertas situaciones específicas.

Pese a ello, existen derechos humanos que en ninguna circunstancia pueden ser completamente limitados, por ejemplo, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros. Estos principios constituyen un núcleo duro inderogable, que en el Derecho internacional se conoce como normas de *ius cogens*.

Una última condición es que estas restricciones se den en el marco de una sociedad democrática, pero ¿qué implica una sociedad democrática? En palabras de la corte IDH, en su opinión consultiva OC-6/86: “en una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención” (párr. 32).

Ahora bien, habiéndose desarrollado los alcances de la suspensión en el DIDH, resulta fundamental revisar cómo han sido abordadas desde el DIH. Importa señalar que, en este cuerpo normativo tampoco cabe excepción o suspensión frente a normas de *ius cogens*, como tampoco se encuentra permitida la suspensión de la aplicación de obligaciones de carácter humanitario.

De esta manera, hay un mandato claro contenido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 que prevé expresamente, en su artículo 60, que la terminación o suspensión de un tratado, como consecuencia de su violación, no surtirá efectos en relación a las “disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíbe en toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratado”. En esa línea, existen disposiciones específicas relativas a la no terminación o suspensión de un tratado de DIH, con lo cual las obligaciones contenidas en los Convenios de Ginebra, los Protocolos adicionales, y el resto de tratados que prevean normas de conducción de hostilidades seguirán vigentes.

Sin perjuicio de ello, lo antedicho debe ser complementado de acuerdo a lo dispuesto por la observación general 29 del CDH. De esta manera, en relación al bloque de normas de derechos humanos, que siguen aplicándose en situaciones de conflicto armado:

Las disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto se permitirán sólo en la medida en que la situación constituya un peligro para la vida de la nación. Cuando los Estados partes consideren la posibilidad de invocar el artículo 4 en situaciones distintas de un conflicto armado, deberán ponderar cuidadosamente el motivo por el cual esa medida es necesaria y legítima en las circunstancias del caso. En varias ocasiones, el Comité ha expresado su preocupación en relación con algunos Estados partes que parecen haber suspendido la vigencia de los derechos protegidos por el Pacto, o cuyo derecho interno parece permitir esa suspensión en situaciones no contempladas en el artículo 4 (...).

Por otra parte, (...) ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados partes el Derecho internacional, especialmente las normas del Derecho internacional humanitario. El artículo 4 del Pacto no puede interpretarse como justificación para suspender la aplicación de disposiciones del Pacto si tal suspensión entrañase la infracción de otras obligaciones internacionales del Estado, contraídas ya sea en virtud de un tratado o del Derecho internacional general (...). [Énfasis propio]

Esto muestra que existe un mandato concreto en relación a la necesidad de hacer una adecuada ponderación sobre la situación de peligro para la vida de la nación y aquellos derechos que deben ser suspendidos para evitar dicho riesgo. Habiendo señalado, de manera general, los límites a la suspensión de derechos y obligaciones, la investigación se centrará en la restricción de derechos. Para ello, se hará referencia a continuación a un método comúnmente utilizado para examinar si la restricción de un derecho es válida: la ponderación.

Importa hacer referencia a esta fórmula debido a que, comúnmente, los Estados han alegado que la limitación de un derecho responde a situaciones que involucran un perjuicio a la seguridad nacional, o pueden poner en peligro la vida de la nación. Sin embargo, al ser estas expresiones abstractas, su aplicación en ocasiones podría comprometer cierta discrecionalidad.

Precisamente para evitar que el uso de estos términos suponga una limitación arbitraria tanto en el orden interno, mediante el Derecho constitucional, como a nivel de Derecho internacional se han previsto fórmulas para realizar un análisis más completo y certero

sobre la validez de la suspensión. Este método permite una mayor previsibilidad sobre las eventuales limitaciones que se vayan a hacer de derechos humanos, esto es, que sean medidas justificadas, explícitas y no arbitrarias.

3.3.2.1. ¿Restricciones legítimas? La aplicación del test de proporcionalidad o ponderación en el Derecho constitucional

Partiendo de la premisa de que la construcción de muros fronterizos se determina a partir de la legislación interna de los Estados, en muchas ocasiones las demandas sobre la restricción de derechos son analizadas por tribunales nacionales, mediante procesos constitucionales o de protección de derechos, por ejemplo, como se analizó en el caso de las sentencias del tribunal supremo israelí. En esa línea, es importante hacer una breve referencia a los aportes que desde el Derecho constitucional se han planteado en materia de restricción de derechos.

Autores como Robert Alexy han planteado un test de ponderación como método interpretativo, el cual tiene como fundamento “la identificación, evaluación y comparación de intereses que compiten entre sí” (Diez, 2012: 72). Los tres pasos que plantea este test permiten determinar qué principio o derecho debe sopesarse en una situación concreta. De acuerdo a lo planteado por Alexy, este se compone de tres partes:

Los subprincipios de adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas (2009: 8).

El primer subprincipio de idoneidad o adecuación implica identificar que exista una relación causal con el fin legítimo, “la restricción debe generar el fin buscado, pero no será proporcional o legítima si resulta indiferente o incluso contraproducente de cara a la realización de la finalidad propuesta” (Vásquez, 2016: 62). Entre tanto, el subprincipio de necesidad hace referencia más bien a un requisito vinculado a la utilidad o deseabilidad que justifique dicha interferencia (Vásquez, 2016).

El último subprincipio, denominado “proporcionalidad en sentido estricto”, es fundamental porque permite examinar, de manera más precisa, el grado de interferencia

en un derecho. Así, “el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente límite de los límites a los derechos y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos” (Carbonell, 2008: 10). Es precisamente en este último subprincipio en que se determinará si las alusiones a la seguridad nacional, peligro público, u otra justificación para la construcción de un muro fronterizo son suficientes para restringir, o eventualmente suspender, un derecho. Como señala Villaverde, “la finalidad última del principio de proporcionalidad es, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial” (2008: 182). Con ello, puede afirmarse que toda restricción de derechos encuentra límites, *contrariu sensu*, termina ocasionando la vulneración de un derecho, situación que conlleva responsabilidad.

Después de analizar que la medida sea válidamente restringida es fundamental insertar algunos elementos que deben estar presentes en el momento de la restricción, como por ejemplo que la medida a limitar se encuentre formalmente prevista en una ley (principio de legalidad). Sin embargo, no será suficiente que exista una ley, sino que será necesario que la restricción sea adecuadamente justificada a la luz del contexto determinado. Esta predictibilidad de los alcances y justificación de la medida a restringir permitirá que el “ciudadano pueda regular su conducta” (Vásquez, 2016: 56).

Finalmente, todo este análisis debe ser aplicado a la lógica del muro fronterizo. Para ello, deben considerarse tres aspectos. En primer lugar, es imprescindible formular un estudio sobre la finalidad argüida. Por ejemplo, en el supuesto en el que se examine el aspecto “seguridad nacional”, deberá justificarse de manera precisa qué ámbitos de la seguridad nacional de un determinado Estado se verían constreñidos y por qué el muro es una medida adecuada.

En segundo lugar, se debe emprender un juicio sobre la necesidad de la construcción de dicho muro, vale decir, si existen medidas alternativas o menos lesivas que permitan alcanzar la misma finalidad, que es proteger la seguridad nacional, o si es que el muro es la medida menos lesiva para tales objetivos. Y, en tercer lugar, el o los derechos que se van a limitar, en relación a la medida legislativa que ordena la construcción de dicho muro. En esa medida, el ejercicio de ponderación deberá implicar necesariamente un análisis acerca de si “dicha medida legislativa sea idónea siempre y cuando sirva para promover el principio u objetivo que se busca satisfacer” (Diez, 2012: 71).

3.3.2.2. La restricción de derechos: alcances desde el Derecho internacional

Como se describió en la primera parte del presente acápite, en el Derecho internacional, distintos tratados en materia de derechos humanos prevén cláusulas suspensión de derechos en distintas circunstancias. A mayor abundamiento, se hará referencia a cómo desde el Derecho internacional se ha desarrollado esta problemática. Para tales efectos, se analizará cómo los estándares construidos a partir de situaciones de suspensión de derechos podrían aplicarse para casos de restricción de derechos sobre todo en lo concerniente a la justificación. En primer lugar, se abordarán los alcances desde el sistema universal y posteriormente desde el sistema interamericano de derechos humanos.

Por ejemplo, el PIDCP, tratado correspondiente al sistema universal de derechos humanos, mediante su CDH, profundizó en los alcances de estas suspensiones en la observación general número 29, en donde se estableció que las limitaciones que se adopten deben estar sujetas a un régimen específico de salvaguardas. Un aporte fundamental que desarrolla el comité en dicha observación general son los alcances de dichas situaciones excepcionales, al igual que en estos supuestos, las restricciones de derechos que se dan frente a un muro fronterizo deberían de responder a medidas excepcionales, y adecuadamente justificadas por los Estados. En esa medida, se debe considerar que no toda situación de peligro o riesgo requerirá necesariamente la adopción de medidas como la construcción de muros fronterizos que, por su naturaleza entrañen la restricción de derechos.

En ese sentido, esta nueva observación general introduce un estándar más alto de justificación, demandando a los Estados un juicio más riguroso de proporcionalidad entre la medida establecida y los derechos restringidos. Frente a ello, ¿un muro fronterizo es una medida temporal en cualquier situación? O, por el contrario, ¿tiene vocación de permanencia? Tomando en consideración las características propias de un muro fronterizo, no es muy difícil de advertir que, en ningún caso, este respondería a situaciones excepcionales, y no sería, en consecuencia, una medida temporal. Al abordar el tema de restricción de derechos, se debe considerar que deben “mostrarse que las medidas concretas adoptadas son necesarias en razón de las exigencias de la situación (CDH, 2001).

Ello pone en evidencia que la búsqueda de medidas proporcionales que se ajusten a las circunstancias específicas deben adoptarse mediante un juicio adecuado de

proporcionalidad que se alinee a los estándares planteados en el Derecho internacional. Existe, pues, un constante diálogo e interacción entre el Derecho constitucional y el Derecho internacional en situaciones límite, como la construcción de un muro fronterizo.

3.3.3. La potencial violación de los derechos del individuo: un análisis desde las obligaciones convencionales adquiridas por los Estados

Después de haber introducido el estudio de la construcción de muros desde el Derecho internacional, así como los análisis efectuados por parte de algunos tribunales, y las consecuencias que estos tienen en la restricción y eventual vulneración de derechos, es imprescindible dar cuenta de cuáles serían tales derechos u obligaciones. Es decir, en qué circunstancias el régimen que se forma con la construcción de un muro, en una zona fronteriza, afecta el ejercicio de derechos, y en consecuencia podría llegar a generar responsabilidad en el Estado que lo construye.

Para tales efectos, la presente investigación se acotará a aquellas obligaciones convencionales contempladas en un tratado de alcance universal sobre derechos humanos sobre el cual ya se ha hecho referencia: el PIDCP. Asimismo, se hará referencia a otros tratados de derechos humanos regionales, como la CADH y el CEDH. Mientras que, del lado del DIH, se analizarán las obligaciones contenidas en el Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya, así como las normas consuetudinarias.

Por estas razones, este acápite abordará las implicancias jurídicas que pueden encontrarse frente a la construcción de un muro fronterizo, identificando aquellos derechos y obligaciones que, de un lado, son restringidas, y de otro lado, pueden llegar a ser vulneradas. Para tales efectos, se enunciarán, en primer lugar, las obligaciones generales que se plantean en el Derecho internacional, las cuales se han consagrado tanto en el ámbito del DIDH como en el DIH. En lo que respecta al primer cuerpo normativo, se pueden señalar – de manera general, las obligaciones de respeto y garantía. Mientras que en el ámbito del DIH se desarrolla la obligación de respetar y hacer respetar el DIH.

3.3.3.1. Obligaciones generales en DIDH

La pregunta central que intentará responderse en este acápite es la siguiente: ¿un muro en la frontera coadyuva al cumplimiento de las obligaciones generales de DIDH? Para ello es imprescindible enunciar cuáles son estas obligaciones. De modo general, se

encuentran las obligaciones de respeto y garantía de derechos. Estas obligaciones dotan de contenido al catálogo de derechos reconocidos en cualquier tratado de derechos humanos, pues favorecen que su ejercicio y titularidad sean reconocidos y amparados.

En el DIDH, a través de la adopción de los tratados, se consagra el catálogo de derechos humanos, que deben de ser respetados y garantizados por cualquier Estado parte, en relación a todo individuo sujeto a su jurisdicción. Sin embargo, estas obligaciones no solo versan sobre su reconocimiento, sino sobre la posibilidad de que puedan ser efectivamente ejercidos. Es en esa medida, que distintos instrumentos convencionales sobre derechos humanos han previsto mecanismos orientados a supervisar el cumplimiento de dichas obligaciones (Medina y Mera, 1996: 32).

Ahora bien, en los distintos cuerpos jurídicos del sistema universal se han consagrado múltiples obligaciones generales. Por ejemplo, en la Carta de Naciones Unidas del año 1945, se habla de la obligación de cooperación y promoción (artículo 55 y 56), mientras que, en la DUDH, otrora *soft law*, se establece una obligación de asegurar (preámbulo).

En ese orden de ideas, se puede concluir que el Derecho internacional prescribe que los Estados tienen el deber de respetar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que son parte. Importa hacer énfasis en que estas obligaciones generales permiten el cumplimiento del resto de mandatos contenidos en sus propias fuentes.

Al respecto, algunos instrumentos jurídicos de carácter universal consagran estas obligaciones de los Estados. Para efectos metodológicos, se abordarán aquellas contenidas en un tratado de derechos humanos de alcance universal, como el PIDCP³⁵, que las consagra en su artículo 2.1:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social³⁶.

³⁵ Las mismas obligaciones fueron consagradas en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

³⁶ Véase coincidencias en: CADH, artículo 1

Al respecto, el CDH, desarrolla en su observación general N° 31 que:

La obligación jurídica prescrita en el párrafo 1 del artículo 2 es tanto de carácter negativo como positivo. Los Estados Partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto. Cuando se introducen restricciones, los Estados deben demostrar su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten proporcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos del Pacto (CDH, 2004).

Con ello presente, se puede señalar que, la obligación de respetar implica el deber de cualquier agente del Estado de abstenerse de ejecutar una acción violatoria de un derecho humano (Medina, 1996). Asimismo, este deber de abstención se extiende a todos los agentes y órganos a través de los cuales el Estado actúa; ello significa no restringir, ni interferir en el ejercicio de estos derechos salvo exista un impedimento expreso. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que la sustancia concreta de este deber dependerá del desarrollo de cada derecho en particular (Nowak, 2006: 137-153).

Entre tanto, el Comité mencionado ha desarrollado que el deber de garantizar alude a:

(...) Proteger eficazmente los derechos reconocidos en el Pacto, (...) y garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar esos derechos. (...) El Comité atribuye importancia a que los Estados Parte establezcan en el derecho interno mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer de las quejas sobre violaciones de los derechos. El Comité toma nota de que el poder judicial puede garantizar el disfrute de los derechos reconocidos de distintas maneras, en especial mediante la aplicación directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales u otras disposiciones legislativas similares o el efecto de la interpretación del Pacto en la aplicación de la legislación nacional. (CDH, 2004). [Énfasis propio]

De ello se desprende que la obligación general de garantía implica el ejercicio de acciones positivas por parte de los Estados que conlleven al ejercicio efectivo del derecho por parte de sus titulares. Esto implica la adopción de medidas legislativas o activar mecanismos judiciales que conduzcan a la satisfacción del derecho, o hagan posible su exigibilidad ante las distintas instancias nacionales. Asimismo, la obligación

de garantizar también implica proteger a los individuos contra ciertas interferencias en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos (Nowak, 2006: 144-145).

Importa destacar que tribunales internacionales de justicia, como la CIJ, ha determinado en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados que, estas obligaciones se pueden entender que abarcan:

108. (...) Tanto a los individuos que se encuentran en el territorio de un Estado como a los que están fuera de él, pero siguen sujetos a la jurisdicción de dicho Estado. [Énfasis propio]

Con seguridad, puede concluirse que el respeto y garantía de derechos constituyen, entonces, la piedra angular del DIDH. Ambas obligaciones permiten el ejercicio de los demás derechos, por ello se puede señalar que se relacionan con los derechos contenidos en el cuerpo jurídico específico. Permean en el objeto y fin del tratado de modo que todos los operadores jurídicos (nacionales e internacionales) puedan asegurar la plena efectividad de los derechos y libertades que contiene (Mac-Gregor y Pelayo, 2012: 142).

Sin embargo, la presencia de un muro fronterizo encarna, la gran mayoría de veces, la antítesis del respeto y garantía de las obligaciones asumidas voluntariamente por los Estados. Esto debido a dos factores principalmente; el primero de ellos, el contexto complejo y hostil de algunas zonas fronterizas, en donde se dan una multiplicidad de dinámicas que envuelven el ejercicio de derechos; y el segundo, debido a que por la naturaleza del muro y la lógica que acompaña los temas vinculados a la seguridad de la nación, la situación de los individuos que se encuentran sujetos a la jurisdicción del Estado, los expone a un mayor riesgo en el ejercicio de sus derechos.

3.3.3.2. Obligaciones generales en DIH

A fin de contextualizar la importancia de abordar las consecuencias de la construcción de un muro en una situación de conflicto armado, es necesario hacer referencia al marco normativo aplicable. Así, la protección brindada a las partes en conflicto, como a las personas protegidas se puede dividir en cuatro cuerpos normativos. En primer lugar el Derecho de La Haya, que abarca entre otras normas la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y sus Reglas de 1907; el Derecho de Ginebra, que

incluye los cuatro Convenios de Ginebra y sus dos protocolos adicionales; el Derecho de Nueva York, que abarca el desarrollo del DIH desde el seno de la Organización de las Naciones Unidas; y, finalmente, las normas consuetudinarias de DIH que consolidan las disposiciones más elementales que deben cumplirse durante la conducción de hostilidades.

Como obligación general transversal a los instrumentos jurídicos mencionados, se ha consagrado el deber de respetar y hacer respetar el DIH. Este mandato se encuentra consagrado en el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra: en el Protocolo Adicional I (artículo 1.1), aplicable en situaciones de CAI; y en la norma consuetudinaria de DIH 139. Esta última norma, extiende el ámbito de aplicación de esta obligación general, haciéndola transversal no solo a los cuatro Convenios de Ginebra aplicables a CAI, y al artículo 3 común (CANI), sino también a los otros instrumentos normativos de DIH, de los que un Estado es parte.

Esta cláusula vincula, *ratione personae*, a todos los actores del conflicto, tanto al Estado, como a las fuerzas armadas, grupos armados organizados y personas protegidas. Asimismo, de la literalidad del artículo 1 común, se desprende una aplicación que se da “en todas las circunstancias”, con lo cual se infiere que, durante la conducción de hostilidades, así como en tiempos de paz, los Estados no pueden sustraerse de la aplicación del DIH³⁷. Como ha sido establecido en los comentarios a dicho artículo:

States are thus required to take appropriate measures to prevent violations from happening in the first place. Accordingly, the High Contracting Parties must – starting in peacetime – take all measures necessary to ensure respect for the Conventions. Respecting the Conventions in case of an armed conflict regularly presupposes that preparations have been made in advance (2016)³⁸.

De ello se desprende que, al igual que en el ámbito del DIDH, esta norma de respeto importa una obligación en sentido negativo y otra en sentido positivo. En relación a la primera, los Estados deberán abstenerse de llevar a cabo acciones que menoscaben

³⁷ A mayor abundamiento, ver acápite sobre restricción de derechos

³⁸ Véase más en: Nuevos comentarios al artículo 1 común de los Convenios de Ginebra (2016). Párr. 145. Disponible en: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=72239588AFA66200C1257F7D00367DBD>

las obligaciones de DIH. En ese sentido, la CIJ ha señalado en el caso de actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (1986):

220. La corte considera que el gobierno de Estados Unidos tiene la obligación, en los términos del artículo 1 de los Convenios de Ginebra, de "respetar" los Convenios e incluso de "garantizar el respeto" de ellos "en cualquier circunstancia", ya que tales una obligación no se deriva únicamente de los propios Convenios, sino de los principios generales del derecho humanitario, a los cuales los Convenios se limitan a dar una expresión específica. Por lo tanto, Estados Unidos está obligado a no alentar a las personas o grupos involucrados en el conflicto de Nicaragua a que violen las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (...). [Énfasis propio].

Ello pone de manifiesto una obligación de abstención, es decir, de no conducir acciones que menoscaben el cumplimiento de dichas obligaciones. De otro lado, en lo que respecta al aspecto positivo de la obligación de hacer respetar, esta significa que un Estado debe hacer todo lo posible para garantizar que sus propios órganos cumplan con las normas contenidas en dicho instrumento. Haciendo un parangón con el Derecho internacional público, en general, la referida disposición reafirma el principio básico de *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados (1969) (Condorelli y Boisson de Chazournes, 2000: 67-86) el cual hace referencia al cumplimiento de buena fe de las obligaciones adoptadas.

Con respecto de la segunda obligación referida a hacer respetar el DIH, se debe precisar que aquí también existe una doble dimensión. De un lado, a nivel interno, se deberá dotar de validez las disposiciones normativas través de una adecuada implementación; y de otro lado, a nivel externo, los Estados tienen la obligación de promover y exigir, con los medios adecuados, el cumplimiento a aquellos Estados que, encontrándose en un conflicto armado, haya descatado las provisiones elementales.

La existencia de esta dimensión interna, así como la posibilidad de hacer que los Estados sean jurídicamente responsables en caso de incumplimiento de la misma, ha sido ampliamente acogida y aceptada. Así, por ejemplo, aquellas omisiones en el acatamiento de las disposiciones podrían devenir en eventual responsabilidad internacional, siempre que se cumplan los presupuestos contenidos en el Proyecto sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Entre tanto, la dimensión externa, suele ser un aspecto un poco más complejo, en tanto postula que los terceros Estados no involucrados en un conflicto armado, así como las

organizaciones internacionales, adopten medidas contundentes para salvaguardar el cumplimiento de los Convenios de Ginebra, y los demás instrumentos que acogen disposiciones de DIH (Dörmann y Serralvo, 2014: 709).

Finalmente, los comentarios en sus párrafos prevén algunas disposiciones que los Estados deberán considerar para garantizar el respeto por el DIH. Entre ellas se señala, la difusión del DIH entre la población civil, la supresión de violaciones: investigar, juzgar o extraditar a presuntos responsables de graves violaciones, y la protección de personas u objetos específicos (heridos, enfermos y náufragos), las unidades, establecimientos médicos, personal sanitario y religioso, unidades de transporte, los muertos en combate y los prisioneros de guerra (párr. 151, 152)

Ahora bien, ¿por qué la construcción de muros impediría asegurar estas obligaciones generales? Porque como se verá más adelante, un muro no es un objeto por naturaleza temporal, y no distingue entre quienes participan de las hostilidades y aquellos que no.

3.3.4. Derechos humanos que eventualmente podrían ser restringidos o vulnerados con la presencia de un muro fronterizo

Además de las obligaciones generales enunciadas, los tratados de derechos humanos contienen un catálogo de derechos que frente a la realidad de un muro fronterizo pueden ser restringidos o conculcados. Estos derechos son mandatos vinculantes para todos aquellos Estados que hayan ratificado dichos tratados, es decir, forman parte de su ordenamiento interno. Sin embargo, es importante clarificar que, hoy en día, muchos de estos derechos no solo se encuentran reconocidos en fuentes convencionales, sino que forman ya parte de la costumbre internacional y, por lo tanto, aun cuando los Estados no sean parte en determinados tratados de derechos humanos, igualmente se encuentran sujetos a estos mandatos.

En este acápite, se analizarán los derechos contenidos en un tratado de derechos humanos de alcance universal: el PIDCP. Asimismo, se harán referencias a otros tratados también de derechos humanos que contienen similares provisiones pero que son de alcance regional. En esa línea, conforme se analizó en el primer capítulo existen al menos tres razones por las cuales los Estados optan por construir un muro en la zona fronteriza (Ver anexo 3).

Cuando se intenta abordar la discusión acerca de los derechos de aquellos quienes se encuentran tanto dentro como fuera del territorio del Estado (pero no necesariamente fuera de su jurisdicción), el DIDH suele poner de manifiesto ciertas tensiones entre la universalidad de derechos humanos y la exclusión en razón a la nacionalidad. Puede afirmarse, entonces, que existe un régimen complejo que legitima la limitación de derechos y libertades a aquellos que no son nacionales de un Estado. Sin embargo, es imperativo considerar también los derechos de aquellos que se encuentran dentro del territorio y se encuentran frente a la realidad del muro fronterizo, pues son también afectados en el ejercicio cotidiano de sus derechos y libertades. En ese orden de ideas, a continuación se examinarán aquellas obligaciones en materia de DIDH que podrían ser restringidas o vulneradas a partir de la presencia de un muro fronterizo.



PIDCP	Paralelos en otros instrumentos internacionales (CADH / CEDH)	¿Restringe el derecho / obligación y/o lo vulnera?	Supuestos en los cuales un muro restringiría y/o vulneraría el ejercicio de derechos
<p>2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, <u>sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</u></p>	<p>CADH: Artículo 1 CEDH: Artículo 1</p>	<p>Restringe</p>	<p>Como se ha analizado en los acápites precedentes, un muro no coadyuva al cumplimiento de las obligaciones generales de DIDH. Supone la vulneración de las obligaciones generales de respeto y garantía de derechos de personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Es decir, tanto para quienes se encuentran fuera y buscan ingresar, como para aquellos que se encuentran dentro y buscan salir.</p> <p>Así, en un contexto complicado que supone de por sí el de una zona fronteriza, la presencia de un muro fronterizo no da lugar al respeto del catálogo de derechos reconocidos, sino que fomenta nuevas situaciones de riesgo. Esto se da principalmente para quienes se encuentran fuera del territorio del Estado, que por lo general buscan nuevas rutas alternativas que suelen ser más riesgosas para cruzar la frontera.</p> <p>Además, para quienes se encuentran fuera del mismo, un muro no distingue si alguna de dichas personas requiere o no de protección internacional mediante la institución del asilo. Sino que supone una exclusión ex ante distinguiéndolos por el hecho de no ser nacionales del Estado.</p>

PIDCP	Paralelos en otros instrumentos internacionales (CADH / CEDH)	¿Restringe el derecho / obligación y/o lo vulnera?	Supuestos en los cuales un muro restringiría y/o vulneraría el ejercicio de derechos
<p>5.1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.</p> <p>5.2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.</p>	<p>CADH: Artículo 29</p> <p>CEDH: Artículo 53</p>	<p>Restringe</p>	<p>Los Estados al impulsar la construcción de un muro fronterizo, limitan el ejercicio de derechos como libertad de circulación, propiedad (eventual confiscación de tierras), y otros derechos sociales como acceso a educación, centros de salud o incluso lugares de culto.</p>
<p>6.1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.</p>	<p>CADH: Artículo 4</p> <p>CEDH: Artículo 2</p>	<p>Vulnera</p>	<p>El muro expone a los individuos, sin considerar su particular situación, a atentados contra su vida e integridad si intentan cruzarlos, o si son interceptados por agentes estatales en la frontera. Esta situación ha sido ampliamente evidenciada en contextos migratorios,</p>

PIDCP	Paralelos en otros instrumentos internacionales (CADH / CEDH)	¿Restringe el derecho / obligación y/o lo vulnera?	Supuestos en los cuales un muro restringiría y/o vulneraría el ejercicio de derechos
			<p>principalmente. Para efectos del presente cuadro, se abordarán dos ejemplos.</p> <p>El primero de ellos, es el caso de Ceuta (España - Marruecos), pues se han documentado muchos casos de personas que han fallecido al intentar cruzar dicho muro, ya sea por los efectos de las alambradas, por los sistemas de electricidad, o por disparos de parte de policía fronteriza³⁹.</p> <p>Un segundo ejemplo tiene que ver con las tensiones producidas en el contexto del muro fronterizo entre México y Estados Unidos, las cuales llevaron a que la patrulla fronteriza en ciudad Juárez acabe con la vida del menor Sergio Adrián Hernández Güereca. Este caso es de especial relevancia debido a que el agente se encontraba en el territorio de Estados Unidos, cuando disparó al menos dos tiros a través de la frontera. Cabe destacar que el agente se encontraba en Texas, justo en la frontera con Ciudad Juárez cuando disparó.</p>

³⁹ Véase más en: Diario Público, “Investigan la muerte de dos migrantes hallados en Ceuta tras saltar la valla”. Publicado el 16 de abril de 2018. Disponible en: <http://www.publico.es/sociedad/valla-ceuta-investigan-muerte-migrantes-hallados-ceuta-saltar-valla.html>

PIDCP	Paralelos en otros instrumentos internacionales (CADH / CEDH)	¿Restringe el derecho / obligación y/o lo vulnera?	Supuestos en los cuales un muro restringiría y/o vulneraría el ejercicio de derechos
			Esto pone de manifiesto la creciente hostilidad del entorno que acompaña un muro fronterizo y cómo puede llegar a vulnerar derechos tan esenciales como la vida.
<p>12.1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.</p> <p>12.2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.</p> <p>12.3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, <u>sean necesarias para proteger la seguridad nacional</u>, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.</p>	<p>CADH: Artículo 22 CEDH: Protocolo 4, Artículo 2.</p>	<p>Restringe y puede vulnerar</p>	<p>Definitivamente, la presencia de un muro fronterizo supone una restricción al ejercicio del derecho a la libertad de circulación, tanto para quienes se encuentran dentro del territorio, como para quienes se encuentran fuera del mismo, incluso si cuentan con un permiso para transitar regularmente.</p> <p>En el primero de los casos, los ciudadanos que se encuentran dentro del territorio, verán constreñido su derecho a la circulación por la presencia del muro fronterizo, lo que muchas veces los llevará a buscar un paso regular para transitar al otro lado del muro. En el mejor de los supuestos estos pasos regulares podrían encontrarse en las proximidades; sin embargo, en contextos conflictivos podría no haber claridad o podrían estar establecidos lejos de la zona de residencia de las personas que viven en la frontera. Esta situación, podría devenir una restricción desproporcionada, que eventualmente se convierta en una vulneración de derechos. Generalmente, estos casos límite se manifiestan en situaciones en donde coexisten diversas circunstancias de vulnerabilidad, como por ejemplo un conflicto armado.</p>

PIDCP	Paralelos en otros instrumentos internacionales (CADH / CEDH)	¿Restringe el derecho / obligación y/o lo vulnera?	Supuestos en los cuales un muro restringiría y/o vulneraría el ejercicio de derechos
12.4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.			<p>Por ejemplo, en el caso del muro construido en territorios ocupados palestinos, la CIJ concluyó en la opinión consultiva, que el muro en territorios ocupados “ha impuesto restricciones sustanciales a la libertad de circulación de los habitantes del territorio palestino (...) Además, se ven agravadas por el hecho de que en algunos sectores las puertas de acceso son pocas y parece que las horas de apertura son limitadas y su cumplimiento imprevisible” (CIJ, 2004: 133).</p> <p>Esta situación es replicada en el contexto de las dos Coreas, en donde el derecho de libertad de circulación en la frontera se ha visto completamente constreñido, al punto en que un soldado de Corea del Norte casi pierde la vida en un intento por cruzar hacia Corea del Sur⁴⁰.</p> <p>En ese sentido, la presencia de un muro, conjuntamente con la insuficiencia de puntos de paso o control, podrían derivar en una restricción desproporcionada, o una vulneración de tal derecho.</p>
14.1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas	CADH: Artículo 24 CEDH: Artículo 6	Restringe y puede vulnerar	El principal problema que se manifiesta con este derecho, es que un muro restringe toda posibilidad de cumplimiento de garantías mínimas a las que debe sujetarse una persona que busca ingresar al territorio de un Estado en búsqueda de protección internacional.

⁴⁰ Véase más en: Diario ABC Internacional, “Un soldado norcoreano huye a Corea del Sur y es acribillado a tiros por sus compañeros”. Publicado el 22 de noviembre de 2017. Disponible en: https://www.abc.es/internacional/abci-soldado-norcoreano-huye-corea-y-acribillado-tiros-companeros-201711220552_noticia.html

PIDCP	Paralelos en otros instrumentos internacionales (CADH / CEDH)	¿Restringe el derecho / obligación y/o lo vulnera?	Supuestos en los cuales un muro restringiría y/o vulneraría el ejercicio de derechos
<p>garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley (...)</p>			<p>En consecuencia, un muro supone la vulneración no solo del derecho a la igualdad y acceso, sino también del principio de prohibición de rechazo en frontera, pues un muro implica por sí mismo el rechazo de un extranjero, sin considerar sus necesidades o circunstancias particulares. Se evidencia, entonces, que esta situación impide el ejercicio de derechos como el acceso a un debido proceso que permita determinar si dicha persona requiere o no de protección internacional.</p> <p>A su vez, debería considerarse que podría suponer una vulneración al principio de no devolución en el sentido que este objeto físico, al impedir el ingreso de personas, obliga también a que estas deban retornar, exponiéndolas al riesgo.</p> <p>Un ejemplo de ello son las conocidas devoluciones en caliente, que son expulsiones de extranjeros de manera sumaria (sin garantías procesales) y muchas veces de manera colectiva, que se han venido dando a propósito del muro fronterizo en Ceuta y Melilla (España - Marruecos). Así, ciudadanos extranjeros son devueltos a Marruecos sin considerar los riesgos que podrían ocurrirles en un país con pocas credenciales de derechos humanos⁴¹.</p>

⁴¹ Véase más en: Amnistía Internacional, “Gobierno de España: No más devoluciones en caliente”. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/actua/acciones/espana-devoluciones-caliente-oct17/>. En el mismo sentido, ver más en: Diario El País “El Gobierno prepara el fin de las ‘devoluciones en caliente’ de inmigrantes en frontera”. Disponible en: https://elpais.com/politica/2018/06/19/actualidad/1529429394_601665.html

Sin perjuicio de realizar un análisis posterior sobre responsabilidad internacional del Estado que construyó un muro fronterizo, ante las eventualidades señaladas, es importante recalcar que los organismos encargados de determinar si un muro contraviene o no el Derecho internacional, deberán considerar diversos elementos. Por ejemplo, en aquellos casos en donde individuos se encuentren fuera del territorio del Estado, la realización de un examen de jurisdicción que incluya la ubicación del demandante al momento de la vulneración, es decir, si pudo o no ingresar o si estuvo lo suficientemente cerca para establecer contacto con agentes estatales.

3.3.4.1. Obligaciones de DIH que eventualmente podrían ser vulneradas con la presencia de un muro fronterizo

Del mismo modo que un muro fronterizo vulnera disposiciones de derechos humanos, afecta también al individuo en espacios en donde su vulnerabilidad se ve, aún más, agravada, por ejemplo, en un contexto de conflicto armado. Es así que debe analizarse cuidadosamente el cuerpo jurídico que provee el DIH, principalmente en situaciones de CAI, dado que dos o más Estados se enfrentan, y existe una necesidad de demarcar el propio territorio y contener el ingreso de posibles adversarios.

Al identificar las infracciones que podrían darse a disposiciones de DIH, se ha tomado como punto de partida metodológico, el análisis de las normas consuetudinarias, las cuales recogen el núcleo básico de aquello que debe ser respetado durante todo conflicto armado. A partir de ahí, se hará un parangón con lo dispuesto tanto en los Convenios de Ginebra, Protocolos Adicionales y en el Derecho de La Haya.

Así, como punto de partida, se puede señalar que la construcción de un muro fronterizo en contextos de conflicto armado atenta contra el principio angular del DIH, que es el principio de distinción. Este principio es la base de la conducción de las hostilidades pues supone que solo los combatientes o las personas que participan directamente en las hostilidades serán considerados un blanco de ataque, mientras que *-a contrario-* quienes no participen en el enfrentamiento armado serán protegidos y respetados en toda circunstancia. El principio de distinción exige que las partes en un conflicto armado diferencien en todo momento entre personas que participan directamente en las hostilidades y objetivos militares, por un lado, y personas civiles y bienes civiles, por el otro, y, en consecuencia, ataquen únicamente objetivos legítimos. En caso de duda sobre la condición de una persona, las partes deben asumir una presunción de civilidad, de modo que se considere como civil y, por lo tanto, no ser objetivo militar. Esta situación

se aplica a los objetos utilizados con fines civiles⁴². Partiendo de dicha premisa elemental, a continuación, se analizarán las disposiciones de DIH que podrían ser contravenidas con la presencia de un muro fronterizo.



⁴² Sobre la presunción de civilidad véase más en Protocolo Adicional I: artículos 50 y 52.2. Ver también: Guía de Participación Directa en las hostilidades del CICR, pág. 75 “presunción de protección como persona civil”.

Norma consuetudinaria de DIH	Paralelos en Convenios de Ginebra y/o Protocolos Adicionales	Paralelos en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre 1907	Supuesto en el que un muro contravendría una obligación de DIH
<p>Norma 1. Las partes en conflicto <u>deberán distinguir</u> en todo momento entre personas civiles y combatientes. Los ataques sólo podrán dirigirse contra combatientes. Los civiles no deben ser atacados. [CAI/CANI]</p>	<p>Protocolo Adicional I:</p> <p>Artículo 48: A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares.</p> <p>Artículo 51: 1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares (...). 2. No serán objeto de ataque la población civil como tal ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya</p>	<p>Artículo 2. Los habitantes de un territorio no ocupado que al aproximarse el enemigo tomen espontáneamente las armas para combatir las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo de organizarse (...) serán considerados como beligerantes si llevan las armas ostensiblemente y si respetan las leyes y costumbres de la guerra.</p> <p>Artículo 3: Las fuerzas armadas de las partes beligerantes pueden componerse de combatientes y no combatientes (...).</p>	<p>Un muro, como se anticipó, contraviene el principio de distinción ya que su construcción no distingue entre quienes participan de las hostilidades y quienes no, por el contrario, se fomentan una exclusión total, que perjudica aún más a quienes buscan huir de una situación de conflicto. Esta situación es sumamente peligrosa pues alrededor de la zona fronteriza generalmente habitan o transitan civiles que deben de ser especialmente protegidos, como solicitantes de asilo, mujeres, niños, etc. Por ejemplo, el muro construido entre Marruecos y el Sahara occidental se ha considerado una zona altamente vulnerable para quienes intentan cruzarlo. Se ha documentado ampliamente que muchas personas, en particular niños, han fallecido producto de minas antipersonales que se encuentran en el trayecto⁴³.</p> <p>Otra premisa de la que se tiene que partir es que un muro genera la exposición al peligro, particularmente de civiles. Un ejemplo de ello son las muertes ocurridas en el contexto del muro construido entre India y Bangladesh, en</p>

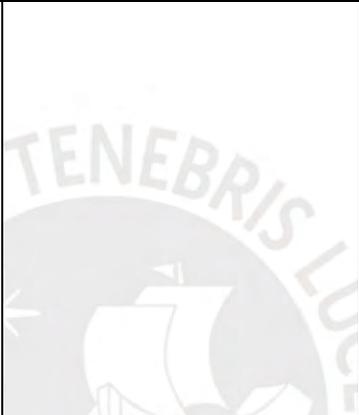
⁴³ Véase más en: Diario El País, "La muerte se esconde bajo la arena del Sáhara". Publicado el 22 de septiembre de 2015. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2015/09/18/planeta_futuro/1442585784_716637.html

Norma consuetudinaria de DIH	Paralelos en Convenios de Ginebra y/o Protocolos Adicionales	Paralelos en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre 1907	Supuesto en el que un muro contravendría una obligación de DIH
	finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.		donde muchas personas han fallecido producto del ambiente conflictivo entre los guardias y patrullas que custodian la zona, quienes disparan, sin ningún análisis previo a todos aquellos que se encuentren en zonas próximas al muro ⁴⁴ . Asimismo, se ha evidenciado que las condiciones del muro fronterizo hacen que muchas personas queden atrapadas en el mismo y fallezcan al poco tiempo. Igual situación se ha documentado en la zona desmilitarizada de las dos Coreas.
Norma 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la <u>distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares</u> . Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados. [CAI/CANI]	IV Convenio de Ginebra: Artículo 53: Está prohibido que la Potencia ocupante destruya bienes muebles o inmuebles, pertenecientes individual o colectivamente a personas particulares, al Estado o a colectividades públicas, a organizaciones sociales o a cooperativas, excepto en los casos en que tales destrucciones sean absolutamente	Artículo 56. Los bienes de las comunidades, los de establecimientos consagrados a los cultos, a la caridad, a la instrucción, a las artes y a las ciencias, aun cuando pertenezcan al Estado, serán tratados como propiedad privada. Se prohíbe y debe perseguirse toda ocupación,	De igual manera que la protección de los civiles constituye la piedra angular en el DIH, la protección a sus bienes lo es también. Un ejemplo de una situación de conflicto armado en donde se ha configurado la vulneración de tal obligación, es el ocurrido en el régimen de ocupación, en donde el poder es ostentado por la Potencia ocupante (Israel – territorios ocupados palestinos). En este contexto, la CIJ en su opinión consultiva evidenció esta problemática ⁴⁵ .

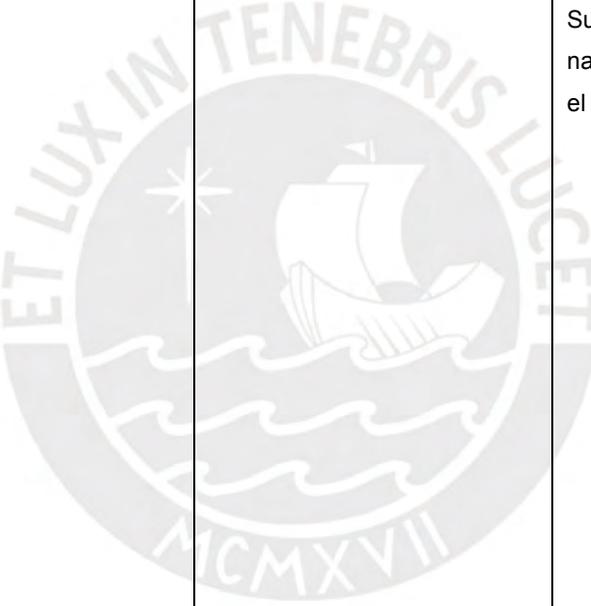
⁴⁴ Véase más en: Diario BBC, “Bangladesh-India border deaths discussed”. Publicado el 19 de enero de 2011. Disponible en: <https://www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-12223030>. En el mismo sentido, ver más en: Diario Huffington Post, “The Border Between Bangladesh And India Has Become A Death Trap”. Publicado el 12 de marzo de 2016. Disponible en: <https://www.huffingtonpost.com/entry/the-border-between-bangladesh-and-india-has-become-us-5842ade4e4b04587de5dea38>

⁴⁵ Véase más en: CIJ, Opinión consultiva A/ES-10/273 “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”. Año 2004, párr. 145

Norma consuetudinaria de DIH	Paralelos en Convenios de Ginebra y/o Protocolos Adicionales	Paralelos en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre 1907	Supuesto en el que un muro contravendría una obligación de DIH
<p>Norma 22. Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles para proteger de los efectos de los ataques a la población civil y los bienes de carácter civil que estén bajo su control. [CAI/CANI]</p> <p>Norma 50. Queda prohibido destruir o confiscar los bienes de un adversario, a no ser que lo exija una necesidad militar imperiosa. [CAI/CANI]</p> <p>Norma 51. En los territorios ocupados: (c) los bienes privados deben respetarse y no pueden confiscarse.</p>	<p>necesarias a causa de las operaciones bélicas.</p> <p>Protocolo Adicional I:</p> <p>Artículo 52: 1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataques ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares. 2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. (...) 3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin.</p> <p>Artículo 54: 2. Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (...).</p>	<p>destrucción, deterioro intencional de tales edificios, de monumentos históricos y de obras artísticas y científicas</p>	<p>En tal sentido, la construcción de un muro en una frontera puede involucrar la alteración de los medios de vida de los pobladores de las zonas aledañas. Concretamente, altera la utilización de tierras o espacios destinados a la vivienda o el trabajo de civiles. Frente a dichos supuestos, el Estado que erige el muro debería realizar un test de proporcionalidad mediante el cual determine si la ventaja militar que supone la utilización de dicho método es menos lesiva que el perjuicio causado a los civiles que viven en las zonas aledañas.</p> <p>En todo caso, si se trata de un requerimiento que involucra asuntos de seguridad nacional, debería contemplarse el pago de un justiprecio adecuado por la propiedad. Esto hará que el derecho en cuestión no sea vulnerado, sino que sea proporcionalmente restringido.</p>

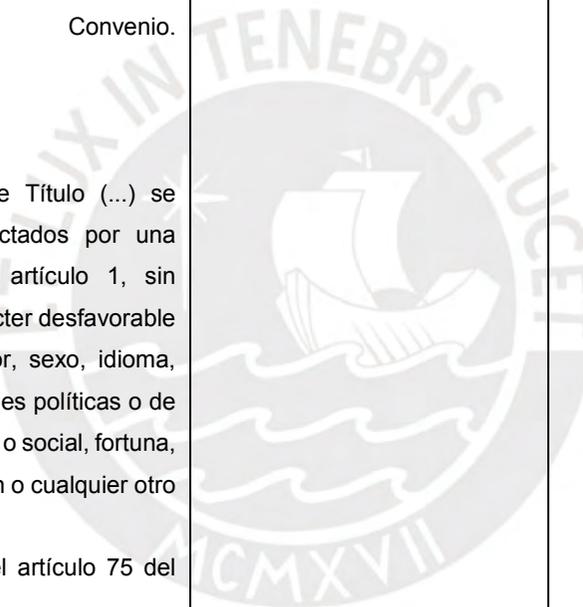
Norma consuetudinaria de DIH	Paralelos en Convenios de Ginebra y/o Protocolos Adicionales	Paralelos en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre 1907	Supuesto en el que un muro contravendría una obligación de DIH
	<p>Artículo 57: 2. Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones: ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil (...).</p>		
<p>Norma 8. Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida. [CAI/CANI]</p>	<p>Protocolo Adicional I:</p> <p>Artículo 52: 2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.</p>		<p>Se ha señalado anteriormente que los muros fronterizos no resultan siendo la alternativa idónea, en tanto se sacrifica un principio tan o más importante que es el principio de distinción. Sin embargo, aunque el muro superara el análisis de distinción, no sucedería igual con el análisis de proporcionalidad, pues por su naturaleza permanente y localización en una zona álgida, como una frontera, podría devenir en excesivamente problemático para la población civil aledaña.</p> <p>En la misma línea de la ventaja militar concreta y directa, el muro no resulta un objeto idóneo en circunstancias en las cuales los civiles son los principales afectados. Sin</p>

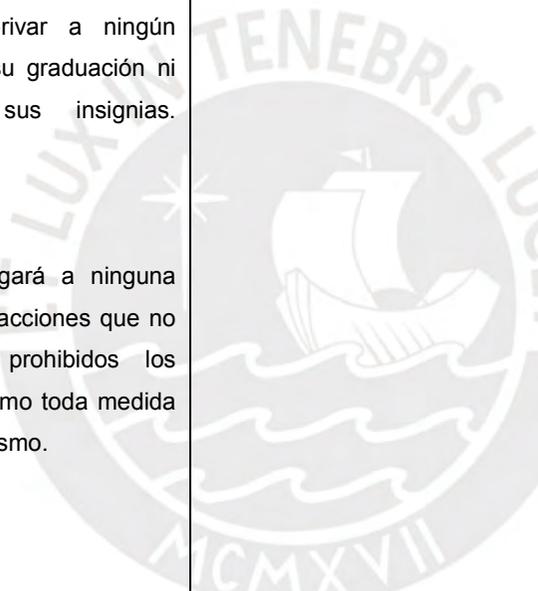
Norma consuetudinaria de DIH	Paralelos en Convenios de Ginebra y/o Protocolos Adicionales	Paralelos en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre 1907	Supuesto en el que un muro contravendría una obligación de DIH
<p>Norma 21. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar similar, se optará por el objetivo cuyo ataque presente previsiblemente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil. [CAI/c. a. en CANI]</p>			<p>embargo, frente a la inminente presencia de un muro fronterizo, otras medidas, menos lesivas resultarían más adecuadas o proporcionales para satisfacer el principio de necesidad militar, por ejemplo, la presencia de múltiples puntos de control, o el uso de nuevas tecnologías que permitan tener información más detallada y fidedigna que contribuya a distinguir.</p>
<p>Norma 17. Las partes en conflicto deberán tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de guerra para evitar, o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y de heridos entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente. [CAI/CANI]</p>	<p>Protocolo Adicional I:</p> <p>Artículo 57: 1. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.</p> <p>Artículo 58: Hasta donde sea factible, las Partes en conflicto, c) tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las</p>	<p>Artículo 22: Los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo.</p>	<p>La construcción de un muro podría ser considerado un método prohibido de guerra que, lejos de promover la protección a la población civil, agrava la situación de los civiles. Debe recordarse que una zona fronteriza por lo general es un espacio en donde existen dinámicas de intercambio e interacción; situaciones en las cuales la presencia de un muro fronterizo podría terminar afectando los derechos de los civiles.</p> <p>En ese orden de ideas, por más que un muro fronterizo proporcione una ventaja militar concreta y directa, debe</p>

Norma consuetudinaria de DIH	Paralelos en Convenios de Ginebra y/o Protocolos Adicionales	Paralelos en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre 1907	Supuesto en el que un muro contravendría una obligación de DIH
<p>Norma 44. Los métodos y medios de hacer la guerra deben emplearse teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger y preservar el medio ambiente natural. En la conducción de las operaciones militares, han de tomarse todas las precauciones que sean factibles para no causar daños incidentales al medio ambiente o reducirlos, al menos, todo lo posible. La falta de certeza científica acerca de los efectos de ciertas operaciones militares sobre el medio ambiente no exime a las partes en conflicto de tomar tales precauciones. [CAI/c. a. en CANI]</p>	<p>personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control.</p>		<p>ser considerado como un método prohibido en aquellas circunstancias en donde genere una afectación a civiles.</p> <p>Sumado a ello, podría atentar contra el medio ambiente natural, modificando el ecosistema e incluso dificultando el desarrollo humano.</p>

Norma consuetudinaria de DIH	Paralelos en Convenios de Ginebra y/o Protocolos Adicionales	Paralelos en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre 1907	Supuesto en el que un muro contravendría una obligación de DIH
<p>Norma 88. En la aplicación del DIH, está prohibido hacer distinciones de índole desfavorable basadas en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición, o cualquier otro criterio análogo. [CAI/CANI]</p>	<p>I Convenio de Ginebra: Artículo 12: Los miembros de las fuerzas armadas y las demás personas mencionadas en el artículo siguiente, que estén heridos o enfermos, habrán de ser respetados y protegidos en todas las circunstancias. Serán tratados y asistidos con humanidad por la Parte en conflicto que los tenga en su poder, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión, las opiniones políticas o en cualquier otro criterio análogo. Está estrictamente prohibido todo atentado contra su vida y su persona, en particular matarlos o exterminarlos, someterlos a tortura, efectuar en ellos experimentos biológicos, dejarlos deliberadamente sin atención médica o sin asistencia, o exponerlos a riesgos de contagio o de infección causados con esa finalidad. Sólo razones de urgencia</p>		<p>Tanto en el contexto de aplicación del DIDH como en situaciones de conflicto armado, la presencia de un muro supone una distinción por motivo de origen nacional, que se agrava porque asume que todos aquellos que se encuentran fuera de él son adversarios, incumpliendo la presunción de civilidad por la que parte el DIH. Esta situación podría ser aún más grave tomando en consideración el enfrentamiento armado entre las distintas facciones, y la vulnerabilidad de los civiles.</p>

Norma consuetudinaria de DIH	Paralelos en Convenios de Ginebra y/o Protocolos Adicionales	Paralelos en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre 1907	Supuesto en el que un muro contravendría una obligación de DIH
	<p>médica autorizarán una prioridad en el orden de la asistencia (...).</p> <p>(*) En el mismo sentido, artículo 12 del II Convenio de Ginebra.</p> <p>III Convenio de Ginebra:</p> <p>Artículo 16: (...) todos los prisioneros deberán ser tratados de la misma manera por la Potencia detenedora, sin distinción alguna de índole desfavorable de raza, de nacionalidad, de religión, de opiniones políticas u otras, fundadas en criterios análogos.</p> <p>IV Convenio de Ginebra:</p> <p>Artículo 13: Las disposiciones del presente Título se refieren al conjunto de la población en conflicto, sin distinción desfavorable alguna, especialmente en cuanto a la raza, la nacionalidad, la religión o la opinión</p>		

Norma consuetudinaria de DIH	Paralelos en Convenios de Ginebra y/o Protocolos Adicionales	Paralelos en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre 1907	Supuesto en el que un muro contravendría una obligación de DIH
	<p>política, y tienen por objeto aliviar los sufrimientos originados por la guerra.</p> <p>(*) En el mismo sentido, el artículo 27 del mismo Convenio.</p> <p>Protocolo Adicional I:</p> <p>Artículo 9: 1. El presente Título (...) se aplicará a todos los afectados por una situación prevista en el artículo 1, sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo.</p> <p>(*) En el mismo sentido el artículo 75 del mismo Protocolo</p>		
<p>Norma 103. Quedan prohibidos los castigos colectivos. [CAI/CANI]</p>	<p>III Convenio de Ginebra:</p> <p>Artículo 87 (...) Están prohibidos los castigos colectivos por actos individuales los castigos corporales, los</p>		<p>Objetivamente, el régimen constituido con la presencia de un muro, genera un espacio aún más hostil en un conflicto armado, y podría privar a los civiles que viven en las zonas aledañas del ejercicio de ciertos derechos. Esto podría constituir un castigo colectivo, haciendo imposible o</p>

Norma consuetudinaria de DIH	Paralelos en Convenios de Ginebra y/o Protocolos Adicionales	Paralelos en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre 1907	Supuesto en el que un muro contravendría una obligación de DIH
	<p>encarcelamientos en locales donde no entre la luz solar y, en general, toda forma de tortura o de crueldad. Además, la Potencia detenedora no podrá privar a ningún prisionero de guerra de su graduación ni impedirle que lleve sus insignias.</p> <p>IV Convenio de Ginebra:</p> <p>Artículo 33: No se castigará a ninguna persona protegida por infracciones que no haya cometido. Están prohibidos los castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de terrorismo.</p>		<p>intolerable la supervivencia para ellos en su lugar de residencia habitual.</p> <p>Esta discusión ha sido abordada a partir de la situación de los muros construidos entre Israel y Gaza, en donde la división fronteriza ha causado un deterioro en la vida de civiles⁴⁶. Estos castigos colectivos no solo tienen que ver con el impedimento de paso para abastecimiento, el corte de servicios básicos como agua y luz, sino también con la imposibilidad de obtener permisos para transitar⁴⁷.</p> <p>Más recientemente, se ha venido abordando en el contexto de los muros construidos en Europa, que aunque en muchas situaciones no se evidencie un conflicto armado, lo cierto es que sí se configurarían castigos colectivos hacia población que huye de situaciones conflictivas⁴⁸.</p>

⁴⁶ Véase más en: Diario Huffington Post, "Israel Inflicts Illegal Collective Punishment on Gaza". Publicado el 15 de julio de 2014. Disponible en: https://www.huffingtonpost.com/marjorie-cohn/israel-palestine-collective-punishment_b_5589208.html

⁴⁷ Véase más en: Amnistía Internacional, "Israel and occupied palestinian territories 2017/2018". Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/countries/middle-east-and-north-africa/israel-and-occupied-palestinian-territories/report-israel-and-occupied-palestinian-territories/>

⁴⁸ Véase más en: Diario The Nation, "European Countries' Closing Their Borders to Refugees Is Collective Punishment". Publicado el 18 de noviembre de 2015. Disponible en: <https://www.thenation.com/article/european-countries-closing-their-borders-to-refugees-is-collective-punishment/>

Norma consuetudinaria de DIH	Paralelos en Convenios de Ginebra y/o Protocolos Adicionales	Paralelos en el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre 1907	Supuesto en el que un muro contravendría una obligación de DIH
<p>Norma 139. Las partes en conflicto deberán respetar y hacer respetar el DIH por sus fuerzas armadas, así como por otras personas y agrupaciones que actúen de hecho siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección o control. [CAI/CANI]</p> <p>Norma 140. La obligación de respetar y hacer respetar el DIH no depende de la reciprocidad. [CAI/CANI]</p>	<p>I-IV Convenios de Ginebra:</p> <p>Artículo 1: Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias.</p>		<p>Esta obligación general, que se ha abordado previamente, es la primera en ser incumplida con la construcción de un muro fronterizo, dado que este objeto impide la satisfacción del resto de obligaciones de DIH de las que los Estados son parte.</p>

El cuadro presentado evidencia los posibles escenarios en los que se puede dar la vulneración de obligaciones de DIH. Así, tras la revisión normativa, se puede ver que, en un muro fronterizo en situaciones de conflicto armado, se convierte en un factor de riesgo para el incumplimiento de las normas de DIH.

En esa línea, es importante continuar con el análisis sobre las consecuencias jurídicas de la vulneración de derechos. Es decir, ¿qué puede ocurrir una vez que los Estados vulneran una obligación internacional producto de la construcción de un muro fronterizo? Como se ha visto a lo largo de la investigación, los Estados en el ejercicio de su soberanía han suscrito tratados de derechos humanos que deben respetar y garantizar en toda circunstancia, caso contrario, como se verá a continuación podrían incurrir en responsabilidad internacional.

3.4. Consecuencias de la ilegalidad de un muro fronterizo: la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos

Esta sección tiene como propósito evidenciar que un muro fronterizo puede generar responsabilidad internacional por hechos ilícitos. En ese sentido, se analizará cuál es la consecuencia inmediata en el campo de la responsabilidad, que se genera a partir de la conculcación de un derecho u obligación. En concreto, será de utilidad acudir al Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (en adelante, “el Proyecto”), propuesto por la CDI y aprobado por fecha la Asamblea General.

Ahora bien, ¿qué nivel de obligatoriedad tiene el mencionado Proyecto para los Estados? En el caso del Proyecto de artículos elaborados por la CDI dos opciones fueron consideradas para garantizar su cumplimiento. De un lado, la elaboración de una Convención sobre responsabilidad internacional de los Estados, y de otro lado, alguna forma de aprobación de los artículos por parte de la Asamblea General, alternativa por la que finalmente se optó. Sin lugar a duda, la principal ventaja de contar con un texto jurídico vinculante era la seguridad jurídica que existe respecto de dicha fuente convencional de Derecho internacional. De esta manera, la adopción de los artículos en la forma de un tratado multilateral les otorgaría durabilidad y autoridad. Así, por citar un ejemplo, la labor emprendida por la CDI en relación al Derecho de los tratados, dio origen a la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados.

La principal consecuencia de ello es que ha tenido un efecto estabilizador y ha ejercido una fuerte influencia continua en el Derecho internacional consuetudinario, independientemente de si ciertos Estados son o no partes en dicho tratado. De acuerdo a lo señalado por Crawford, muchos miembros de la CDI y varios gobiernos consideraron que el trabajo prolongado y cuidadoso llevado a cabo desde 1955 sobre la responsabilidad del Estado merecía ser reflejado en un tratado (2001: 969).

Sin embargo, la adopción del Proyecto de artículos por parte de la Asamblea General, que es la alternativa que se ha llevado a cabo, parecería ofrecer una mayor flexibilidad y permitiría un proceso continuo de desarrollo jurídico sobre esta materia, conforme lo señaló la Asamblea General en la Resolución 68/104⁴⁹. En esa línea, los Estados bien podrían no tener interés en ratificar un texto que los vincula en su totalidad, resultando más conveniente a sus necesidades acogerse a ciertos aspectos concretos del mismo en la medida en lo requieran.

Si bien el Proyecto elaborado por la CDI no ha sido codificado en un texto de tratado, su trascendencia y acatamiento por parte de distintos tribunales internacionales ha significado un espaldarazo al estudio y desarrollo de dicha materia. Prueba de su amplia aceptación es que la CIJ, ha venido aplicando lo dispuesto en los artículos incluso antes de que fuesen aprobados por la propia CDI. La primera de las veces fue en 1997, en el caso relativo al Proyecto Gabcikovo—Nagymaros, de Hungría contra Eslovaquia en este caso la Corte se refirió en múltiples ocasiones a la materia de la responsabilidad internacional. En algunas de ellas incluso citó el trabajo en construcción de la CDI:

47. (...). Además, está bien establecido que cuando un estado ha cometido un hecho internacionalmente ilícito, es probable que su responsabilidad internacional se vea involucrada independientemente de la naturaleza de la obligación que no haya respetado (véase el artículo 17 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado aprobado provisionalmente por la CDI en primera lectura).

79. (...) Un acto o hecho ilícito suele ir precedido de acciones preparatorias que no deben confundirse con el acto o la infracción en sí. También es necesario distinguir entre la comisión real de un acto ilícito (ya sea instantáneo o continuo) y la conducta anterior a ese acto que es de carácter preparatorio y que "no califica como un acto ilícito" (véase,

⁴⁹ Véase más en: Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 68/104: "Responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos". Véase más en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/RES/68/104&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/9_6.shtml&Lang=S

por ejemplo, el Comentario sobre el Artículo 41 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del estado, "Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48° período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996", y Anuario de la CDI, 1993, Vol. II, Parte 2, página 57, párrafo 14). [Traducción propia]

En una segunda ocasión, en 1999, en la opinión consultiva sobre la diferencia relacionada con la inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, la CIJ también se refirió al trabajo de la CDI:

62. La Corte concluye que (...) según una regla bien establecida de Derecho internacional, la conducta de cualquier órgano de un estado debe considerarse como un acto de ese estado. Esta norma, que tiene un carácter consuetudinario, se refleja en el artículo 6 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado adoptado provisionalmente por la CDI en primera lectura, que establece: El comportamiento de un órgano del estado se considerará como un acto de ese estado en virtud del Derecho internacional, ya sea que ese órgano pertenezca al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o de otra índole, ya sean sus funciones de carácter internacional o interno, y si tiene una posición superior o subordinada en la organización del Estado. (Anuario de la CDI, 1973, Vol. II, p. 193) [Traducción propia]

Así las cosas, una convención sin un fuerte respaldo podría incluso tener un efecto 'de-codificador', por lo que una opción más realista y efectiva podría ser confiar la aplicación de los artículos en tribunales internacionales, así como en la práctica recurrente de los Estados para adoptar los mandatos contenidos y elaborados por la CDI. Esta experiencia sugiere que un Proyecto de artículos puede tener una influencia mayor a largo plazo incluso si no adoptan la forma de una convención (Crawford, 2001: 969).

En los siguientes acápites se examinará los elementos de la responsabilidad internacional, es decir, se verificará la presencia de un hecho internacionalmente ilícito y si puede o no ser atribuible al Estado, a partir de determinados criterios. De este modo, se establecerá si un Estado es o no responsable por la construcción de un muro fronterizo, así como las consecuencias a partir del mismo, vale decir, la obligación de reparar.

3.4.1. Elementos que determinan la responsabilidad estatal: conducta contraria al Derecho internacional y atribución

De conformidad con lo señalado en el artículo 1 del Proyecto todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional. Es a partir de ello que aparece la relación Estado infractor y Estado lesionado. Es propósito de esta investigación dilucidar si un muro fronterizo, o el régimen que este crea, podrían devenir en un hecho internacionalmente ilícito, mediante la afectación a un individuo o comunidad en particular, y a la vez tenga como consecuencias en la responsabilidad internacional de un Estado.

Para la determinación de la responsabilidad internacional tienen que mediar dos condiciones conjuntivamente. La primera de ellas es que se evidencie una violación de una obligación internacional, ya sea por acción y omisión del Estado; y la segunda de ellas es que tal acto sea atribuible a un Estado, conforme al Derecho internacional.

3.4.1.1. El hecho ilícito del Estado: la vulneración de una obligación internacional

Un primer componente de la responsabilidad internacional es la constatación de un acto contrario al Derecho internacional. Para tales efectos debe haber una contravención a una obligación internacional, sin importar su naturaleza u origen, vale decir, convencional o consuetudinaria. La pregunta en esta sección, entonces, sería si un muro fronterizo contraviene o no una obligación o derecho; si la respuesta es afirmativa, se deben de identificar cuáles.

Esta disposición se encuentra contenida en el artículo 12 del Proyecto, y hace referencia a que “hay violación de una obligación internacional cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”. Esta última fórmula da cuenta de que resulta indistinto de qué fuente de Derecho internacional provenga la disposición vulnerada, siempre que esta sea exigible a un Estado.

De esta manera, al introducir la noción de incumplimiento, es necesario enfatizar en la autonomía del Derecho internacional respecto del Derecho interno. Así, no podrá emplearse una norma interna para justificar el incumplimiento de una obligación internacional⁵⁰. De acuerdo a los comentarios del Proyecto, el incumplimiento de una obligación internacional consiste en “la disconformidad entre la conducta exigida al

⁵⁰ Véase más en: Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 27

Estado para garantizar el cumplimiento de una obligación y la conducta que finalmente adopta; es decir, entre los requisitos del Derecho internacional y los hechos ocurridos en el asunto” (2012: 98).

La expresión "que no está en conformidad con lo que le exige esa obligación" es la más adecuada para indicar qué constituye la esencia de una violación de una obligación internacional pues ofrece la posibilidad de que pueda existir una vulneración “incluso si el acto del Estado es parcialmente contrario a una obligación internacional que le incumbe” (CDI, 2012: 98). En ese orden de ideas, la conducta descrita en una disposición podría ser contravenida no solo a través de acciones, sino también de omisiones. Como se señala en los comentarios realizados por la CDI, “esto puede implicar la aprobación de legislación, o acciones administrativas específicas o de otro tipo en un caso determinado, o incluso una amenaza de tal acción, ya sea que la amenaza se lleve a cabo o no, o una decisión judicial final (2012: 98)”.

Teniendo ello presente, se abordará la eventual responsabilidad internacional del Estado por la vulneración de derechos humanos y obligaciones de DIH, surgidas a partir de la construcción de un muro fronterizo. Como ha quedado establecido, no existe una obligación internacional que, de manera directa, demande de parte de los Estados la prohibición de construir muros fronterizos; sin embargo, la presencia de este objeto coadyuva a la creación de un régimen hostil que deviene, en algunos casos, en la vulneración de distintas obligaciones internacionales. Esta determinación de responsabilidad deberá responder al análisis del muro caso a caso. El ejemplo más evidente es al que hace referencia la Opinión consultiva de la CIJ relativa a la construcción de un muro en territorios ocupados palestinos:

85. Por último, cabe señalar que la construcción del muro ha ido acompañada de la creación de un nuevo régimen administrativo. (...)

123. La construcción del muro plantea también varias cuestiones en relación con las disposiciones pertinentes del DIH y los instrumentos de derechos humanos.

137. En resumen, (...) el muro, a lo largo del trazado elegido, y su régimen conexo, infringen gravemente diversos derechos de los palestinos que residen en el territorio ocupado por Israel y las infracciones derivadas de ese trazado no pueden justificarse por exigencias militares o necesidades de seguridad nacional u orden público. Así pues, la construcción de ese muro constituye una violación por parte de Israel de varias de las

obligaciones que le incumben con arreglo al DIH y los instrumentos de derechos humanos aplicables.

138. La corte ha concluido, por lo tanto, que la construcción del muro es una acción incompatible con diversas obligaciones jurídicas internacionales que incumben a Israel.
(...)

Esto da cuenta de que la presencia de un muro fronterizo puede conllevar a la restricción y vulneración de obligaciones contenidas en instrumentos convencionales de derechos humanos. Esto debe analizarse como un hecho internacionalmente ilícito, pues su sola presencia contravendría una multiplicidad de obligaciones jurídicas vinculadas al respeto de determinados derechos humanos. A continuación, se desarrollará que un hecho ilícito sea atribuible a un Estado.

3.4.1.2. La atribución de la responsabilidad a un Estado

Como se vio en el acápite anterior, el hecho ilícito internacional se configura a partir de una acción u omisión atribuible a un Estado conforme a derecho. Esto supone la presencia de “una conducta que no se ajusta a lo que es exigido a través de una obligación internacional” (Sánchez, 2010: 281) de la cual el Estado se ha comprometido jurídicamente a acatar.

Por lo tanto, si la disposición es oponible al Estado, entonces, será vinculante y su incumplimiento por, acción u omisión, tendrá como consecuencia la responsabilidad internacional. Al respecto, uno de los casos más emblemáticos que abordó la omisión, es el de la inacción de parte de las autoridades iraníes durante el secuestro o retención de rehenes estadounidenses en la Embajada de Estados Unidos en Teherán. Este incidente culminó en una reclamación resuelta en 1980 por la CIJ. En dicha oportunidad, la corte señaló:

63. Los hechos expuestos establecen que (...) el Gobierno iraní no adoptó por completo ninguna "medida apropiada" para proteger los locales, el personal y los archivos de la misión de los Estados Unidos contra el ataque de los militantes, y tampoco tomó medidas para prevenir este ataque o para detenerlo antes de que se complete (...). Asimismo, tampoco se adoptaron medidas apropiadas para la protección de los consulados de los Estados Unidos en Tabriz y Shiraz. Además, a juicio de la corte, el hecho de que el Gobierno iraní no haya tomado esas medidas se debió a algo más que a la mera negligencia o falta de medios apropiados.

66. En cuanto a la conducta real de las autoridades iraníes, la información ante la corte establece que no se tomaron medidas aparentes para evitar que los militantes invadan la Embajada o para persuadirlos u obligarlos a retirarse. Además, después de que los militantes forzaran una entrada en la Embajada, las autoridades iraníes no hicieron ningún esfuerzo por obligarlos o incluso convencerlos de que se retiraran de la Embajada y de liberar al personal diplomático y consular a quienes tenían prisioneros.

67. Esta inacción del gobierno iraní por sí misma constituyó una clara y grave violación de las obligaciones de Irán con los Estados Unidos en virtud del artículo 22, párrafo 2, y los artículos 24, 25, 26, 27 y 29 de la convención de Viena sobre Diplomática de 1961. Relaciones, y los artículos 5 y 36 de la convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares (...). [Traducción y énfasis propios]

Desde luego, para determinar qué tipo de acciones u omisiones pueden ser atribuidas al Estado existen ciertas reglas elementales contempladas en el capítulo II del precitado Proyecto. A saber, el comportamiento de los órganos del Estado; el comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público; el comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado; la extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones; el comportamiento bajo la dirección o control del Estado; el comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales; el comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole; el comportamiento que el Estado reconoce y acepta como propio (artículos 4-10). En resumidas cuentas, la atribución dependerá en mayor medida del comportamiento trasgresor de parte del Estado, alguno de sus órganos o agentes.

En ese orden de ideas, no cualquier acto u omisión pueden ser atribuibles al Estado, sino solo aquellos que sean conducidos por órganos que ejerzan funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, conforme al Derecho interno de cada Estado. Ejemplos de ello, son la omisión en el respeto y garantía de derechos por parte de funcionarios gubernamentales.

En esa línea, ¿qué debe entenderse por órgano estatal? De acuerdo a los comentarios realizados por la CDI en relación a este punto "la referencia a un "órgano estatal" abarca a todas las entidades individuales o colectivas que componen la organización del Estado y que actúan en su nombre. Incluye un órgano de cualquier entidad gubernamental territorial dentro del Estado del mismo modo que los órganos gubernamentales centrales del mismo Estado (2012: 31).

El Estado, entonces, como entidad organizada, autónoma e independiente no actúa por sí mismo, sino que lo hace a través de sus órganos o autoridades que tengan la prerrogativa de actuar en su representación. En el caso concreto, esta atribución recaería en aquellos funcionarios encargados de aprobar el plan de construcción de un muro fronterizo, o aquellos que tengan alguna potestad en la modificación de la política migratoria que incluya la presencia de un muro fronterizo. De ahí que resulte tan importante hacer una revisión exhaustiva del ordenamiento interno del Estado a fin de entender la conformación de su estructura institucional: autoridades, funcionamiento y órganos, así como revisar la práctica o políticas del mismo en relación a la toma de decisiones. Debe señalarse que esto responde al principio de soberanía estatal, toda vez que los Estados al ser soberanos, tienen la capacidad de regular y decidir la forma y estructura de gobierno que los regirán.

En esa línea, mientras el Estado es soberano al determinar su estructura interna y las funciones de sus propios órganos gubernamentales, a través de su propia ley y práctica, frente al Derecho internacional prevalece una lógica distinta. La conducta contraria a las obligaciones asumidas se atribuye al propio Estado por ser sujeto de Derecho internacional y no conforme se ha organizado en su dominio reservado. Esto, dicho en otras palabras, implica que los Estados asumirán como propios aquellos actos cometidos por personas (funcionarios públicos) en el desempeño de sus funciones oficiales (Maxim, 2012: 1085).

De esta manera, como regla general se concluye que para que exista responsabilidad internacional de un Estado, las acciones u omisiones sobre el cumplimiento de ciertas disposiciones tiene que ser llevada a cabo por un órgano legitimado que tenga la competencia, de acuerdo al propio ordenamiento jurídico, para tomar decisiones. En los comentarios realizados por la CDI:

[Las acciones u omisiones que conllevan la vulneración de una obligación internacional] no se limitan a los órganos del gobierno central, a los funcionarios de alto nivel ni a las personas responsables de las relaciones externas del Estado. Se extiende a los órganos de gobierno de cualquier tipo o clasificación, ejerciendo cualquier función, y en cualquier nivel de la jerarquía, incluidos los de nivel provincial o incluso local. No se hace ninguna distinción para este propósito entre los órganos legislativos, ejecutivos o judiciales (2012: 32). [Traducción propia]

Esto responde al principio de unidad del Estado frente al Derecho internacional. Como sujeto del Derecho internacional, el Estado aparece como una entidad equipada con un complejo sistema de cuerpos que actúa bajo su control y autoridad. Así, con respecto al Estado federal, la estructura organizativa interna, que es diferente de la de un Estado unitario, no afecta en modo alguno la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Maxim, 2012: 1087).

Así, por ejemplo, en 1902 en el caso de El Salvador vs. Estados Unidos, sobre la empresa “El Triunfo”, resuelto por un tribunal arbitral constituido en Washington D.C, se señaló que “un Estado es responsable de los actos de sus gobernantes, ya sea que pertenezcan al Poder legislativo, ejecutivo o judicial del gobierno, en la medida en que los actos se realicen en su capacidad oficial”⁵¹.

En ese orden de ideas, conforme se ha verificado en la matriz que da cuenta sobre la construcción de muros fronterizos, la totalidad de los mismos han sido construidos por instrucciones u órdenes gubernamentales, o funcionarios estatales con capacidad para la toma de decisiones. Frente a ello, en una eventual constatación de responsabilidad internacional, se cumpliría con la atribución. Tomando ello en consideración, a continuación, se evaluará el hecho internacionalmente ilícito.

3.5. Causas excluyentes de responsabilidad internacional: ¿se aplican en el contexto de un muro fronterizo?

En esta sección se abordará si las causas de exención de ilicitud previstas en el Proyecto se habilitan frente a casos de responsabilidad internacional en el contexto de la construcción de un muro fronterizo. Se ha visto anteriormente que existen causales por las cuales un Estado podría incurrir en responsabilidad internacional, concretamente, la presencia de un hecho internacionalmente ilícito que, a su vez, pueda ser atribuido al Estado; no obstante, esta regla admite ciertas excepciones que excluyen su ilicitud. En ese sentido, existen cláusulas que plantean determinados supuestos frente a los cuales la responsabilidad internacional de un Estado quedaría excluida. El capítulo V del Proyecto desarrolla seis circunstancias: consentimiento; legítima defensa; contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito; fuerza mayor; peligro extremo; y estado de necesidad.

⁵¹ Véase más en: CDI, Reports of international arbitral awards recueil des sentences arbitrales. Disponible en: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XV/467-479.pdf. Véase también: CIJ, Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos), año 1999, párr. 28

En este acápite se analizará si determinadas excepciones pueden ser admitidas en el caso de la construcción de un muro fronterizo. De modo general, se verificará si un Estado podría alegar ciertas causas excluyentes de responsabilidad como válidas. Para ello, será de utilidad tomar como referencia aquellas causales expuestas por Israel frente a la CIJ, con propósito de su pronunciamiento en el marco de la opinión consultiva. Israel, por ejemplo, apeló a algunas causales de exclusión de responsabilidad internacional, tales como legítima defensa y estado de necesidad. Por tales motivos, en los siguientes acápites se desarrollarán brevemente las dos causales enunciadas.

3.5.1. Legítima defensa

En lo que respecta al artículo del Proyecto que prevé la exención de responsabilidad por legítima defensa, este establece que “la ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”. Al respecto, el recurso de legítima defensa en el Derecho internacional, se encuentra regulado en la Carta de Naciones Unidas, específicamente el artículo 51 del séptimo capítulo, y este constituye una excepción al principio de prohibición del uso de la fuerza:

Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

En consecuencia, este constituye un derecho individual del Estado para la garantía de su existencia como tal y una función de defensa del orden jurídico. En el mismo sentido, el Estado, al defenderse y solicitar la defensa de otros Estados también actúa como un órgano del ordenamiento jurídico en defensa del Derecho internacional frente a su transgresión grave (Sánchez, 2010: 291).

Los desarrollos más amplios sobre este recurso se han dado a partir de la jurisprudencia de la CIJ. En esa línea, la referencia a ‘ataque armado’ ha sido advertida por dicha corte

en la sentencia del caso actividades militares y paramilitares en y contra el gobierno de Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos) de 1986:

195. En el caso de la legítima defensa individual, el ejercicio de este derecho está sujeto a que el Estado en cuestión haya sido víctima de un ataque armado. (...) En particular, un ataque armado debe entenderse como que incluye no solo la acción de las fuerzas armadas regulares a través de una frontera internacional, sino también "el envío por parte de un Estado de bandas, grupos, irregulares armados" o mercenarios, que llevan a cabo actos de uso de la fuerza armada contra otro Estado, de gravedad tal que equivalgan *inter alia* a un ataque armado real realizado por fuerzas regulares. Esta descripción, (...) refleja el Derecho internacional consuetudinario. (...) Pero la corte no cree que el concepto de "ataque armado" incluya solo los actos de bandas o grupos armados cuando tales actos ocurran en una escala significativa, sino también la asistencia a los rebeldes en forma de suministro de armas o apoyo logístico o de otro tipo. Tal asistencia puede considerarse como una amenaza o uso de la fuerza, o equivalente a la intervención en los asuntos internos o externos de otros Estados. También está claro que es el Estado que es víctima de un ataque armado el que debe declarar que ha sido atacado de esa manera (...). [Traducción y énfasis propios]

A partir del desarrollo de la CIJ, se verifica que, a menos que un Estado haya recibido la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, cuatro condiciones deben mediar para recurrir a la legítima defensa. En primer lugar, el Estado que apela a esta debe haber sido víctima de un ataque armado. En segundo lugar, dicho ataque armado debe estar en curso o el Estado agredido debe tener al menos evidencia contundente de que, de no responder, podría ser atacado. En tercer lugar, la respuesta del Estado tiene que tener como propósito prevenir futuros ataques. Y, finalmente, la fuerza utilizada por el Estado defensor debe ser necesaria, en atención a su necesidad de defensa, y debe ser proporcional al ataque realizado inicialmente (O'Connell, 2002: 889-890).

Ahora bien, algunos Estados han planteado la necesidad de recurrir a la legítima defensa preventiva en el caso en que ningún ataque se haya consumado aún contra los mismos, siempre que exista evidencia clara y convincente de que se un ataque inminente pueda estar en curso y que, por lo tanto, se requiere una respuesta instantánea. Sin embargo, existen serios cuestionamientos respecto de la misma por el hecho de que recae en los propios Estados la evaluación sobre el grado de riesgo en que se encuentran. Ello podría llevar a que, como consecuencia, cualquier acción sea considerada como una amenaza a la seguridad de los Estados, permitiendo así un uso

más amplio, discrecional e incluso irrestricto, frente a ataques o acciones que ni siquiera podrían estar planificadas contra tal Estado.

Autores como Schmidt defienden la tesis de la legítima defensa anticipatoria, al sostener que, hoy en día el contexto mundial funciona de manera distinta al momento en que se elaboró la Carta de Naciones Unidas. Por lo tanto, resulta imperativo dar una respuesta real y contundente a las nuevas amenazas. De esta forma señala que:

El mundo ha cambiado y el Derecho internacional debe evolucionar para seguir siendo relevante. Una lectura restrictiva de la legítima defensa tenía sentido en un mundo bipolar centrado en el Estado, en donde el riesgo de la participación de las superpotencias, o incluso del intercambio nuclear, servía para fines disuasorios. Sin embargo, hoy en día las mayores probabilidades de amenaza a la paz y seguridad internacionales pueden ser conducidas por personas, difícilmente identificables y con capacidad de hacer daño de manera desmedida.

Además, las consecuencias de no responder frente a tales amenazas, que tienen un impacto potente en la población civil y la proliferación de armas de destrucción masiva, podrían ser catastróficas (2003: 546) [Traducción propia]

En última instancia, Schmidt sostiene que el entorno de seguridad del siglo XXI, la insistencia en una aplicación restrictiva de los principios legales internacionales a las estrategias de prevención impulsaría rápidamente a los Estados en riesgo a ignorar tales mecanismos y a responder preventivamente frente a tales amenazas. En tal sentido, para el autor, dicha aproximación es, antes que una revolución, una evolución en el sentido en que cuestiona lo sostenido por la Carta de Naciones Unidas sobre las excepciones al uso de la fuerza.

Ahora bien, ¿cómo se aplica la legítima defensa al caso de estudio? Pues, precisamente los Estados que construyen muros fronterizos han justificado esta acción preventivamente, es decir, llevándola a cabo *ex ante* con el propósito de defender su territorio frente a eventuales ataques. Ello supone el empleo de la legítima defensa anticipatoria, teoría que como se ha revisado reviste serios cuestionamientos por apartarse al marco institucional planteado en la Carta de Naciones Unidas.

Siguiendo el análisis sobre la legítima defensa, de igual manera, se ha propuesto una interpretación más amplia en relación a dicha definición, que hace referencia a la posibilidad de recurrir a al uso de la fuerza, en casos en los que haya un ataque terrorista

por parte de un grupo armado eventualmente apoyado por un Estado. Sobre este supuesto, Estados que comúnmente enfrentan dichos ataques han apelado a la exención de las consecuencias jurídicas del uso de la fuerza. Con las diferencias del caso, esta es la lectura que, por ejemplo, Israel hizo para apoyar la construcción de un muro fronterizo y así evitar la infiltración de terroristas.

Ello evidencia que la visión clara de ataque armado por parte de un Estado ha sido superada por el fenómeno abordado en el primer capítulo relacionado al terrorismo internacional, ya que la historia más reciente ha demostrado que los actos o ataques terroristas no necesariamente provienen del uso de la fuerza de un Estado contra otro. Un caso paradigmático es el mencionado ataque terrorista cometido contra Estados Unidos el 09/11, en donde se acogió la tesis de legítima defensa en contra de Afganistán. No obstante, debe señalarse que no es el primer caso en el que un Estado buscó apelar a este recurso.

Algunos antecedentes más frecuentes al recurso de legítima defensa frente a ataques terroristas han sido alegados por Israel y Estados Unidos. Por ejemplo, el del ataque de Israel contra el aeropuerto de Beirut en 1968 en represalia por los ataques de un grupo de militantes de la Organización para la liberación de Palestina (OLP), que se encontraban en el territorio de Líbano. Esta acción fue catalogada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como de naturaleza premeditada, de gran escala y cuidadosamente planificada, y condenada violar las obligaciones en virtud de la Carta y las resoluciones de cese del fuego y por poner en peligro el mantenimiento de la paz. Asimismo, señaló que Líbano tenía derecho a una reparación adecuada por la destrucción sufrida por Israel⁵².

De igual modo, tampoco se aceptó la tesis de la legítima defensa cuando Israel bombardeó la sede de la OLP en Túnez en 1985. De acuerdo a las Fuerzas de Defensa de Israel, la llamada operación "*Wooden Leg*" se dio en respuesta a una serie de ataques terroristas contra objetivos israelíes. El último ataque que llevó a la acción de Israel fue el asesinato de tres israelíes en un yate anclado en Chipre, cuya responsabilidad fue asumida por la OLP⁵³. Este ataque israelí fue también condenado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, quien en esta oportunidad señaló que la agresión

⁵² Véase más en: Resolución 262 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/74CFF7BFF73F9EA1852560C30061D11B>

⁵³ Véase más en: Sitio web de las Fuerzas de Defensa de Israel. Disponible en <https://www.idf.il/en/minisites/wars-and-operations/operation-wooden-leg-1985/>

llevada a cabo por Israel era un acto contrario a la Carta de Naciones Unidas, que impedía cualquier iniciativa destinada a establecer una paz global, justa y duradera en el Medio Oriente. También condenó el acto de agresión armada contra el territorio de Túnez, y requirió a los Estados miembros de Naciones Unidas que tomen medidas para disuadir a Israel de recurrir a tales actos contra la soberanía y la integridad territorial de todos los Estados. Finalmente, el Consejo de Seguridad consideró que Túnez tenía derecho a una reparación adecuada como resultado de la pérdida de vidas humanas y del daño material sufrido⁵⁴.

Un último ejemplo es el de Estados Unidos en la operación “Dorado Canyon” en Libia. Se trató de un bombardeo a una base de misiles en Libia en 1986. El entonces presidente de Estados Unidos, Ronald Reagan consideraba a Muamar Gadafi, ex presidente libio, como el principal instigador del terrorismo en el mundo, y unilateralmente decidió llevar a cabo una campaña para aislar a dicho régimen. Sin embargo, el hecho que llevó a tomar acción por parte de Estados Unidos fue que apenas unas semanas antes una bomba explotó en una discoteca en Berlín frecuentada por soldados estadounidenses, matando a dos personas e hiriendo a más de 200. “Diez días después las tropas norteamericanas bombardeaban distintos puntos de Trípoli y Bengasi” (Morera, 2014: 356). Sobre la base de una serie de mensajes libios interceptados por agentes de inteligencia estadounidense, se concluyó que los agentes libios en Berlín habían sido los responsables tal explosión⁵⁵.

Como parte de tales acciones llevó a cabo dicho bombardeo; sin embargo, este fue condenado solo por la Asamblea General de Naciones Unidas, dado que en Consejo de Seguridad Estados Unidos vetó dicha resolución. La Asamblea General, en consecuencia, señaló su preocupación en torno a las amenazas y provocaciones agresivas, y la imposición de sanciones culturales y económicas contra Libia, señalando que el ataque aéreo y naval perpetrado contra las ciudades de Trípoli y Benghazi constituía una grave amenaza para la paz y la seguridad en la región del Mediterráneo. Finalmente, solicitó al gobierno de Estados Unidos que se abstenga de la amenaza o el uso de la fuerza en la solución de controversias y diferencias con Libia, y que más bien recurra a medios pacíficos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Y

⁵⁴ Véase más en: Resolución 573 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/504B1C4724EDEF94852560DF00628B87>

⁵⁵ Véase más en: Diario El País: “Dos muertos en la explosión de una bomba en una discoteca de Berlín Oeste frecuentada por soldados norteamericanos”. Publicada el 6 de abril de 1986. Disponible en: https://elpais.com/diario/1986/04/06/internacional/513122405_850215.html

afirmó el derecho de Libia a exigir una compensación adecuada por las pérdidas materiales y humanas recibidas⁵⁶.

En estos tres ejemplos se condena el recurso a la legítima defensa contra Estados, a partir de la comisión de acciones terroristas. Sin embargo, no fue sino hasta el 2001 que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas avaló, por primera vez, la tesis que sostenía la posibilidad de ejercer el derecho de uso de la fuerza en legítima defensa tras el ataque del 09/11. Tras dicho evento, Estados Unidos, llevó a cabo la operación “*Enduring Freedom*” en Afganistán, alegando que los ataques del 9/11 fueron posibles por el apoyo del régimen talibán a Al-Qaeda.

Sin embargo, a diferencia de los casos en donde la tesis de legítima defensa fue rechazada, en esta oportunidad el recurso a la legítima defensa de Estados Unidos recibió la aprobación de la comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia, el Consejo de Seguridad aprobó las Resoluciones 1368 y 1373 condenando los ataques del 11 de septiembre y reafirmando el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva. Como resultado de las dos resoluciones del Consejo de Seguridad y del apoyo abrumador de la comunidad internacional, se ha abierto una interpretación más amplia y discrecional del recurso a la legítima defensa para eximir de responsabilidad frente al uso de la fuerza.

Tomando ello como antecedente, en la lógica de la construcción de muros fronterizos, Israel, por ejemplo, ha apelado a las mencionadas Resoluciones de Consejo de Seguridad para justificar la construcción del muro fronterizo. Así, en la 21 sesión extraordinaria de emergencia de la Asamblea General de Naciones Unidas que:

La posición de Israel respecto de la construcción de una valla, su base legal y los detalles de la campaña terrorista sin precedentes contra sus ciudadanos israelíes, ha hecho que la valla sea una necesidad (...). En primer lugar, la necesidad de establecer una barrera de seguridad contra la infiltración de terroristas es el producto directo de la estrategia palestina continua para alentar y tolerar el terrorismo que ha costado cientos de vidas inocentes y amenaza a miles más. En segundo lugar, una cerca de seguridad ha demostrado ser uno de los métodos no violentos más efectivos para prevenir el terrorismo en el corazón de las áreas civiles. La valla es una medida totalmente compatible con el derecho de los Estados a la legítima defensa consagrada en el Artículo

⁵⁶ Véase más en: Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Documento A/RES/41/38 del 20 de noviembre de 1986. Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r038.htm>

51 de la Carta. Las resoluciones del Derecho internacional y del Consejo de Seguridad, incluidas las resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001), reconocen claramente el derecho de los Estados a utilizar la fuerza en legítima defensa contra los ataques terroristas y, por consiguiente, reconocen el derecho a utilizar medidas⁵⁷. [Traducción y énfasis propios]

Sobre el particular, la CIJ en la opinión consultiva negó que la situación acontecida entre Palestina e Israel encaje en los supuestos abarcados por el Consejo de Seguridad. Sobre la materia señaló que:

El Estado de Israel no alega que los ataques dirigidos contra él sean imputables a un Estado extranjero [en este caso Palestina]. La corte señala también que Israel ejerce el control en el territorio palestino ocupado y que, como señala él mismo, la amenaza por la que considera justificada la construcción del muro proviene de dentro, no de fuera, de ese territorio. Por lo tanto, la situación es diferente de la que se prevé en las resoluciones del Consejo de Seguridad 1368 (2001) y 1373 (2001), razón por la cual Israel no puede en ningún caso invocar esas resoluciones para apoyar su argumentación de que está ejerciendo su derecho de legítima defensa. Por consiguiente, la corte concluye que el artículo 51 de la Carta no es pertinente en este caso. [Énfasis propio]

Sin perjuicio de lo señalado por la CIJ, habría que problematizar si respecto de otros casos un Estado podría alegar el recurso a la legítima defensa para construir un muro fronterizo. Es opinión de la autora que esto no es posible debido a que un muro fronterizo no sería una respuesta inmediata frente a un eventual ataque terrorista por parte de un grupo apoyado por un tercer Estado (como el régimen talibán con Al Qaeda), sino que más bien, la naturaleza estable e indisoluble de un muro físico construido en la frontera da cuenta, más bien, de una política a largo plazo, que tiene, más bien, una vocación de permanencia en el tiempo. En consecuencia, apelar a la legítima defensa para la construcción de un muro fronterizo desnaturaliza la esencia propia de este recurso, pues no es un mecanismo proporcional que pueda hacerle frente a una situación inminente.

3.5.2. Estado de necesidad

En cuanto a la causal de estado de necesidad, el artículo 25 del Proyecto señala:

⁵⁷ Véase más en: Asamblea General de las Naciones Unidas. 21 periodos de sesiones extraordinarias de emergencia Documento A/ES-10/PV.21, publicada el 20 de octubre de 2003. Disponible en: <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/534E668989EA4AE685256E1500708DAF>

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave o inminente; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

De una lectura del mencionado artículo se desprende que existen ciertas condiciones que deben mediar para que se pueda apelar al estado de necesidad como una circunstancia válida para excluir la ilicitud de la construcción de un muro. Desde sus inicios, el Estado de necesidad estaba asociado al concepto de autopreservación. Como señala Boed:

That is to say, when a threat to self-preservation arose, it was considered justified to take any steps necessary to preserve one's existence, even if such steps would have been unlawful had they been taken in the absence of a threat to self-preservation (2000: 4).

Sin embargo, esta noción ha ido transformándose con el paso de los años, puesto que los Estados habían venido apelando al estado de necesidad de manera irrestricta, convirtiendo este concepto en un cajón de sastre. Sobre el particular, el profesor Roberto Ago, desarrolló la noción de necesidad de la siguiente manera:

The necessity is not a right emanating from the right of self-preservation, but rather an excuse to breach a State's international obligation when necessary to protect an essential interest. (...) In invoking necessity, a State does not assert a right in defense of its violation of the right of another State, but rather asserts that, under the circumstances, international law should excuse its conduct. (Boed, 2000: 19)

En línea con lo anterior, se puede concluir que el propósito del estado de necesidad es accionar en favor de los intereses esenciales del Estado o de la comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia, se sostiene que para apelar a esta causal como excluyente de responsabilidad, debe encontrarse un conflicto o una situación

irreconciliable entre un interés esencial de un Estado, y una obligación internacional en donde no queda mayor alternativa que sustraerse de esta última. Es en esta contraposición que el Estado justifica el incumplimiento de una obligación internacional con la finalidad de salvaguardar un bien superior.

Así, se torna relevante e incluso mandatorio la realización de un test de proporcionalidad para verificar que el incumplimiento de una obligación se justifica en el contexto específico. En el mismo sentido, la CIJ, en el caso relativo al Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría vs. Eslovaquia), desarrolló que:

51. The state of necessity is a ground recognized by customary international law for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation. (...) The state of necessity can only be invoked under certain strictly defined conditions, which must be cumulatively satisfied; and the State concerned is not the sole judge of whether those conditions have been met. (...)

53. The Court has no difficulty in acknowledging that the concerns expressed by Hungary for its natural environment in the region affected by the Gabcikovo-Nagymaros Project related to an "essential interest" of that State, within the meaning given to that expression in Article 33 [25] of the Draft of the International Law Commission. [Énfasis propio]

Señalado ello, se analizará si un Estado puede justificar la vulneración de una obligación internacional a partir de la construcción de un muro fronterizo apelando a la causal de estado de necesidad. Un muro fronterizo supone imponer una política migratoria no necesariamente acorde a estándares internacionales de derechos humanos, y que normalmente no distingue entre aquellos que pueden requerir protección internacional, o que huyen de una situación de conflicto armado, de los que no, por ejemplo. En consecuencia, la cuestión de invocar el estado de necesidad en defensa del cierre de fronteras surge solo si el Derecho internacional impone a los Estados la obligación de no rechazar a los solicitantes de asilo de sus fronteras (Boed, 2000: 19). Como el Derecho internacional sí impone esta obligación tendría que evaluarse, además de la necesidad, si las normas en cuestión admiten o no acuerdo en contrario (*ius cogens*). En este supuesto específico, existen distintas fuentes normativas internacionales imponen esa obligación, por el ejemplo, la prohibición de rechazo en frontera y la no devolución.

Ahora bien, este no es el único caso en el cual los Estados pueden invocar el estado de necesidad con la finalidad de excluirse de responsabilidad internacional. La CIJ, en la opinión consultiva del muro construido en territorios ocupados palestinos, destacó:

140. La corte ha examinado la cuestión de si Israel podría invocar el estado de necesidad como motivo de exclusión de la ilicitud de la construcción del muro. A este respecto, la corte debe señalar que algunos de los Convenios que se examinan en relación con este caso contienen cláusulas que limitan los derechos garantizados o disposiciones que prevén la suspensión de tales derechos. (...) La corte no está convencida de que la construcción del muro a lo largo del trazado elegido fuera la única forma de salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro que ha invocado como justificación de esa construcción.

141. Lo cierto sigue siendo que Israel tiene que afrontar muchos actos de violencia indiscriminados y mortíferos contra su población civil. Tiene el derecho, y en realidad el deber, de responder a esos actos a fin de proteger la vida de sus ciudadanos. No obstante, las medidas que tome deben estar en consonancia con el Derecho internacional aplicable.

142. En conclusión, la corte considera que Israel no puede invocar el derecho de legítima defensa ni el estado de necesidad como causas de exclusión de la ilicitud de la construcción del muro. Por consiguiente, la corte determina que la construcción del muro, y su régimen conexo, contravienen el Derecho internacional. [Énfasis propio]

En la línea de lo señalado por la corte, habría que volver a formular la pregunta: ¿Es un muro la única alternativa para evitar una problemática específica? O es que acaso ¿existen otras medidas que, a su vez, puedan alinearse más al respeto del *corpus iuris* de obligaciones de los Estados? En este punto, la corte acierta al afirmar que, con la finalidad de salvaguardar sus propios intereses, existen medidas más apropiadas que la construcción de un muro. Es decir, la construcción de un muro fronterizo no debe ser una justificación que se utilice, como la última, para salvaguardar una situación que suponga un riesgo para el Estado. Habría que considerar el planteamiento de una política migratoria que sea más acorde a las necesidades de seguridad del Estado, y que a la vez se alinee a los estándares de derechos humanos.

Finalmente, importa hacer hincapié en que un muro fronterizo, por su naturaleza permanente, es un objeto que potencialmente vulnera derechos y obligaciones contenidas en instrumentos tanto de DIDH como de DIH. Por lo tanto, apelar al estado

de necesidad para justificar su presencia y vulnerar obligaciones convencionales resulta inapropiado y contrario al Derecho internacional.

3.6. Tipos de responsabilidad internacional que puede tener un Estado por la construcción de muros fronterizos

Como se vio en capítulos anteriores, el Estado, en su personalidad pasiva puede ser objeto de reclamaciones internacionales. En ese sentido, el presente acápite explorará qué tipos de responsabilidad podría tener el Estado en caso de incumplir una obligación internacional a propósito de la construcción de un muro fronterizo.

En los últimos años, distintos mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales se han constituido con la finalidad de fortalecer el respeto de las obligaciones contenidas en los distintos instrumentos jurídicos internacionales. Puede señalarse, en consecuencia, que el proceso de humanización ha permitido la adopción de nuevos mecanismos para su aplicación, imponiendo sanciones y reparaciones por los daños causados.

De esta manera, se pueden identificar por lo menos tres vías por las cuáles el Estado podría responder internacionalmente por la comisión de un hecho ilícito vinculado a la vulneración de un derecho humano. De un lado, las reclamaciones que pueden incoar los individuos frente a un sistema de protección de derechos humanos, y que terminan en un fallo de una corte o tribunal de derechos humanos. De otro lado, se pueden formular demandas interestatales ante cortes como la CIJ, en donde se discutan asuntos vinculados a obligaciones internacionales, incluso si estas versan sobre materias de derechos humanos. Y, aunque sus resoluciones no tienen el carácter vinculante que tienen las cortes internacionales, los órganos cuasi jurisdiccionales también resuelven controversias más específicas vinculadas a la vulneración de un derecho, por ejemplo, los Comités de Naciones Unidas.

Sin perjuicio de ello, es importante destacar la importante labor que desempeñan las cortes internas en el respeto y protección de derechos y obligaciones. Son estos órganos los que, sin duda, tienen un rol esencial en el sistema de responsabilidad internacional. Como se ha señalado, los órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales deben funcionar, más bien, en defecto de la actuación del Derecho interno, es decir subsidiariamente. De ahí la importancia de que los órganos jurisdiccionales del Derecho

interno puedan activarse frente a escenarios en donde existan potenciales violaciones de derechos u obligaciones, como la construcción de un muro fronterizo, conforme lo hizo, por ejemplo, el tribunal supremo israelí. Por lo tanto, el primer llamado a resolver controversias suscitadas por la vulneración de un derecho siempre será el propio Estado a través de sus instancias jurisdiccionales.

3.6.1. Individuo – Estado: el rol de las cortes de derechos humanos

En este acápite, se analizará cómo los individuos pueden accionar frente a la vulneración de sus derechos ante una corte internacional. Para ello, es imprescindible señalar que, con propósito del proceso de humanización al que se hizo referencia en el capítulo II, distintos sistemas de protección de derechos humanos, se fueron fundando con el propósito de dotar de contenido las obligaciones internacionales, así como dar respuesta a la vulneración de derechos, cuando los Estados no lo hacían.

De esta manera, la aparición del DIDH como un capítulo esencial del Derecho internacional, ha permitido la construcción de sistemas de protección internacional. Estos sistemas, se encuentran “dotados de tribunales internacionales en operación— hoy se reconoce, a la par de su personalidad jurídica, también la capacidad procesal internacional de los individuos” (Cançado Trindade, 2007: 280). En esa línea, parece ser consecuencia natural del proceso de humanización que los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, conciben mecanismos para hacerlos respetar y garantizar en todas sus dimensiones. Así, pues, “el derecho de petición individual internacional se erige como el mecanismo jurídico de emancipación del ser humano *vis-à-vis* el propio Estado para la protección de sus derechos en el ámbito del DIDH” (Cançado Trindade, 2007: 280).

Tomando ello en consideración, puede concluirse que, frente a la presencia de un muro fronterizo, un individuo agraviado cuenta con la capacidad para accionar frente al Estado involucrado en su construcción, siempre que el daño se haya cometido en la jurisdicción del mismo. Por solo citar un ejemplo, podría ser que un individuo intente cruzar la valla en Ceuta (Marruecos – España), y en el tránsito se vea afectado por una alambrada de púas. A ello, podría sumarse una situación de mayor riesgo, como la posibilidad de que se trate de una persona que huye de una situación de persecución, es decir que requiera de protección internacional. Dichas circunstancias podrían llevar a que el individuo en cuestión, inicie un proceso de tutela de derechos contra el Estado que lo afectó, en este

caso hipotético, España. Si las cortes internas españolas no llegaran a resolver favorablemente su petición, y agotados los recursos internos, el individuo se siga encontrando en desprotección, podría acceder al sistema europeo de derechos humanos, que se enmarca en el Consejo de Europa. En ese contexto, podría alegar la vulneración de su derecho a la integridad o salud, sumando a la prohibición de devolución, o no rechazo en frontera, y caracterizarlo en alguno de los derechos contenidos en el CEDH, con la finalidad de que el TEDH pueda analizar el caso.

3.6.2. Individuo – Estado: el rol de los órganos cuasi jurisdiccionales

Ahora bien, en lo que respecta a los órganos cuasi jurisdiccionales o cuasi contenciosos, en los distintos sistemas de protección de derechos humanos se han contemplado mecanismos extra-jurisdiccionales que permiten el fortalecimiento de derechos, pero cuyas decisiones no son vinculantes para los Estados. Sin embargo, con el paso de los años, se ha hecho cada vez más evidente la necesidad de acatar dichos pronunciamientos, tanto más si los propios Estados reconocen las competencias de los mismos. Por ejemplo, en el caso de los Comités de Naciones Unidas, el CDH en su observación general N° 33 ha señalado que:

El carácter de los dictámenes del Comité dimana también de la obligación de los Estados partes de actuar de buena fe, tanto cuando participan en el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo como en relación con el propio Pacto. La obligación de cooperar con el Comité resulta de la aplicación del principio de la buena fe en el cumplimiento de todas las obligaciones convencionales.

En esa línea, importa destacar cuáles son las funciones desempeñadas por estos órganos. De acuerdo con Nash, estos se caracterizan por:

Emitir recomendaciones u opiniones a los Estados, ya sea en conocimiento de casos individuales, informes de la situación de derechos humanos en los Estados miembros, y comentarios generales sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales. En esta clasificación podemos ubicar la labor que desarrollan el CDH de Naciones Unidas, la CIDH y la Comisión Africana de Derechos Humanos, entre otros (2006: 215).

Así, por ejemplo, a nivel del sistema universal, distintos tratados de derechos humanos, como el referido PIDCP, contemplan mecanismos como el CDH que se orienta a la supervisión y protección de los derechos contenidos en el mencionado tratado. En el sistema de Naciones Unidas, el trabajo de estos órganos “se vincula directamente con

cada uno de los instrumentos a los cuales están adscritos” (Nash, 2006: 219). Quiere decir que, si un Estado incumple una obligación en materia de derechos humanos, contenida en el PIDCP, por ejemplo, a partir del riesgo que supone la presencia de un muro fronterizo, podría responder frente al CDH, que es el órgano encargado de supervisar el cumplimiento adecuado de los derechos ahí contenidos.

Si bien es cierto, los Comités cuentan con funciones que trascienden a la canalización de demandas individuales, debe recordarse que no todos los Comités despliegan funciones similares, sino que esto dependerá de las disposiciones señaladas en los Convenios que los crean.

Al igual que la función que cumplen los órganos jurisdiccionales, los Comités funcionan a defecto de la actuación de los ordenamientos jurídicos internos, es decir, subsidiariamente. Como señala Bregaglio:

Estos mecanismos son llamados cuasi contenciosos, en la medida que la resolución de los Comités que pone fin al procedimiento no es una sentencia en sentido estricto, ni dichos Comités son tribunales. A pesar de ello, el dictamen de los Comités tiene la apariencia formal de una sentencia. Para que estos mecanismos operen, los Estados deben aceptarlos, ya sea mediante una declaración expresa o mediante la omisión de una reserva. Ello es así porque si bien no son mecanismos contenciosos propiamente dichos, si establecen cierta responsabilidad de los Estados.

(...) El objeto de la comunicación es obtener un dictamen u opinión del Comité, en el que se pronuncie sobre si ha habido o no, violación de derechos, con el fin de obtener una reparación del Estado infractor. (...) En caso que el comité considere ha habido una violación de derechos, el Estado parte es requerido a remediarla. El resarcimiento del Estado parte hacia la víctima puede tomar diferentes formas, ya sea a través del pago de una indemnización, la satisfacción o la restitución al Estado anterior de las cosas (2013: 100, 101). [Énfasis propio]

Finalmente, en lo relacionado al sistema interamericano, importa destacar también la labor que realiza la CIDH en lo tocante a la defensa jurídica de los derechos contenidos en la CADH y en la DADDH. El mencionado órgano, dentro de sus múltiples competencias, también ejerce una función cuasi – jurisdiccional, en el sentido en que

canaliza y brinda, mediante recomendaciones, una respuesta jurídica a las peticiones formuladas por los individuos⁵⁸.

Visto ello, se puede concluir que existen diversos mecanismos puestos a disposición de los individuos con la finalidad de que sus derechos puedan ser salvaguardados en instancias internacionales, frente a la inacción de los Estados. Como se observa, aun cuando los Estados están obligados por el principio de buena fe, sigue siendo su potestad acatar tal declaración de responsabilidad. Y, en consecuencia, acatar las medidas ordenadas por estos órganos, tales como la reparación de los daños ocasionados en materia de violación de derechos humanos.

3.6.3. Estado – Estado: un análisis de eventuales demandas interestatales

Al igual que las demandas formuladas por el individuo frente a un sistema de protección de derechos humanos, también los Estados cuentan con legitimidad activa para demandar a otros Estados frente al incumplimiento de obligaciones. En este caso, a partir de las afectaciones constatadas por la presencia de un muro fronterizo. Cabe destacar que, en este terreno, se puede evaluar también la responsabilidad internacional por daño transfronterizo.

Debe recordarse que existen distintos foros en donde se dilucidan este tipo de controversias, por ejemplo, frente a sistemas de derechos humanos, como el sistema interamericano o europeo también los Estados pueden demandar a otros Estados frente al incumplimiento de una obligación en materia de derechos humanos, sin embargo, no es una modalidad normalmente empleada por los mismos. Como adecuadamente sostiene Alija:

A la luz de la práctica internacional en la materia, la potencial utilidad de este mecanismo para proteger los derechos humanos parece más hipotética que real. Es más: se revela casi ilusoria, a la vista del escaso uso que hasta la fecha se le ha dado, uso que, además, ha atendido en la mayoría de los casos a intereses politizados y muy alejados del genuino altruismo que debería orientar la defensa de los derechos humanos (2011: 3).

Existen, más bien otros espacios abocados a conocer específicamente este tipo de demandas, arbitrajes o cortes especializadas en este tipo de controversias. En este

⁵⁸ Véase más en: Reglamento de la CIDH. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>

acápites se estudiará, principalmente la labor desempeñada por la CIJ en la atención a que su competencia se circunscribe a la resolución de demandas interestatales.

La CIJ se erigió como un órgano jurisdiccional en el seno de la ONU. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 34.1 de su estatuto “solo los Estados podrán ser partes en casos ante la corte”. Esta disposición refleja la posición del Derecho internacional que, desde la creación de la CPJI en 1922, tenía como sujeto de derecho exclusivo a los Estados, y cuando la idea de que las personas o entidades distintas del Estado podían convertirse en personas en el Derecho internacional era casi impensable (Meron, 2006: 425).

Pese a ello, fue gracias al proceso de humanización, que la CIJ fue ampliando sus competencias, pronunciándose no solo sobre cuestiones de Derecho internacional general, sino también sobre materias vinculadas al individuo⁵⁹, en particular a derechos humanos e incluso DIH. Como señala Meron:

If initially, the ICJ has not been a central player in the human rights and humanitarian law field, over the years its judgements have made an ever more important contribution to both. Few human rights treaties have a *compromis* clause referring cases to the Court, and other mechanisms are in place to adjudicate breaches of these treaties. (...)

Ello pone en evidencia que hoy en día la corte tiene la capacidad de conocer casos vinculados a la vulneración de un derecho humano o una obligación de DIH. Sus competencias son mucho más amplias en relación a años atrás, y su capacidad para determinar la responsabilidad internacional y ordenar reparaciones es, hoy en día, indiscutible.

A modo de conclusión, se han examinado tanto los mecanismos jurisdiccionales como las cortes de derechos humanos y la CIJ, así como los mecanismos cuasi jurisdiccionales creados al interior de los propios sistemas de protección de derechos humanos. En cuanto a los mecanismos jurisdiccionales, las distintas cortes de derechos humanos a nivel internacional, ejercen dentro de sus competencias, la función contenciosa, vale decir, conocen subsidiariamente, en forma y fondo, aquellas violaciones de derechos humanos contenidos en su tratado constitutivo o fundacional.

⁵⁹ Véase más en: CIJ, Caso “A.S. Diallo (Guinea vs. República Democrática del Congo)”, año 2007, pár. 160

De esta manera, siempre que los Estados hayan reconocido dichas competencias, sus sentencias son vinculantes para las partes en el proceso, y por lo tanto los Estados que incurran en responsabilidad internacional deberán de reparar a las eventuales víctimas.

En lo que respecta a la CIJ, este órgano solo tiene competencia para conocer demandas interestatales. En consecuencia, la función desarrollada por esta corte perfectamente podría conocer una causa vinculada a la controversia suscitada entre Estados por la construcción de un muro fronterizo. Sumado a ello, podría emitir un pronunciamiento sobre la vulneración o no derechos, determinando la correspondiente responsabilidad internacional y las reparaciones pertinentes.

Por último, se encuentran también los mecanismos cuasi jurisdiccionales o cuasi contenciosos, como los Comités a nivel del sistema universal, o la CIDH, a nivel del sistema interamericano. Estos actúan también de manera subsidiaria, canalizando demandas individuales frente a la vulneración de derechos por parte de los Estados que han aceptado su competencia. Sin perjuicio de que sus pronunciamientos no sean, en estricto vinculantes, debe destacarse, como señala Urioste que “el incumplimiento de una recomendación u observación del órgano internacional de control, aunque no genera responsabilidad, exige a los Estados cumplir por el principio de buena fe, lo cual genera la disposición de aceptar la interpretación sugerida por el órgano internacional (1997: 235).

3.7. Reparaciones por la construcción de muros fronterizos

No es propósito de esta investigación realizar un estudio pormenorizado de las reparaciones o su tipología. Por el contrario, el objetivo de esta sección es poner en evidencia que los órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales internacionales, pueden, tras reconocer la responsabilidad internacional, ordenar reparaciones contra aquel Estado que infrinja obligaciones internacionales a partir de la construcción de un muro fronterizo.

Si bien la doctrina trató de mantener una visión amplia de lo que constituía la reparación, así como sus destinatarios, no debe perderse de vista que el Derecho internacional clásico tenía como sujeto exclusivo y excluyente al Estado, por lo cual, la reparación durante un largo periodo de tiempo se entendió como la obligación de subsanar una obligación internacional que afectaba al Estado en toda su dimensión, excluyendo al

individuo de tal derecho. Como lo estableció la CPIJ en el caso “The factory at Chorzow” (Alemania vs. Polonia) en el año 1928:

125. Reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in, all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it—such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law. [Énfasis propio]

De esta manera, el Derecho internacional contempla la obligación de reparar, tanto por la comisión de un hecho lícito (daño transfronterizo), como por un hecho ilícito internacional. Como se ha abordado a lo largo de la investigación, la contravención de una obligación internacional, traducida en la vulneración de un derecho humano o una norma de DIH, pueden ser cuestionadas internacionalmente. Todo ello no solo permite la determinación de responsabilidad internacional, sino que conlleva también la obligación de los Estados de reparar, ya sea a un Estado, ya sea a la víctima o a ambos. En esa línea, “según las circunstancias de cada caso, el deber de reparar los daños puede, entonces, ser cumplido en beneficio de Estados o de individuos, sea quien fuere el perjudicado” (Cançado, 2003: 25).

De esta manera, puede afirmarse que el objetivo detrás de las múltiples formas de reparación es poner fin a la violación del derecho u obligación vulnerado y brindar una satisfacción a la víctima o Estado. Ahora bien, “la plena *reparatio* no borra la violación perpetrada contra los derechos humanos, sino que más bien hace cesar todos sus efectos, evitando de esta manera, al menos, la agravación del daño ya causado, además de restaurar la integridad del orden jurídico, así como la de las víctimas” (Cançado, 2003: 28).

Finalmente, en el marco de las contravenciones de derechos que se den con propósito de un muro fronterizo, es importante hacer referencia a lo señalado por la CIJ. Aunque el pronunciamiento se haya dado en el marco de su competencia consultiva, este órgano jurisdiccional en el caso del muro construido en territorios ocupados palestinos determinó la responsabilidad internacional de Israel, y ordenó una serie de medidas de reparación. Así, en cuanto a las obligaciones de derechos humanos y de DIH:

147. Como la corte ha concluido que la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén oriental y sus alrededores, y su régimen conexo, son contrarias a varias de las obligaciones internacionales de Israel, se desprende de ello que el Estado ha incurrido en responsabilidad con arreglo al Derecho internacional.

145. En lo tocante a las consecuencias jurídicas para Israel, se alegó que Israel tiene, en primer lugar, la obligación jurídica de poner fin a la situación ilegal deteniendo de inmediato la construcción del muro en el territorio palestino ocupado, y de dar seguridades y garantías adecuadas de no repetición. Se argumentó que, en segundo lugar, Israel tiene la obligación jurídica de reparar los daños causados por su conducta ilícita. Se sostuvo que dicha reparación debía en primer término asumir la forma de restitución, a saber, demolición de las partes del muro construidas en el territorio palestino ocupado y anulación de los actos jurídicos vinculados con su construcción y la devolución de los bienes requisados o expropiados con tal fin; la reparación debería comprender también una adecuada compensación para las personas cuyos hogares o propiedades agrícolas fueron destruidos.

Asimismo, se alegó que Israel tiene el deber permanente de cumplir con todas las obligaciones internacionales que ha violado como consecuencia de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado y del régimen conexo. Se argumentó también que, con arreglo a lo dispuesto en el Cuarto Convenio de Ginebra, Israel tiene la obligación de buscar y hacer comparecer ante sus tribunales a las personas denunciadas por haber cometido, u ordenado que se cometieran, violaciones graves del DIH emergentes de la planificación, la construcción y la utilización del muro.

162. La corte ha llegado a la conclusión de que la construcción del muro por Israel en el territorio palestino ocupado es contraria al Derecho internacional y ha expuesto las consecuencias jurídicas que corresponde extraer de dicha ilicitud (...). [Énfasis propio]

Ello da cuenta de que la construcción de un muro fronterizo no solo puede dar lugar a responsabilidad internacional, sino que activa la obligación de reparar los daños ocasionados. En conclusión, este acápite ha buscado demostrar que, frente a la responsabilidad internacional de los Estados, existen consecuencias que se traducen en reparaciones. Estas reparaciones pueden ser de diferentes tipos, orientas al Estado afectado, a víctimas individualizadas, o a ambos.

En el presente capítulo se ha planteado una clasificación de los muros fronterizos que se encuentran contruidos en la actualidad, identificando de un lado, los muros en contextos de ocupación, y de otro lado los muros en contruidos en el territorio del propio Estado. A partir de este planteamiento, se han estudiado las implicancias jurídicas a partir de los pronunciamientos desarrollados por instancias jurisdiccionales nacionales e internacionales. Así, por ejemplo, el tribunal supremo israelí ha analizado la conveniencia o no de la construcción de un muro fronterizo en determinados trayectos; de igual modo, la opinión consultiva de la CIJ ha supuesto un importante hito para comprender cómo la presencia de este objeto puede llegar a vulnerar determinados derechos humanos y obligaciones de DIH. Como se advirtió, estos pronunciamientos son apenas incipientes y limitados a un contexto muy particular, por lo que no dan cuenta de toda la realidad compleja que supone la construcción de un muro fronterizo.

Si bien es cierto resulta complejo formular un análisis concluyente y general a partir de cada una de las realidades en las que se construye un muro, lo cierto es que este fenómeno puede y debe ser estudiado a partir de distintas consideraciones e instrumentos que el Derecho internacional provee. Esta investigación ha utilizado las fuentes convencionales de DIDH y DIH para el estudio de los derechos u obligaciones vulneradas.

Por último, una vez identificados los derechos y obligaciones restringidas, y eventualmente vulneradas, se ha examinado las consecuencias en el terreno de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. En ese sentido, los daños ocurridos a partir de la presencia de un muro fronterizo, podrían caracterizar como una vulneración a una norma convencional atribuible el Estado que lo construye. En dichas eventualidades, los individuos, o incluso los propios Estados podrían activar una reclamación internacional con la finalidad de obtener una reparación frente a las afectaciones causadas.

Conclusiones

1. La construcción de muros fronterizos no corresponde a un hecho o fenómeno actual. Todo lo contrario, ha estado presente incluso desde siglos antes de Cristo, y da cuenta que, desde tiempos remotos, la noción de defensa y protección territorial estaba presente entre los diferentes grupos de personas.
2. En los contextos fronterizos ha aparecido una multiplicidad de nomenclaturas que se han ido adoptando para calificar a los diversos objetos de división fronteriza. Esta investigación, siguiendo lo señalado por la CIJ en la opinión consultiva sobre la construcción de un muro en territorios ocupados palestinos, ha empleado el término “muro fronterizo”.
3. En un contexto fronterizo se ponen de manifiesto las diversas dinámicas e interacción de las comunidades que ahí radican. Estas pueden estar marcadas por un profundo intercambio o una situación de conflicto, hechos que harán más o menos hostil la presencia de un muro en la frontera.
4. Tras la caída del muro de Berlín, las fronteras en el mundo tendieron –en un primer momento, más hacia la convergencia, es decir, hacia la cooperación e interdependencia, y quizás el mejor ejemplo de ello ha sido (y sea) el establecimiento de la zona Schengen en el continente europeo. Sin lugar a dudas, la globalización erosionó el concepto tradicional de soberanía estatal, haciendo de las fronteras un espacio más poroso, de tránsito más flexible y de intercambio más intenso. Sin embargo, no todo fue positivo en este periodo pues la globalización repercutió de manera negativa en determinados ámbitos, cuyo impacto se sintió más en la desigualdad social y económica que experimentaron algunos Estados. Precisamente, son estas consecuencias las que dan origen a que los Estados nuevamente amurallen sus fronteras. En ese sentido, un hallazgo es que en la actualidad existen cerca de setenta muros construidos en las fronteras de los Estados.
5. Las dos principales razones por las cuales los Estados han amurallado sus fronteras son: evitar la inmigración y protegerse frente a una eventual agresión externa. Estos factores evidencian que, en un mundo globalizado, la construcción de muros fronterizos se erige como una de sus contradicciones más

notorias, pues lejos de coadyuvar a la integración e interdependencia, han significado un retorno a una visión clásica de Estado y soberanía, en donde las fronteras eran espacios altamente rígidos y cerrados.

6. No existe en el Derecho internacional un marco jurídico que prohíba la construcción de muros fronterizos, por el contrario, la regla es que en contextos limítrofes solo existan tratados suscritos entre los Estados que establezcan la delimitación territorial de cada uno de ellos. Mientras que la excepción es que, a falta de acuerdo, los Estados solucionen sus controversias a través de mecanismos jurisdiccionales, como el sometimiento de estas ante el fuero de la CIJ. En consecuencia, resulta trascendental que los Estados establezcan los límites de su territorio porque en este espacio despliegan su soberanía.
7. Este vacío jurídico sobre la materia no significa, en modo alguno, que no existan consecuencias jurídicas por la presencia de un muro fronterizo, toda vez que estos objetos podrían generar responsabilidad internacional aun cuando sean lícitos. Se ha revisado, en esa línea, que un muro fronterizo, incluso siendo considerado como un hecho lícito, puede generar consecuencias jurídicas, afectando no solo medio ambiente (daño transfronterizo), sino también al individuo. Esto quiere decir que, pese a la licitud del objeto, un Estado podría incurrir en responsabilidad internacional por la construcción de un muro fronterizo.
8. Ahora bien, se han identificado dos razones que, analizadas conjuntamente, permitirían concluir que un muro fronterizo podría ser ilegal. De un lado, la evolución del concepto de soberanía a partir del proceso de humanización, el cual permite comprender que la soberanía no debe ser más entendida en su sentido clásico o absoluto, y que, por el contrario, su ejercicio debe considerar las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Y, de otro lado, la aplicación extraterritorial de obligaciones de derechos humanos.
9. Existen dos tipos de muros construidos en la actualidad. De un lado, los muros construidos en contexto de ocupación, y otros muros, que son los construidos en territorio del propio Estado. Sobre los primeros existe un mayor desarrollo sobre su ilegalidad; así, tanto tribunales internacionales como nacionales han

abordado las consecuencias de estos en el marco de las obligaciones del DIH y DIDH.

10. Un muro puede devenir en ilegal no solo si se construye en el territorio de un tercer Estado, como en el marco de una situación de ocupación, por ejemplo, sino también cuando, construido en el propio territorio, genera consecuencias fuera del mismo. En ese sentido, sin importar la localización del muro fronterizo, su ilegalidad se determinará a partir de un análisis *in situ*. Esto permitirá descartar rápidamente el argumento que apela a la soberanía para justificar su presencia y dar lugar a un análisis sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos. Para ello, será determinante emplear no solo el criterio de territorialidad, sino también el de jurisdicción.
11. El reto principal radica en determinar cómo un muro construido en el territorio del propio Estado, podría devenir en ilegal. En esa línea, se han identificado las posibles consecuencias en materia de ejercicio de derechos y obligaciones de DIH, tales como la restricción y/o vulneración de los mismos. A su vez, se ha propuesto una lista abierta de cuáles serían los derechos eventualmente restringidos o vulnerados desde el DIDH, así como los supuestos en los que se darían tales consecuencias, a partir de ejemplos concretos de contextos en los que hay muros fronterizos. De igual modo, se ha presentado un cuadro en el que se detallan las obligaciones de DIH que se podrían ver conculcadas frente a la presencia de este objeto, enumerándose desde las normas consuetudinarias, hasta las obligaciones contenidas en el Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya.
12. Teniendo ello presente, corresponde analizar si se puede o no determinar la responsabilidad internacional de acuerdo a los lineamientos del Proyecto de la CDI. Este indica que habrá responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos cuando concurren dos requisitos. El primero de ellos, que haya un hecho internacionalmente ilícito, que implica la violación de una obligación internacional. Al respecto, si bien se ha concluido que la construcción de un muro no viola, *per se*, el Derecho internacional, lo cierto es que sus consecuencias impactan en el individuo, y podrían caracterizar la vulneración de un derecho u obligación. El segundo requisito propuesto en el mencionado

Proyecto es que tal hecho sea atribuible al Estado ya sea por una acción u omisión.

13. Se ha identificado que, en el contexto de un muro fronterizo, solo dos causales de exclusión de responsabilidad podrían alegarse: legítima defensa y estado de necesidad. Cabe señalar que son precisamente estas dos causales las que fueron alegadas por Israel en la controversia desarrollada por la CIJ en la opinión consultiva sobre el muro construido en territorios ocupados palestinos.
14. Con relación a la apelación a la legítima defensa, esta no puede ser alegada debido a que este recurso es aplicable exclusivamente como respuesta a un ataque armado ilícito conducido por un Estado. Por lo tanto, un muro fronterizo, por su naturaleza estable y permanente, no resulta una respuesta inmediata a un ataque, por el contrario, se erige como parte de una política migratoria a largo plazo. Del mismo modo, se ha rechazado la tesis referente a la aplicación del estado de necesidad. Esto debido a que existen medidas alternativas o menos graves que pueden aplicarse frente a una situación límite, y que, a la vez, permitan acatar el *corpus iuris* de obligaciones de los Estados.
15. La responsabilidad internacional del Estado puede determinarse a través de distintos mecanismos. Dentro de ellos, se encuentran los jurisdiccionales, como los tribunales de derechos humanos, como por ejemplo la Corte IDH o el TEDH; y los tribunales que resuelven controversias entre Estados, exclusivamente, como la CIJ. Asimismo, se encuentran los mecanismos cuasi jurisdiccionales, los cuales se constituyen como mecanismo de control para el respeto de los mandatos contenidos en distintas fuentes convencionales, por ejemplo el CDH o la CIDH.
16. Por último, la determinación jurídica de responsabilidad internacional es el primero de los pasos que deberá dar lugar a la reparación. Es necesario que el establecimiento de responsabilidad internacional trascienda hacia la reparación al individuo o Estado afectado por la construcción de un muro fronterizo. En esa medida, se argumenta que los Estados están obligados a brindar una satisfacción integral a la parte agraviada. Esta determinación se hará de manera subsidiaria, a falta de actuación de los Estados que generen el daño.

Bibliografía

AKRAM, Susan y Michael LYNK

2006 “The Wall and the Law: A Tale of Two Judgements”. En *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Núm. 24

ALATOUT, Samer

2009 “Bringing abundance into environmental politics: Constructing a Zionist network of water abundance, immigration, and colonization”. En *Social Studies of Science*. Vol. 39, núm. 3

ALEXY, Robert

2009 “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Núm. 11, enero-junio.

ALIJA, Rosa Ana

2011 “Las quejas interestatales ante órganos judiciales o cuasi-judiciales de garantía de los derechos humanos: ¿Un mecanismo útil en situaciones de crisis?”. En *Revista de Estudios Internacionales*. Número 22, diciembre. Barcelona, España

ALTARES, Guillermo

2014 “El primer muro de occidente”. En *Diario El País*. Reportaje publicado en El País Semanal. Fecha de publicación: 14 de julio de 2014.

AMBOS, Kai

2013 “¿Castigo sin soberano? La cuestión del *ius puniendi* en derecho penal internacional: Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente”. En *Persona y derecho*. Vol. 68

AMILHAT SZARY, Anne-Laure

2013 “Cultura de fronteras”. En *Frontera, Fronteras*. Ed. UCALDAS Colombia

ARANGO, Joaquín

2007 “Las migraciones internacionales en un mundo globalizado”. En *Vanguardia dossier*. Número 22.

ARIAS, Felipe y Juliana GALINDO

2012 “El sistema interamericano de derechos humanos”. En BANDEIRA, George et al, *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*. Red de Derechos Humanos y Educación superior: Barcelona.

ARRONDO, Cristina

1997 *Del mundo de la bipolaridad al mundo de la globalización*. Rosario: Homo Sapiens Ediciones.

BARAK-EREZ, Daphne

2006 “Israel: The security barrier—between international law, constitutional law, and domestic judicial review”. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 4, núm. 3

BLANCO, Cristina, et al

2017 “Impacto de grandes proyectos en el mar caribe: A propósito de la solicitud de Opinión Consultiva a la corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: CANCADO, Antonio y Cesar BARROS *Derechos humanos y medio ambiente*. Expressão Gráfica e Editora: Fortaleza

BLÁZQUEZ MARTINEZ, José María

2003 “Babilonia”. En *Boletín de la Asociación Española de Orientalistas*. Núm. 39 Madrid.

BOED, Roman

2000 “State of Necessity as a Justification for Internationally Wrongful Conduct”. En *Yale Human Rights and Development Journal*. Vol. 3: Iss. 1, Article 1.

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y Luigi CONDORELLI

2000 “Common Article 1 of the Geneva Conventions revisited: protecting collective interests”. En *Revue internationale de la Croix-Rouge*. Vol. 82, no. 837.

BORELLI, Silvia

2015 “Jaloud v Netherlands and Hassan v United Kingdom: Time for a principles approach in the application of the ECHR to military action abroad”. En: *QIL, Zoom-in*. Núm. 16

BREGAGLIO, Renata

2013 “Sistema universal de protección de derechos humanos”. En BANDEIRA, George et al, *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*. Red de Derechos Humanos y Educación superior: Barcelona.

BROWN, Wendy

2010 *Walled States, Waning Sovereignty*. Nueva York: Zone Books

BROWNLIE, Ian

1998 *The Rule of Law in International Affairs: International Law*. Ed. Martinus Nijhoff publishers: Boston

BUTHA, Nehal

2016 *The Frontiers of Human Rights: Extraterritoriality and Its Challenges*. Oxford University Press: Oxford.

CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto

2007 “Hacia el nuevo Derecho internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del Derecho internacional”. En *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Núm. 50, Belo Horizonte, Brasil. nº 50.

2007 “La persona humana como sujeto del Derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”. En *Ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*. Del 9 al 20 de julio de 2007, en San José de Costa Rica.

2013 “El Deber del Estado de proveer reparación por daños a los derechos inherentes a la persona humana: Génesis, evolución, Estado actual y perspectivas”. En *Biblioteca corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.

CARBONELL, Miguel

2008 *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell: Quito.

CARLISLE, Lyndsay

2007 “Los muros y sus impactos en un contexto histórico mundial”. En CÓRDOVA, Ana y Carlos A. DE LA PARRA, *Una barrera a nuestro ambiente compartido: el*

muro fronterizo entre México y Estados Unidos. Ed. Instituto Nacional de Ecología: México

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio

2000 "Derechos Humanos y Derecho internacional". En *Isegoría revista de Filosofía moral y política*. Núm. 22. España

2004 *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos En Derecho internacional Contemporáneo*. Tecnos: Madrid.

2006 "El sistema internacional de los derechos humanos y la globalización". En *El Derecho internacional humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*. Marcial Pons: Madrid.

CASTLES, Stephen

2000 "Migración internacional a comienzos del siglo XXI: tendencias y problemas mundiales". En *Las migraciones internacionales 2000*, Revista internacional de ciencias sociales. Núm. 165

CENIC, Sonja

2007 "State Responsibility and Self-Defence in International Law Post 9/11: Has the Scope of Article 51 of the United Nations Charter Been Widened as a Result of the US Response to 9/11". En *Australian International Law Journal*. Vol. 14

CHAICHIAN, Mohammad A.

2014 *Empires and Walls: Globalization, Migration, and Colonial Domination*. Ed. Brill: Boston

CHIPANA, Claudio

2000 "Migración, globalización e identidad en la Europa de hoy". En *Yachay: Revista de filosofía*. Año 6, N° 4.

CHOMSKY, Noam

2005 "El proceso llamado globalización". En *Flacso*

CHUQUIHUARA, Luis

1994 *Perú en la aldea global*. Ed. Foro Peruano de Relaciones Internacionales: Lima.

CLEMENTE, Isabel

2010 “La región de frontera Uruguay-Brasil y la relación binacional: pasado y perspectivas”. En *Revista Uruguaya de Ciencia Política*. Vol. 19.

CÓRDOVA, Ana y Carlos A. DE LA PARRA

2007 *Una barrera a nuestro ambiente compartido: el muro fronterizo entre México Estados Unidos*. Ed. Instituto Nacional de Ecología y otros: México.

CRAWFORD, James et al

2001 “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading”. En *EJIL*. Vol. 12 No. 5.

CUJABANTE, Ximena

2009 “La seguridad internacional: evolución de un concepto”. En *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*. Vol. 4, núm. 2. Bogotá, Colombia.

DEL TORO, Mauricio

2007 “El principio de subsidiariedad en el Derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano de derechos humanos”. En BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

DEMERDASH, Nancy

2016 “Great Zimbabwe”. En *Smarthistory*. Publicado en el sitio web en octubre de 2016

DE LA MAR, Aneta

2014 “Muros y vallas contra la sociedad de bienestar”. En *Anuario Latinoamericano Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*. Vol. 1. Universidad Externado de Colombia

DIESBACH DE ROCHEFORT, Nicole

2002 “Frontera: ¿Muro divisorio o tejido de relaciones?”. En *Estudios Fronterizos*. Vol. 3, núm. 5.

DIEZ, Rodrigo

2012 “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema corte”. En *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 26, enero-junio.

DÖRMANN, Knut y José SERRALVO

2014 “Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian law violations”. En *International Review of the Red Cross*, 96 (895/896).

ESCOBAR, Concepción

2013 “Construyendo un sistema de Justicia Penal internacional: desarrollos recientes”. En *XXXIX Curso de Derecho internacional*. Comité Jurídico Interamericano/OEA, Río de Janeiro/Washington

ESPÓSITO, Carlos

2010 “Soberanía y Derecho internacional”. En *Estudios Internacionales*. Núm. 165. Instituto de Estudios Internacionales. Universidad de Chile

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Carlos María PELAYO

2012 “La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la corte interamericana: Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”. En *Centro de Estudios Constitucionales*. Vol. 10, núm. 2. Santiago, Chile

FIDLER, David

2004 “International Law and Weapons of Mass Destruction: End of the Arms Control Approach?”. En *Maurer School of Law: Indiana University*. Faculty articles, 417

GARCÍA ÁLVAREZ, César

2012 “San Agustín ante el Imperio de Oriente Historia y Creencia”. En *Byzantion Nea Hellás*. Núm. 31

GARGANTILLA, Pedro

2016 *Enfermedades que cambiaron la historia*. Ed. La Esfera de los Libros: España.

GENEVA ACADEMY

2018 “Military occupation of Western Sahara by Morocco”. En *RULAC*. Actualizado el 30 de enero de 2018

GRANADOS, Samuel y Zoeann MURPHY

2016 “Raising Barriers: A New Age of Walls”. En *The Washington Post*. Episodio 1. Publicado el 12 de octubre de 2016

GOLDSWORTHY, Adrián

2003 *The complete Roman army*. Londres: Thames & Hudson

2005 *El ejército romano*. Ediciones AKAL: Madrid

GONZÁLEZ, Roy

2016 “Los bordes del proteccionismo: límites y restricciones al ejercicio de los derechos humanos”. En *Ciencia Jurídica. Universidad de Guanajuato*. Año 4, núm. 8.

GULASEKARAM, Pratheepan

2012 *Why a Wall?* En *2 U.C. Irvine Law Review*. Núm 147

HATHAWAY, Oona

2011 “Human Rights Abroad: When Do Human Rights Treaty Obligations Apply Extraterritorially?” En *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 4722

HELD, David et al.

1999 *Global transformations: Politics, economics and culture*. Stanford University Press: Stanford

HINSLEY, Francis

1986 *Sovereignty*. Cambridge University Press: Cambridge

HOFFMANN, Stanley

2002 “Clash of Globalizations”. En *Foreign Affairs*. Vol. 81, No. 4.

HUMAN RIGHTS WATCH

2002 *United States: Abuses Plague Sept. 11: Investigation Checks on Government Authority Should Be Restored*. Publicado el 14 de agosto de 2002. Nueva York.

INFANTE, María Teresa

2016 "Las fronteras desde la perspectiva del Derecho internacional". En *Instituto de estudios Internacionales*. Universidad de Chile, vol. 48, núm. 185

JARILLO, Álvaro

2010 "Globalización y migración: el ciudadano en un nuevo orden". En *Globalización: Un enfoque multidisciplinar*. Tirant lo Blanch: Madrid.

KISSINGER, HENRY

2008 "Globalization and its discontents". En *The New York Times*. Publicado el 29 de mayo de 2008

KOHEN, Marcelo

2016 "Is the notion of territorial sovereignty obsolete?" En *Territoriality and international law*. Edward Elgar: Cheltenham

LAFER, Celso

1989 "Derecho y legitimidad en el sistema internacional: soberanía nacional y comunidad mundial". En *Foro internacional del Centro de Estudios Internacionales del Colegio de México*. Vol. XXIX, 4 (116) Abril-junio

LISÓN TOLOSANA, Carmelo

1994 "Antropología de la frontera". En *Revista de Antropología social*. Vol. 3.

LOWE, Vaughan

1999 "Overlapping Jurisdiction in International tribunals". En *Australian Year Book of International Law*. Vol. 11.

MARIÑO, Fernando

1999 *Derecho internacional Público [Parte General]*. Editorial Trotta: Madrid

MARTÍNEZ, Oscar J.

1994 *Border people: life and society in the US – México borderlands*. Ed. The University of Arizona Press: Tucson

MAXIM, Felicia

2012 "Attribution of conduct to a state-the subjective element of the international responsibility of the state for internationally wrongful acts". En *Challenges of the Knowledge Society*. Vol. 2

MEDINA, Cecilia

1996 "La interpretación de los tratados de derechos humanos". En MEDINA, Cecilia y Jorge, MERA (editores). *Sistema jurídico y derechos humanos. El Derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales.

MERON, Theodor

2006 *The Humanization of International Law*. Ed. Brill. The Hague Academy of International Law Monographs. Vol. 3

MILANOVIC, Marko

2011 *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*. Oxford: Oxford University Press

MOLLER, Bjorn

1996 "Conceptos sobre seguridad: nuevos riesgos y desafíos". En *Desarrollo Económico - Revista de Ciencias Sociales IDES*. Vol. 36, Núm. 143. Buenos Aires, Argentina.

MONCAYO, Guillermo

2007 "Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al derecho público argentino". En ABRAMOVICH, Víctor et al. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Editores del Puerto: Argentina.

MONTERO, Juan Luis

2012 *Breve historia de Babilonia*. Ed. Nowtilus: Madrid.

MORÉ MARTINEZ, Íñigo

2007 *La Vida en la Frontera*. Ed. Marcial Pons: Madrid

MORERA, Coral

2014 "Reagan vs. Gaddafi: la operación "El Dorado Canyon" y la prensa española (1986)". En *Historia y Comunicación Social*. Vol. 19

NADAL, Paco

2013 "Great Zimbabwe: el Machu Picchu africano". En *Diario El País*. Artículo tomado de El blog de viajes. Fecha de publicación: 17 de mayo de 2013.

NAGAN, Winston y Craig HAMER

2004 "The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations". En *UF Law Faculty Publications: University of Florida Levin College of Law*. Vol. 43, Colum. J

NASH, Claudio

2006 "La protección internacional de los derechos humanos". En OÑATE, Alfonso, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales*. Ed. Poder Judicial de la Federación: México.

NEVINS, Joseph

2002 *Operation Gatekeeper: The Rise of the "Illegal Alien" and the Making of the U.S.-Mexico Boundary*. Ed. Routledge: New York

NOVAK, Fabián

2001 *Derecho internacional Público*. Tomo II, Vol. 1. Fondo Editorial PUCP: Lima

2005 *Amenazas globales a la seguridad: el terrorismo*. Ed. IDEI, PUCP: Lima

NOWAK, Manfred

2006 "The International Covenant on Civil and Political Rights". En GÓMEZ, Felipe y Koen DE FEYTER, *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*. Universidad de Deusto, Ed. Humanitarian Net: Bilbao.

O'CONNELL, Mary Ellen

2002 "Lawful Self-Defense to Terrorism". En *Notre Dame Law School - Scholarly Works*. Paper 599, Vol. 63.

OHMAE, Kenichi

1990 *The Borderless World*. Ed. HarperBusiness: Estados Unidos

OIM

2018 *World Migration Report 2018*.

O'NEILL, Joseph R

2009 *Great Wall of China*. Ed. ABDO: Minnesota.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

2017 *International Migration Report 2017 - Highlights*

OROZCO, Gabriel

2006 "El concepto de la seguridad en la Teoría de las Relaciones Internacionales". En *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*. Núm. 72. Barcelona: España

ORTEGA, Andrés

2006 "Los Muros de la globalización". En *Foreign Policy Edición Española*. Núm. 13.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio

2001 *Curso De Derecho internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Tecnos: Madrid.

PÉCOUD, Antoine

2005 "Migración sin fronteras: una investigación sobre la libre circulación de personas". En *Migraciones Internacionales*. Tijuana, Vol. 3, número. 2.

PELLET, Alain

2000 "Human rightism and international law". En *Gilberto Amado Memorial Lecture*. Lecture delivered on 18 July 2000. Naciones Unidas.

PÉREZ LEÓN, Juan Pablo y Patrick WIELAND

2007 "La actuación extraterritorial del Estado: re-examinando el ámbito *ratione loci* desde el Derecho internacional contemporáneo". En *Ius Et Veritas*. Núm. 34.

REGAN, Emily

2016 “Constructing a Wall: Discursive Fields, Social Movements, and the Politics of the [Wall/Barrier/ Fence]”. En *Journal of Borderlands Studies*. Vol. 31.

ROSAS, María Cristina

2006 “La seguridad internacional y la lucha contra el terrorismo a cinco años del 11 de septiembre”. En *Comercio Exterior*. Vol. 56, N° 9.

SADDIKI, Said

2012 “The Sahara Wall: Status and Prospects”. En *Journal of Borderlands Studies*, Vol. 27, núm. 2

SALMON, Elizabeth

2014 *Curso De Derecho internacional Público*. Lima: Fondo Editorial PUCP

SÁNCHEZ, Víctor

2010 *Derecho internacional público*. En SÁNCHEZ, Víctor et al. Ed. Huygens: Barcelona

SANTIAGO, Alfonso

2013 “El principio de subsidiariedad en el Derecho internacional de los derechos humanos”. En *Anales de la academia nacional de ciencias morales y políticas: Instituto de Política Constitucional*. Tomo XL.

SARI, Aurel

2014 “Jaloud v Netherlands: New Directions in Extra-Territorial Military Operations”. En *EJIL: Talk*. Blog of the European Journal of International Law. Publicado el 24 de noviembre de 2014.

SAUER, Eberhard

2016 “Red Snake of Iran: The Great Wall of Gorgan”. En *Iranian review*. Edición de Abril, 2016.

SCHMIDT, Michael

2003 “Preemptive Strategies in International Law”. En *Michigan Journal of International Law*. Vol. 24, núm. 2

SHAPIRO, Ian y Casiano HACKER-CORDÓN (editores)

1999 *Democracy's Edges*. Cambridge University Press: Cambridge

SHELLEY, Fred M

2015 *The World's Population: An Encyclopedia of Critical Issues, Crises, and Ever-Growing countries*. Ed. ABC-CLIO: Oxford.

SOREL, Jean Marc

2016 *Les murs et le droit international*. Ed. Pedone: Paris

SOTELO, Ignacio

2010 "Veinte años desde la caída del muro de Berlín". *Magazin*. N° 19, Berlín

THOMSON, Janice

1995 "State Sovereignty in International Relations: Bridging the Gap between Theory and Empirical Research". *International Studies Quarterly: Wiley on behalf of The International Studies Association*. Vol. 39, No. 2.

TZEVELEKOS, Vassilis

2014 "Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence, and Concurrent Responsibility". En *Michigan Journal of International Law*. Vol. 36, num. 1

TOMUSCHAT, Christian

1999 *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*. Recueil des Cours 150. Ed. Brill: Boston.

2010 "Murs et responsabilité des Etats". En SOREL, Jean Marc, *Les murs et le droit international*. Ed. Pedone: Paris.

TURNBULL, Stephen

2015 *The Walls of Constantinople AD 324–1453*. Ed. Bloomsbury Publishing: Londres

UNITED NATIONS LEGISLATIVE SERIES (Comentarios de la CDI)

2012 *Materials on the responsibility of states for internationally wrongful acts*. United Nations: New York

URIOSTE, Fernando

1997 “Control internacional de legalidad. Jurisprudencia en derechos humanos”. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo*. N° 12

VALLET, Elisabeth

2014 *Borders, Fences and Walls: State of Insecurity?* Ed. Routledge: Canadá

2016 “Raising Walls”. En Diario *The Washington Post*, Publicado el 12 de octubre de 2016

VALLET, Elisabeth y Charles Philippe DAVID

2012 “Introduction: The (Re) Building of the Wall in International Relations”. En *Journal of Borderlands Studies*. Vol. 2

2014 “Do Good Fences Make Good Neighbours? States, Couples and Walls”. En *Building Sustainable Couples in International Relations - A Strategy Towards Peaceful Cooperation*. Editors: Vassort-Rousset, B. (Ed.) – Palgrave.

VÁSQUEZ, Daniel

2018 “Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar”. En *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Serie Estudios jurídicos, núm. 287. UNAM, México

VELASCO, Juan Carlos

2012 “Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global”. En *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*. Vol. 188, Núm. 755

VILLAVERDE, Ignacio

2008 “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”. En Carbonell, Miguel *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ed. Miguel Carbonell: Quito.

ZAPATA-BARRERO, Richard

2012 “Teoría Política de la Frontera y la movilidad humana”. En *Revista Española de Ciencia Política*. Núm. 29.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL

1927 Caso Lotus (Francia contra Turquía)

1927 Caso de la fábrica de Chorzov (Alemania contra Polonia)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2010 Caso Vélez Loor contra Panamá. Serie C No. 218.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1949 Caso del Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania)

1980 Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos contra Irán)

1986 Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos De América)

1994 Caso relativo a la disputa territorial entre Libia y El Chad

1997 Caso relativo al Proyecto Gabóikovo—Nagymaros (Hungria contra Eslovaquia)

2001 Caso LaGrand (Alemania contra los Estados Unidos de América)

2010 Caso “A. S. Diallo” (Guinea contra República Democrática del Congo)

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE

1928 Asunto Isla de Palmas, entre Países Bajos y Estados Unidos

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

2001 Asunto Banković contra Bélgica

2011 Asunto Al - Skeini y otros contra Reino Unido

2012 Asunto Catan y otros contra Moldavia y Rusia

2014 Asunto Jaloud contra Países Bajos (y Reino Unido, como tercera parte interviniente)

JURISPRUDENCIA COMPARADA

1902 Tribunal Arbitral constituido en Washington D. para resolver el caso relativo a la empresa "El Triunfo". (El Salvador contra Estados Unidos)

2004 Caso Beit Sourik. Resuelto por el tribunal supremo israelí

2005 Caso Mara'abe. Resuelto por el tribunal supremo israelí

2007 Caso Yassin. Resuelto por el tribunal supremo israelí

OPINIONES CONSULTIVAS

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

1923 Opinión consultiva relativa a "Los decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos"

1996 Opinión consultiva sobre legalidad amenaza empleo armas nucleares"

1975 Opinión consultiva relativa al "Caso del Sahara Occidental"

2004 Opinión consultiva relativa a “Las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1986 Opinión consultiva OC-6/86 “La expresión “leyes” en el artículo 30 de la convención Americana Sobre Derechos Humanos”

2017 Opinión consultiva OC-23/17 “Medio ambiente y derechos humanos”

2018 Opinión consultiva C-25/18 sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección

PRONUNCIAMIENTOS DE ÓRGANOS CUASI JURISDICCIONALES

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

1981 observación general N° 5 del PIDCP. Artículo 4 “Suspensión de las obligaciones”. U.N. DOC. HRI/GEN/1/REV.7

2001 observación general N° 29 del PIDCP. Artículo 4 “Estados de emergencia”. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 31 de agosto de 2001

2004 observación general N° 31 del PIDCP. Artículo 2 “Naturaleza de las obligaciones jurídicas general impuesta a los Estados en el Pacto”. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13

2008 observación general N° 33. “Sobre las obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos”. A/64/40(Vol.I)

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Informe No. 112/10, Petición Interestatal PI-02, Admisibilidad, Franklin Guillermo Aisalla Molina (Ecuador- Colombia), 21 de octubre de 2010

Informe No. 38/99, Petición, Víctor Saldaño. (Argentina), 11 de marzo de 1999

Informe No. 86/99, Caso 11.589, Armando Alejandro Jr. y otros (Cuba), 13 de abril de 1999

Informe No. 109/99, Caso 10.951, Coard y otros (Estados Unidos), 22 de setiembre de 1999.

Informe No. 86/99, Caso 11.589, Armando Alejandro Jr. y otros (Cuba), 13 de abril de 1999.

Informe “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15 31 diciembre 2015

Informa sobre “Movilidad Humana, estándares interamericanos”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15 31 diciembre 2015

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Carta de Naciones Unidas (1945)

Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados (1969)

Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre y sus Reglas (1907)

Convenios de Ginebra (1949)

Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre (1948)

Declaración Universal de Derechos humanos (1948)

Normas consuetudinarias de DIH

Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra (1977)

Tratado de paz de Ancón de (1883). Suscrito entre Perú y Chile

Tratado Le Touquet (2003). Suscrito entre Reino Unido y Francia

Tratado de Versalles (1919)

INSTRUMENTOS DE SOFT LAW

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS

2001 Proyecto sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Aprobado mediante Resolución de Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/56/83

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE NACIONES UNIDAS

1984 *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Comisión de Derechos humanos. 41º Período de sesiones

OEA

1969 *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*. OEA/Ser.K/XVI/1.2. 7-22 de noviembre de 1969. San José, Costa Rica

1992 Declaración de Río sobre Medio ambiente y desarrollo

RESOLUCIONES DE NACIONES UNIDAS

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS

2001 Resolución 56/83 “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”

2003 Resolución ES-10/14. Aprobada el 8 de diciembre de 2003

2004 Resolución 59/35 “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”

2007 Resolución 62/61 “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”

2013 Resolución 68/104 “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”

2016 Resolución 71/133 “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”

CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS

1968 Resolución 262. Aprobada el 31 de diciembre de 1968

1985 Resolución 573. Aprobada el 4 de octubre de 1985



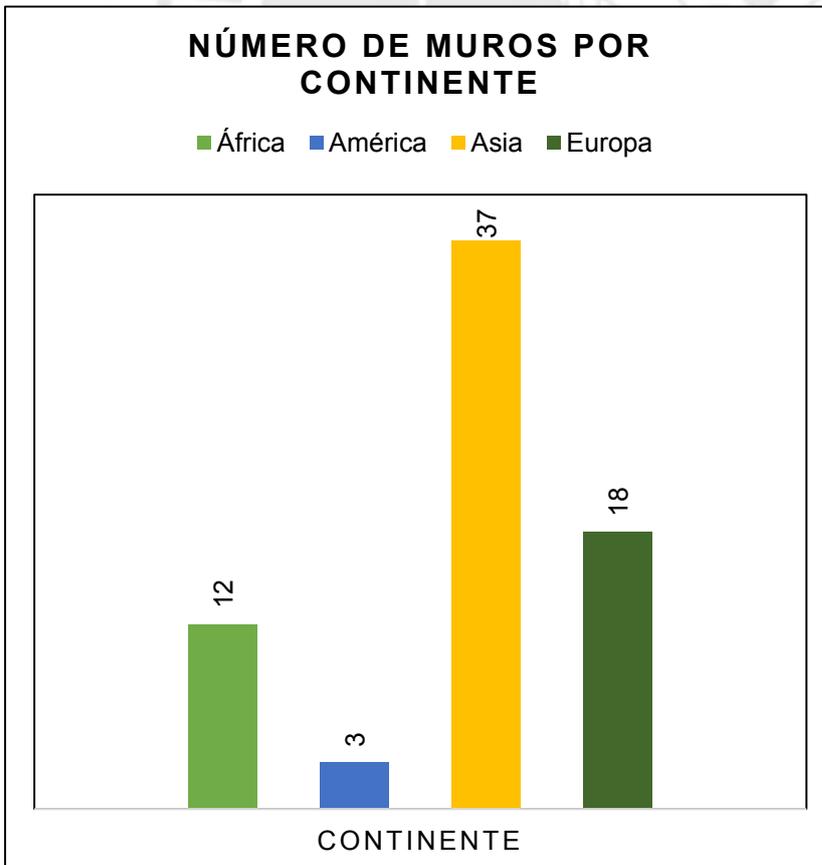
Anexos

A partir de la matriz de muros fronterizos presentada en el primer capítulo, se presentan los siguientes hallazgos

Anexo 1: Por la localización de los muros:

Continente	Número
África	12
América	3
Asia	37
Europa	18
Oceanía	0
Total	70

Anexo 2: Por el número de muros construidos por continente

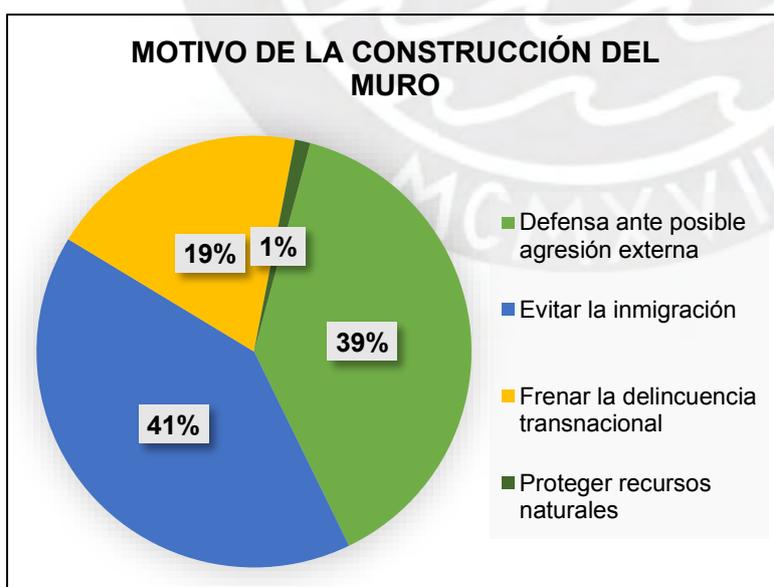


Anexo 3: Por los motivos por los que los Estados construyen muros fronterizos, número, porcentaje y detalle por continente

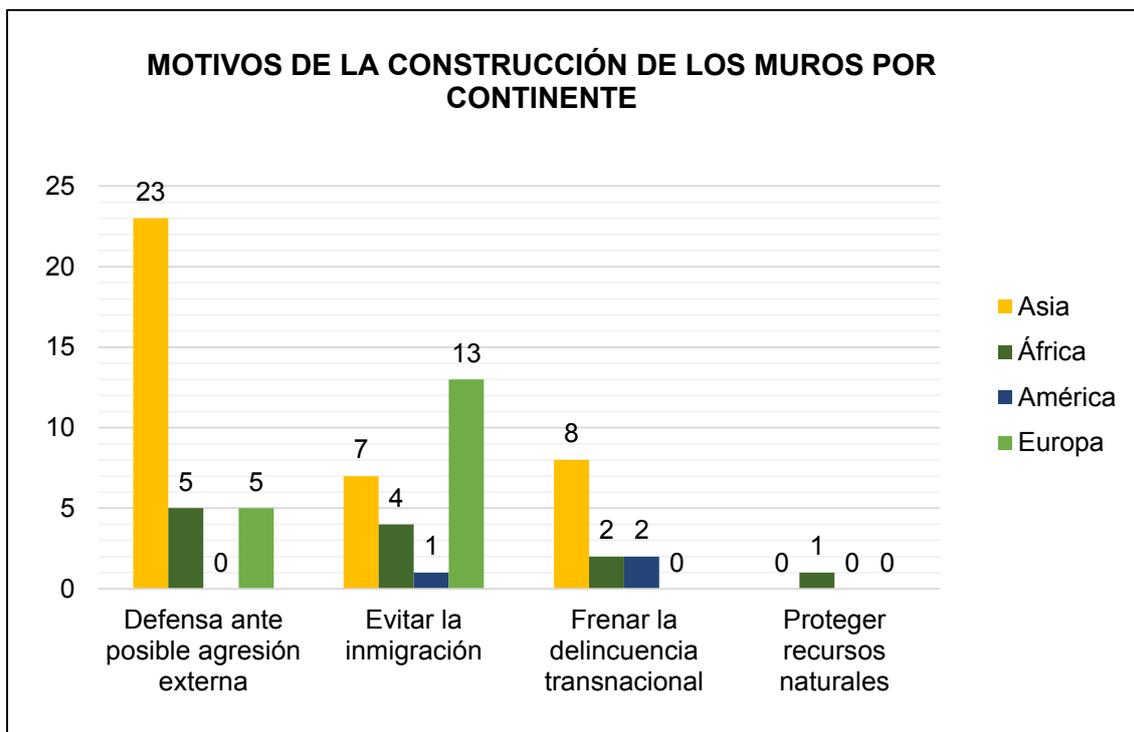
Número de muros

Motivos	Número
Defensa ante posible agresión externa	34
Evitar la inmigración	36
Frenar la delincuencia transnacional	17
Proteger recursos naturales	1
Total - razones* (*Algunos muros han sido justificados en más de una razón.	88

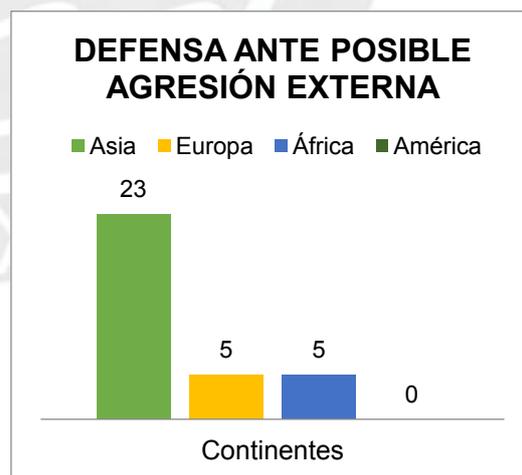
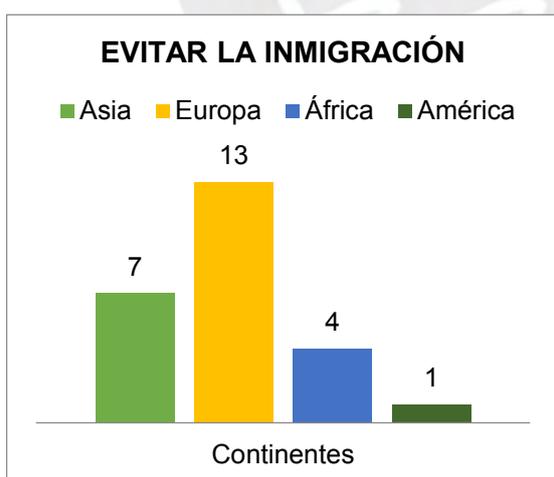
Porcentaje



Motivos de la construcción de muros por continente



Las dos razones principales por las que se ha construido muros fronterizos, análisis por continente



Anexo 4: Por la permanencia de los muros en la actualidad: números y porcentajes

Permanencia	Número
Sí	60
No	2
Anunciado	8
Total	70

